

## SITUACION PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y ROL DE SU DEFENSOR

*Dra. Gabriela Brunetto Fontan.*

*Trabajo Publicado en La Justicia Uruguaya Diciembre 2007.*

En Primer lugar es importante aclarar que la presente exposición no pretende ser una presentación académica, sino un intercambio de reflexiones, inquietudes y conclusiones a las que he arribado a raíz de mi trabajo en la materia.

El objetivo de este intercambio es poner sobre la mesa el tema de si los niños, niñas y adolescentes que están involucrados en un proceso de familia, son considerados como verdaderos sujetos de derecho y por ende respetados en todos sus términos, es decir, sus derechos y garantías en el Juicio.

Me referiré solamente a la situación de éstos en los procedimientos judiciales contenciosos de familia en los cuales quienes litigan son generalmente madre y padre, o tutores de estos niños o niñas y en algunos casos otros familiares o personas unidas por un vínculo afectivo. Procedimientos tan comunes como abundantes en los tribunales como ser Juicios de Tenencia, Visitas, Pérdida de Patria Potestad, Autorizaciones para viajar, etc.

No existe coincidencia en la doctrina respecto de la situación procesal de estos sujetos en estos procedimientos. En este trabajo llego a conclusiones personales que no pretenden la conformidad absoluta, sino, tan solo constituir un aporte más en un tema cuyo debate aún permanece abierto.

En todos esos procesos por lo general la litis se traba entre la madre y el padre del niño o niña, quienes litigan, por ejemplo, respecto de quien detenta la tenencia de sus hijos, qué régimen de visitas es el más adecuado, cuales son los alimentos que deben servir.

En estos juicios se da la característica especial que generalmente los titulares de la patria potestad, y por ende representantes legales de sus hijos, litigan respecto de circunstancias que más allá de afectar a su vida particular, afectan en primer lugar a la vida de sus representados. Todos los operadores del sistema judicial, tanto, jueces, abogados, fiscales y aún los técnicos, que participamos en estos

procedimientos, vemos claramente como actor y demandado, en realidad muchas veces no ejercen su rol de representantes legales de sus hijos defendiendo el interés de éstos, sino que litigan más bien para hacer valer sus propios derechos y prevalecer respecto al otro progenitor. Es decir, en estos procedimientos los representantes legales de los niños o adolescentes no cumplen con su función legal de hacer valer la pretensión de sus representados, así como muchas veces jueces y fiscales no logran saber cual es efectivamente la voluntad y el interés de estos representados. Asimismo vemos como es muy difícil para los adultos poder defender su propia pretensión en forma armónica con los intereses de sus representados; muchas veces se da una clara oposición de intereses entre representante y representado, otra conjunción de intereses y en otros casos no coinciden totalmente, teniendo algún punto en común, pero no conforman una única pretensión.

De esta manera se ve la real importancia del rol del abogado defensor del menor, que deberá defender en el proceso los verdaderos intereses del niño o niña o adolescente, sobre el cual recaerán los efectos de la decisión judicial.

Es indudable el avance logrado a través de la ratificación de la Convención de los Derechos de los Niños y la aprobación del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, que impone los derechos al niño o adolescente de ser oído en todos los procesos que afecten su vida. De todos modos, en forma anterior a la aprobación de este Código, varios Tribunales a raíz de la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, también disponían, en algunos casos, escuchar al niño o adolescente y a veces también la designación de un defensor para éstos, principalmente cuando las pretensiones de las partes se encontraban muy distanciadas.

**¿Cuál es hoy la situación procesal del niño/a, o adolescente en estos procedimientos?, y como consecuencia de ello ¿Cuál es el verdadero rol que desempeña su abogado defensor?**

No es menor la consideración procesal en este tema, ya que el derecho procesal nos garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos sustanciales. Por lo tanto es muy importante llegar a conclusiones respecto a la situación procesal de estos sujetos, para que ellos puedan ejercer todos sus derechos formales, los actos procesales que permitan hacer efectivos sus derechos sustanciales.

