

Una interesante aplicación judicial de los principios constitucionales en relación a la niñez

NOTA A FALLO

Por: María Claudia LUPOLI¹

1. El Caso

Dos hermanas de 12 y 13 años de edad, que habían perdido todo tipo de comunicación con el progenitor, se presentan asistidas legalmente por la Asesora de Familia del 4° Turno, ante el Juzgado de Familia de 4° Nominación de la ciudad de Córdoba, solicitando, autorización para obtener el pasaporte y para poder viajar al exterior con su progenitora, a la ciudad de Omask, Rusia con el objeto de asistir al casamiento de su tía materna y conocer a su familia extensa, como así también la cultura y costumbres de este país, todos hechos ligados a la conformación de su identidad.

La jueza en su fallo, analiza en primer lugar la CAPACIDAD PROCESAL de las niñas, entendiéndola como **“la competencia que el sujeto tiene para el acto, sin atender a su edad biológica”**. A los fines de tal valoración se dio intervención al equipo técnico interdisciplinario, el cual dictaminó que ambas niñas tenían el grado de madurez necesaria para obrar por sí.

Asimismo, es importante destacar que durante el transcurso del juicio, se cumplieron las garantías mínimas de procedimiento fijadas en el artículo 27 de la ley 26.061 ya que las niñas fueron escuchadas fijándoseles una audiencia, su opinión fue tomada en cuenta, y estuvieron asistidas legalmente por un profesional idóneo, teniendo como principio fundante al resolver “el interés superior de las niñas” al autorizarlas a tramitar el pasaporte y a viajar al exterior, en compañía de su madre.

2. La capacidad progresiva y el interés superior

¹ Lupoli, Claudia. Abogada. Docente de Privado VI (Familia y Sucesiones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia.

El principio de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra plasmado en la CDN, en los arts. 3, 5, 12, 27, incorporando en su artículo 5 el concepto de la capacidad progresiva: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres.....de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Este principio también goza de recepción en otras disposiciones de la Convención.²

Asimismo también es receptado por nuestra ley 26.061 en su art. 3° que al referirse al interés superior del niño, en su inciso d) señala que se debe respetar *“la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”*. Asimismo el Art. 19 referido al derecho de libertad, en su inc. a) dispone que este derecho comprende *“tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades...”* y el art. 24, al reconocer el derecho del niño a ser oído, subraya que sus opiniones serán *“tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”* (inc. b)

No obstante lo supra mencionado, la capacidad de los NNA en nuestro Código Civil fue regulada por Vélez Sarsfield, teniendo en cuenta un único factor *“ la edad ”*, cuestión esta que tampoco fue modificada por la ley 26.579 que modificó la mayoría de edad

El artículo 54 del Código Civil establece que los menores de 14 de años son incapaces absolutos de hecho, es decir no pueden ejercer por sí mismo ningún acto de la vida civil.

En tanto el artículo 55 del mismo cuerpo legal expresa que los menores adultos (entre 14 y 18 años) son incapaces relativos de hecho, ya que sólo pueden realizar los actos que las leyes le autorizan otorgar.

Es decir que de las normas precitadas deviene que en los niños mayores de 14 años la regla es la incapacidad, ya que sólo pueden por sí mismos ejercer los derechos y contraer las obligaciones que la normativa civil les reconoce”

En cuanto la discordancia entre el sistema de capacidad de nuestro Código Civil y las disposiciones CDN y la ley 26.061, la doctrina nacional ha sostenido dos posturas. Ambas parten del un presupuesto común: la ley no ha modificado el sistema de capacidad previsto por el Código, sólo que una se muestra impermeable frente a la recepción de la

² Art. 12.1 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

autonomía progresiva de niños y adolescentes, y la otra procura buscar una lectura conciliadora o armónica de ambas normativas³

Sostengo que es necesario armonizar, articular conjuntamente ambos sistemas, porque es jurídicamente imposible desconocer el cambio en materia de capacidad de niños y adolescentes introducidos por la CDN y la ley 26.061, en los que se ha consagrado el derecho que tienen los mismos a su autodeterminación, siendo necesario como lo sostienen Lloveras y Faraoni. "...efectuar una relectura de las normas del Código Civil atinentes a la capacidad de las personas menores de edad, integrándolas en el sistema de CDN... exige una interpretación de los textos vigentes, según esa capacidad progresiva que ha estatuido la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes dictadas en su consecuencia." ⁴

De lo expuesto se desprende que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una graduación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales⁵, lo cual implica la posibilidad de asumir responsabilidades y funciones en relación a su grado de madurez y desarrollo.

La autonomía progresiva conlleva la idea de quebrar la tajante división minoridad-mayoría o capacidad-incapacidad y reemplazar los conceptos por una visión más dinámica de la capacidad progresiva o de la madurez gradual⁶.

Conforme a esta visión, la jueza al analizar la capacidad procesal de las niñas y su posibilidad de ser parte en el proceso, introduce en conformidad con la CDN y ley 26.061 el concepto de la capacidad progresiva al sostener que: ***"el derecho a la participación procesal reconoce como único requisito que el sujeto tenga competencia para el acto sin consideración previa, a su edad biológica. Esta competencia implica haber adquirido un estado de desarrollo que le permite a las niñas tener conciencia reflexiva, libre y con posibilidad de comunicarse respecto a los actos que pretenden ejecutar por sí mismas."***

3. El derecho a ser oído

³ Conf.: GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, MARISA: "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Bs.As. 2007, p. 170.

⁴ LLOVERAS, Nora; FARAONI, Fabián. "La mayoría de edad Argentina" *Análisis de la ley 26.579/2009*. Ed. Nuevo enfoque Jurídico.2010. pag.65,66.