En virtud de la ratificación de instrumentos, la Convención Interamericana de Derechos del Niño, Ley 16.137 y de la promulgación de CNA, ley 17.823, ha

variado la concepción de los niños, niñas y adolescentes en el mundo jurídico.

La ya desechada doctrina de la situación irregular en la que los niños/as y adolescentes eran considerados objetos de protección y tutela estatal, dio paso a la nueva concepción de la protección integral, en la cual estos individuos pasan a ser sujetos de derecho y como tales en ejercicio y goce de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, bajo el principio rector fundamental del Interés superior del niño. Ahora bien mucho se ha avanzado en este tema, principalmente en el ámbito del procedimiento penal juvenil, es decir en los casos en que el adolescente comete una infracción prevista como delito para la ley penal, así como también cuando los niños, niñas o adolescentes son vulnerados en sus derechos o vulneran derechos de terceros, en las hipótesis del artículo 117 del C.N.A. Mediante el nuevo procedimiento establecido en el CNA, se plasma en forma más clara la situación procesal de sujeto de derecho del niño o adolescente en estos procesos.

No ocurre lo mismo en los procedimientos de familia a los cuales me quiero centrar en la presente exposición; en éstos vemos vestigios de la vieja concepción paternalista, trasladando el concepto de objeto de protección estatal a objeto de controversia entre los adultos y no vemos al niño como verdadero sujeto de derecho sino como objeto de las pretensiones de sus padres, tutores, etc.

Esto ocurre no por falta de disposiciones legales, las cuales existen, pero en algunos casos no son claras y a veces parecen incluso contradictorias, como en el caso del C.N.A, que no establece claramente la posición de estos sujetos en los procedimientos referidos. Asimismo vemos en la práctica judicial que determinadas concepciones no han sido aún superadas por los operadores jurídicos, aunque lo hayan sido en las disposiciones legales, si analizamos todas ellas en forma armónica.

El derecho tiene la importante función de plasmar en normas jurídicas realidades sociales y culturales determinadas. Sin lugar a dudas, la nueva posición jurídica de los niños, niñas y adolescentes es el resultado de una nueva posición social de esos sujetos. Pero también vemos, y no deja de ser esperable, razonable, pero perfectible, como en las mentalidades de los individuos en general, de los justiciables y también de los operadores jurídicos, resulta difícil desvincularse de viejas concepciones o prácticas que fueron desechadas por el nuevo ordenamiento jurídico y por la nueva concepción que plasma la Convención de Derechos del Niño. Como todo procedimiento de cambio supone una ida y vuelta, un adelanto y retroceso, que en este tema estamos atravesando.

## I. SITUACION PROCESAL DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL DE FAMILIA

### MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA MATERIA: CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑOS. LEY 16.137.

ARTICULO 2. Consagra el principio fundamental de que todos los estados parte de la Convención considerarán a los niños sujetos de derechos sin distinción de su raza, color, sexo, idioma, origen, etc.

ARTICULO 31 Consagra el principio fundamental del interés superior de los niños que debe ser tomado en cuenta por todas las instituciones públicas o privadas, tribunales u otras autoridades administrativas.

ARTICULO 12. Establece el derecho del niño, que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al mismo. Consagra, asimismo, el principio de la autonomía libremente en todos los asuntos que afecten al mismo, juntamente con el principio de la autonomía de la voluntad.

#### Constitución Nacional.

ARTICULO 8° “*Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o virtudes*” Principio de igualdad de todas las personas, sin distinción de su edad.

#### Código de La Niñez y la Adolescencia. Ley 17.823.

ARTICULO 2 “(Sujetos de derechos, deberes y garantías). *Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.*”

ARTICULO 6 “(Criterio específico de interpretación e integración: El interés superior del niño y adolescente) *Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana.*

*En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.*

ARTICULO 8. “(Principio General) *Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.*

*Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.*

*Los Jueces bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.”*

#### **Ley Procesal:**

Nuestro Código General del Proceso en su artículo 31 establece: “*Son partes en el proceso el demandante, el demandado y los terceros en los casos previstos por este Código”*

ARLAS definía a la situación jurídica procesal como “*la posición en que se encuentran los distintos sujetos de un proceso – juez, partes, auxiliares, terceros – frente a la norma jurídica procesal que regula el proceso,*”

De acuerdo a Carnelutti, pueden distinguirse en un proceso judicial: *Sujetos del litigio*, aquellos respecto de los cuales se hace el proceso y que en definitiva son quienes sufren o se benefician de sus consecuencias en *Sujetos del proceso*, quienes concurren efectivamente en los hechos, a hacer el proceso y así determinar sus consecuencias.

Son sujetos del litigio las partes en sentido material o sustancial y los sujetos del proceso son las partes en sentido formal o procesal.

Cuando una de las partes actúa a través de su representante (legal o contractual) se produce una disociación entre el sujeto del litigio y el sujeto del proceso, entre parte material y parte formal.

¿Podemos asegurar que en los procesos de familia los titulares de la patria potestad comparecen como formales, solamente en representación de sus hijos?

¿Podemos aseverar que no litigan haciendo valer sus propios intereses como partes materiales?

Un elemento fundamental para considerar a un sujeto parte del proceso es tomar en cuenta se sobre dicho sujeto es quien recae la decisión judicial en forma directa, beneficiándose o padeciendo dicha decisión.

Los niños/as y adolescentes en un proceso en el cual se está dirimiendo quien detendrá su tenencia, es decir con quien convivirá el niño, todo lo que esto implica, cuál será su nuevo núcleo familiar, cuál será su domicilio, su casa, su barrio y por ende traerá también como consecuencia quizá a que centro de estudios concurrirá, cuáles serán sus amistades, indudablemente son las personas **principalmente afectadas respecto de la decisión judicial**. Se está decidiendo directamente respecto de la situación y vida de este niño más allá de que la decisión obviamente también recae sobre actor y demandado. Pero ¿puede decirse que los efectos de la sentencia recaen en forma distinta sobre el niño, que sobre sus padres?

En la práctica judicial vemos como en estos procesos el criterio para posicionar a los niños/as o adolescentes, varía en función de diferentes consideraciones, principalmente del Juez de Ministerio Público. Consideraciones tales como el objeto del proceso, la edad del niño o adolescente, la actitud del actor y demandado, etc. Circunstancias que hacen determinar si debe designarse defensor y en su caso en que momento ocurre dicha designación.

La situación procesal de todo sujeto del proceso no puede ser determinada por consideraciones subjetivas de los operadores; no puede quedar librada a la discrecionalidad del Magistrado; debe ser el resultado armónico de la interpretación de la Ley. La situación procesal de un sujeto solamente puede ser determinada por el ordenamiento jurídico.

El artículo 12 de la Convención establece la garantía al niño de expresar su opinión en todos los asuntos que afecten su vida, y ello deberá llevarse a cabo “*en*

*consonancia con las normas de procedimiento de ley nacional*” Es decir de acuerdo a la ley, no a la discrecionalidad del operador.

En todo proceso judicial intervienen diferentes sujetos, el Tribunal, el Ministerio Público, las Partes, los terceros, los abogados, los técnicos, peritos, testigos, etc. Cada uno de los sujetos ocupa determinada posición que determina su posibilidad de actuar, sus deberes, derechos, facultades y cargas en el proceso.