⁵ Cfr. Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Tomo I, Ed. Ediar, Bs. As, 2006, pág.553.

⁶ Cfr. Lloveras, Nora, Salomón, Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Bs.As, 2009, pág. 418.

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el menor es “sujeto” titular de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos. El derecho del niño a participar en todos aquellos procesos que se discutan intereses que le son propios, se basa principalmente en el respeto de las distintas necesidades del niño y el reconocimiento gradual de su autonomía en el ejercicio de sus derechos.

En este sentido el art. 12 de la CDN establece: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin: **se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño**, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Asimismo la Ley 26.061 establece específicamente el derecho a ser oídos de los NNA en su artículo 2: “**APLICACIÓN OBLIGATORIA.** La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. *Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos* y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

Estas garantías se encuentran también desarrolladas en la misma ley 26.061 en su artículo 27, inciso a) “A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) “A que su opinión sea tomada primordialmente en cuanto al momento de arribar a una decisión que lo afecte;...d) A participar activamente en todo el procedimiento.”

En relación al art. 27 inc. a) y el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo soliciten se ha expresado “ La necesidad – ahora constitucionalmente asegurada – de ser oído (art. 18 C N) transporta el debido proceso legal, lo que nosotros llamamos el proceso justo constitucional, a la esfera diferenciada del interés y calidad de obrar que ostenta el menor, lo cual repercute en la estructuración contenciosa o aún la jurisdicción voluntaria al sobrevivir un nuevo interés

autónomo, personal y de directa atención por el órgano jurisdiccional, que al tiempo de la composición global (del objeto) ha de merecer una respuesta diferenciada”

De ese modo, podemos apreciar como la Ley 26.061 establece garantías mínimas de los NNA en los procedimientos judiciales o administrativos: a ser oídos por la autoridad competente, a que sus opiniones sean tenidas especialmente en cuenta al decidir cuestiones que le atañen, y a participar activamente en todo el procedimiento.

En el auto comentado la magistrada da cumplimiento a todas las garantías procesales que deben existir en todo debido proceso, cumplimentando de manera prolija y acabada lo estipulado en la CN, la CDN y ley 26061 ya que las niñas participaron activamente, fueron escuchadas fijándoseles una audiencia, su opinión fue tenida en cuenta, y estuvieron asistidas legalmente por un profesional idóneo.

En esta línea, podemos aseverar que el interés superior de los NNA implica necesariamente que ellos gocen del ejercicio de garantías constitucionales como es el derecho a ser oídos en todo procedimiento en que se toma una decisión que los afecte (art. 18 CN).

4. El abogado del niño

El auto analizado, resulta sumamente novedoso, por todo lo ya comentado, y también por incorporar expresa y categóricamente la figura del “abogado del niño”, ya que a las niñas que iniciaron la acción, las patrocinó la Asesora de Familia del 4° turno, haciendo la jueza mención a la idoneidad de la patrocinante al manifestar ***“debe ratificarse el nombramiento de la Dra....., quien por sus condiciones personales y profesionales conocidas públicamente, con más de veinte años en ejercicio de la función de Asesora de Familia en este Fuero, se encuentra plenamente capacitada y en inmejorables condiciones para ejercer el rol de “Abogada de las niñas”***

La figura del abogado del niño, aparece en nuestra legislación en el ya comentado Art. 27 de la ley 26.061 al establecer dentro de los derechos y garantías de los NNA, en su inc. c) *“A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine...”*

Asimismo el art. 12.2 de la CDN, establece que “... se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante de la ley nacional”

Tal como señala al fallo analizado y la doctrina pertinente, también entendemos que cuando un niño goza de suficiente madurez y desarrollo para ser considerado parte en el .

María Victoria Famá sostiene que la capacidad para obrar no se encuentra atada a límites etarios, por lo que la participación activa en el proceso resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, el cual deberá ser evaluado por quien deba resolver la contienda en la que se encuentra involucrado el niño⁷

Remarcamos que no hay unanimidad respecto a esta postura ya que parte de la doctrina sostiene que la ley 26.061 debe ser interpretada en conjunción con la normativa del Código Civil; principalmente con el art. 921 CC, que establece que en los 14 años la edad a partir de la cual se tiene discernimiento para los actos lícitos. Desde entonces existiría la posibilidad de elegir un abogado e impartirle directivas. Asimismo el art. 282 otorga la posibilidad al menor adulto de estar en juicio, aún sin el acuerdo de sus padres.⁸ cuando su edad, desarrollo intelectual y psíquico lo posibilite, por un abogado especializado.

5.- Conclusiones:

- a. Partiendo del concepto de interés superior del niño como principio rector del reconocimiento de su calidad de persona, debe prevalecer de manera contundente, el derecho a ser oído y participar en los procesos en los cuales esta implicado, siendo asistido cuando su edad, desarrollo intelectual y psíquico lo posibilite, por un abogado especializado.
- b. La garantía del debido proceso legal de los niños, niñas y adolescentes constituye el medio para resguardar el interés de los mismos.
- c. Son los jueces los encargados de custodiar que se efectivice un proceso justo, siendo fundamental la escucha en forma activa y directa por los magistrados y tener en cuenta la opinión de los NNA en la decisiones que les afectan.

⁷ FAMA, María Victoria: “ Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”, J.A. 01/07/2009, P. 55

d. En el caso comentado esos principios se han concretado, y se destaca la valoración de la autodeterminación de las niñas.

e. Consideramos que en la decisión que comentamos, la jueza interviniente, tuvo en cuenta la realización de los derechos de las niñas permitiéndoles participar activamente en la toma de decisiones que las involucra, cumpliendo acabadamente con las garantías procesales estipuladas en la Constitución Nacional, CDN y ley 26.061.