La redacción del CNA no es feliz, en tanto establece el derecho a ser oído y también la posibilidad de ser parte en el proceso (art.8). La doctrina ha interpretado que existen entonces dos formas de actuación del niño o adolescente en el proceso: en algunos casos es solamente escuchado y en otro caso sería parte (ejemplo cuando concurre como actor ante los tribunales). Ahora bien, cuando solamente es escuchado, me pregunto: ¿en calidad de qué es escuchado? ¿Puedes considerarse que es un testigo?, ¿un tercero en un proceso que se decide su propia vida? O lo que es peor aún, nos recuerda la situación anterior a la Convención, ¿es el objeto de controversia entre actor y demandado?, ¿es un sujeto innominado en el proceso? Cuando solamente es escuchado, lo hace ¿con sin asistencia letrada?, y aún en el caso que se el proceso, su presencia parece ser un requisito meramente formal, no tiene facultades de producir ni controlar prueba.

El derecho a ser escuchado ante la Sede como único acto procesal, no ofrece las garantías que suponen ser sujeto de derecho y que la Convención consagra como nueva concepción de estos sujetos. Debe tomarse en cuenta que se trata de personas en crecimiento y evolución y que como característica fundamental son esencialmente vulnerables, principalmente respecto de la opinión de los adultos que están a cargo.

Con una declaración en Audiencia de estos sujetos además de los informes técnicos (que no dejan de ser interpretaciones de adultos respecto de la situación de los niños) no alcanza para desentrañar su verdadero interés. Solamente con la debida asistencia letrada podemos llegar a conocer su interés y si éste configura una distinta pretensión de la del actor y demandado.

De esta manera vemos como a veces los niños o adolescentes comparecen en el juicio solamente para ser escuchados y otras veces revisten la calidad de parte. Una y otra situación es muy diferente, pero ¿quién determina ello?, ¿Quién determina cuando el niño es parte en el proceso y cuando solamente es escuchado por el Tribunal?

Si el niño o adolescente es sujeto de derecho en ejercicio de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, si puede y debe no solo estar informado respecto de los procedimientos en los cuales se decida situaciones determinantes de su vida, sino que además debe ser escuchado y su opinión debe ser tomada en cuenta a la hora de la decisión judicial, no podemos concluir otra cosa que el niño o adolescente en un proceso de familia es PARTE.

La definiría como PARTE ESPECIAL, por diferentes razones:

1) - Porque es sobre quienes recae en forma directa e incuestionable la decisión judicial. Si bien la sentencia también concierne a madre o padre que litigan como actor y demandado, en primer lugar se determina la vida o condiciones de la vida del niño, cuyas consecuencias a nivel de su personalidad pueden ser irreversibles, sean estas positivas como negativas.

2) - Por el carácter especial del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho, sujeto en crecimiento y formación de su personalidad, quien deberá ser tomado en cuenta en función de su edad, evolución y maduración y tanto emocional cuanto intelectual.

3) - Especial también porque es parte en un proceso en el cuál las otras dos partes son paradójicamente sus representantes legales que no están litigando en ejercicio de su representación judicial, sino que litigan principalmente en su propio interés, que puedes coincidir o no con el del niño o adolescente. No podemos considerar que estos niños en estos procesos comparecen como partes sustanciales representadas por sus representantes legales, ya que sus representantes legales comparecen como partes sustanciales de sus propios intereses y no necesariamente de los de sus hijos. Por ello en estos procedimientos juega un rol primordial, el defensor del niño, quien deberá desentrañar el verdadero interés de éste. El C.N.A. tampoco es claro en este tema cuando se refiere al defensor del niño y también al curador especial.

4) - Especial asimismo, porque debe procederse a su interrogatorio preceptivo por Tribunal. En todo procedimiento judicial las partes son escuchadas generalmente a través de sus letrados en sus escritos o alegatos, y en algunas oportunidades el juez en forma discrecional interroga personalmente a cada parte. En este caso el interrogatorio al niño o adolescente es preceptivo, cuando de acuerdo a su maduración puede llevarse a cabo.

5) - Especial, por último porque la decisión judicial siempre debe atender

a respetar, como principio rector, su interés superior. Se trata de la parte más débil, vulnerable y cuyo interés requiere una especial valoración del Magistrado. En otras ramas del derecho vemos como existe también ciertos principios como ser en el derecho laboral o penal el “in dubio” “pro operario” o pro reo”, que exigen al Tribunal la especial valoración de estas partes como partes más débiles del juicio.

## II. ROL DEL ABOGADO DEFENSOR DEL NIÑO/A O ADOLESCENTE EN ESTOS PROCEDIMIENTOS

Reviste una real importancia y una especial complejidad a la asistencia de estos sujetos por parte del defensor.

En primer lugar por las consideraciones ya expresadas de que el niño o adolescente es un sujeto de derecho especial en formación y crecimiento, que entre otras características, muchas veces no es fácil para el defensor determinar cuáles son sus verdaderos intereses y deseos.

En segundo lugar porque estos intereses siempre deben ser considerados en atención a su interés superior de acuerdo a como ordena la ley. Muchas veces ocurre que lo que el niño o adolescente pone de manifiesto como aspiración, al defensor nos parece no ser lo más adecuado en aras de defender su interés superior. En virtud de ello es fundamental la especialización del defensor en esta materia, y el contacto permanente con los técnicos que ilustran y ayudan a determinar los verdaderos intereses de estos individuos.

Volviendo al punto de vista procesal es muy importante considerar que posición ocupa el niño o adolescente, porque de ello dependerá también la función que pueda desempeñar el defensor y los actos procesales que pueda llevar a cabo. Si el niño solamente es escuchado por el Tribunal el rol del defensor será una presencia meramente formal, y no se estará en condiciones reales de conocer su interés y voluntad.

La única conclusión armónica con la concepción de sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico es que los niños en estos procedimientos sean considerados partes y como tales deben valorarse procesalmente.

Es usual que los Tribunales designen defensores en estos juicios recién

cuando el niño o adolescente comparecen a declarar o cuando se le fija fecha de audiencia para ello. Esto trae como consecuencia que el defensor tome contacto con el niño y con el expediente, por lo general, después que ya se diligenció parte de la prueba, la cual no pudo controlar, al repreguntar si se trata de testimonial o simplemente al ofrecer otros medios probatorios, o participar en los ya diligenciados.

Si estos sujetos son partes, el defensor debe ser designado en el mismo auto que se da traslado de la demanda, a quien también deberá conferirse traslado de la misma.

Dependerá obviamente de la edad del niño que el defensor tenga una entrevista previa a la contestación de la demanda y si esto no fuera posible por razones de edad u otras consideraciones, asumirá una actitud de expectativa, reservándose el derecho a dar una respuesta definitiva, en la etapa pertinente. Pero de esta manera el defensor del niño o adolescente concurrirá a la Audiencia de precepto, en la que por lo general se diligencia la prueba, por tratarse de juicios extraordinarios y ejercerá correctamente la defensa desde un principio como corresponde, ya que su parte tiene los mismos derechos y garantías en el juicio.

### ¿CURADOR O DEFENSOR?

El C.N.A. habla de curador especial para el niño o adolescente, así como también de defensor del menor.

En doctrina se abre la interrogante de si se trata de un curador especial o de un asistente letrado.

Recordemos como el Código Civil reglamente la figura del “*curador ad litem*”, figura que comparece en juicio cuando los representantes legales de los niños tienen intereses contrapuestos con éste. En estos procedimientos vemos que sin que existan intereses totalmente contrapuestos entre representante y representados, pueden existir intereses diferentes que no conforman una única pretensión.

Parte de la doctrina entiende que el niño o adolescente tendrá en estos casos un curador que revestirá el carácter de curador representante o curador asistente legal, eso dependerá de diferentes variables, como ser, si se trata de púberes o impúberes, de niños o adolescentes o si no se toma en cuenta la edad y queda librado a la discrecionalidad del juez apreciar el grado de madurez del niño o adolescente para

nombrarle un curador representante o curador asistente.

A esta posición podríamos cuestionarle cuál sería la condición de curador asistente y no representante, ya que la naturaleza propia del curador es ser el representante del curatelado por carecer éste de la plena capacidad de ejercicio.

De acuerdo a la opinión del Dr. Ricardo Perez Manrique, en su trabajo publicado en la Justicia Uruguaya Doctrina 11, el Instituto de la curaduría se aplica a los casos de incapacidad, mientras la nueva concepción del niño y adolescente que consagra la Convención es en relación con un niño diferente cuya característica fundamental no es la consideración de incapaz, sino de sujeto especial en formación de su personalidad. De esta manera sostiene que se designará Defensor, al niño, es decir un asistente letrado, cuando de acuerdo a la evolución de sus facultades esté en condiciones de formarse un juicio propio. Cuando el niño o adolescente no esté en esa condición deberá designarse un curador que lo asista y represente.

Frente a esta posición me planteo la interrogante de si la Convención y el C.N.A derogan los conceptos de la ley sustancial de capacidad civil, es decir, los conceptos tradicionales de capacidad de goce y ejercicio consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

Si entendemos que la nueva concepción que consagra la Convención modifica el anterior concepto de capacidad o al menos consagra nuevos conceptos de capacidad desde el punto de vista procesal, la posición del Dr. Perez Manrique parecería ser adecuada. De lo contrario, si las normas de regular la capacidad no fueron modificadas por la nueva legislación, el niño o adolescente deberá siempre tener un curador, ya que esta figura agrega el plus de capacidad que la ley reclama, sin que se anule su voluntad ya que el representante actuará siempre haciendo valer la pretensión de su representado y con la garantía que éste, siempre que sea posible, deberá ser escuchado por el Tribunal.

Es importante destacar, que solo puede detectarse si los intereses del niño son distintos a los de sus padres, si éstos tienen desde el inicio del juicio un defensor, sea este curador o solamente asistente letrado, cuyo rol es justamente desentrañar cuál es el interés y la voluntad, y velar por el respecto de sus derechos y garantías.

### III. CONCLUSIONES

- El niño, niña y adolescente es un sujeto de derecho con todos los Derechos inherentes a la personalidad humana.
- En los procesos de familia en los cuales la litis se traba entre ambos titulares de la patria potestad, tutores u otros familiares o individuos vinculados por relaciones de afecto, el niño o adolescente debe ser considerado parte.
- El derecho a ser oído en el juicio no puede considerarse como un acto meramente pasivo del niño y adolescente. Ello no se compadece con su condición de sujeto de derecho y nos enfrenta a una situación jurídica innominada que no puede aceptarse de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, ordenamiento conforme al cual cada sujeto en el proceso ocupa una determinada posición.
- Los niños y adolescentes no solo son partes cuando acuden directamente ante los Tribunales sino en todos los procedimientos en que sus intereses son distintos, aunque no necesariamente opuestos a los de sus padres o tutores.
- El verdadero rol del defensor es desentrañar estos intereses y por ende su pretensión, lo cual solo puede llevar a cabo si es designado desde el inicio del procedimiento.
- En la práctica jurídica vemos como, si bien el ordenamiento jurídico consagra a todos los niños y adolescentes los mismos derechos y garantías que al resto de los sujetos del derecho, ellos no son considerados partes desde un inicio del juicio, no cumpliéndose con el principio de igualdad fundamental, ni permitiendo desentrañar el verdadero interés superior del niño.
- Notamos la ausencia de estos sujetos desde el inicio del procedimiento, desde que se carátula el expediente.
- La interpretación de la ley sustancial nos lleva a la conclusión de que el niño es parte, aunque la redacción del CNA no sea clara, pero debemos interpretar la ley de acuerdo al espíritu de la Convención, visto que el objetivo del CNA fue adecuar la ley nacional a la Convención.

(Ponencia presentada en el II CONGRESO NACIONAL DE LA DEFEN- SORIA PUBLICA. Octubre, 2007).