

LA PARTICIPACIÓN PROCESAL DE PERSONAS MENORES DE CATORCE AÑOS Y EL ABOGADO DEL NIÑO. UN ASPECTO ESENCIAL DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL AUN IRRESUELTO.

“Escuchar a los niños es tomar conciencia, por parte de los equipos de gobierno, de que los niños pueden enseñarnos cosas imprescindibles y abandonar una especie de actitud dominante sobre la importancia y poder de revelación que tienen las palabras y acciones de los chicos y chicas. Los niños son lo nuevo. Traen lo nuevo y son ‘profetas’ (no en sentido de la iluminación): Sin pedirlo, sin haber sido llamados para ello, cualquier niño trae lo nuevo, el asunto es hacer aparecer ese pensamiento y esa acción sobre la parafernalia adulta” FRANCESCO TONUCCI.

I- INTRODUCCIÓN

El presente comentario a fallo, pretende abordar una vez más la dificultosa aplicación de la figura del abogado del niño¹ y la efectividad –en tanto sujeto de derechos- de las garantías mínimas de procedimiento establecidas en la ley 26061² de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

El análisis de éste antecedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, intenta lograr aproximaciones tendientes a revelar cuales son las problematizaciones y conflictos que se suscitan en la aplicabilidad del art. 27 inc. c)³ de la ley 26061 y su compatibilización con normativa del Código Civil no derogada en materia de capacidad y representación.

Siendo necesario el abordaje de todo el plexo normativo que involucra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, resulta de vital importancia comprender que luego de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ en el ámbito internacional; y en el ámbito interno luego de la sanción de la Ley de Protección Integral 26061, se instala un nuevo paradigma en materia de infancia y adolescencia superador del régimen tutelar. La posición filosófica que compone los estándares jurídicos que emanan de la Convención nos obliga a cambiar la mirada y las prácticas en materia de infancia reconociendo y respetando al niño/a y adolescentes como sujetos plenos de derechos, completando el reconocimiento de los derechos humanos desde la especificidad que importa un instrumento especial que es la CDN.

¹ Compulsar Morello de Ramírez, María Silvia y Morello, Augusto M. “El abogado del Niño”, en ED 164, pág. 1180 y ss.

² Sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005, publicada en el B. O. el 26/10/2005.

³ Art. 27 ley 26061: *Garantías mínimas de procedimiento, garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.* “Los organismos del estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: 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 cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; 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; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

⁴ En adelante CDN.

Estas líneas transitarán los argumentos de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la resolución dictaminada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intentando desentrañar si dichos pronunciamientos se enroscan en la debida o correcta compatibilización del sistema de capacidad-incapacidad-representación y la noción de capacidad o autonomía progresiva que deviene de la CDN.

Por otra parte y a partir de la resolución de la Corte, pondremos el acento en el derecho a ser escuchado y a que las opiniones de niños y niñas sean debidamente tenidas en cuenta.

El antecedente que se analiza evidencia la falta de criterio uniforme en cuanto a la figura del abogado del niño y la consiguiente dificultad de la participación autónoma de niños y niñas menores de 14 años, en un proceso en que se ven directamente afectados sus derechos, marcando la necesidad de establecer criterios que viabilicen prácticas jurídicas en post del respeto de la normativa nacional e internacional.

Por ello, la importancia de ahondar en la noción de capacidad progresiva o autonomía de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva garantista, innovadora y profunda tendiente a resguardar la situación concreta dejando de lado concepciones rígidas e inflexibles.

II- EL CASO. PLATAFORMA FACTICA Y RESOLUCIÓN DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA K.

Los hechos que dan lugar a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se originan en el pedido de recurso extraordinario que motiva el rechazo de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del pedido de participación -con abogado patrocinante- en el proceso judicial por parte de dos niños de 8 y 9 años de edad respectivamente. La resolución de la Cámara confirma el decisorio de primera instancia el que no había hecho lugar al pedido de participación procesal de los niños G.M.P. y C.L. P. con patrocinio letrado.

Que para así resolver, la Cámara en primer lugar realiza un análisis concreto de las prescripciones establecidas en el Código Civil en materia de capacidad y representación⁵. Reproduce la normativa civil en tanto distingue entre menores adultos e impúberes y lo

⁵ Art. 54 inc. 2 CC: *Tienen incapacidad absoluta* (...) 2. Los menores impúberes... Art. 57 inc. 2 CC: *Son representantes de los incapaces*: (...) 2. De los Menores no emancipados, sus padres o tutores. ; .Art. 59 CC: A mas de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación; Art. 127 CC: Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos, Art. 921 CC: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de la razón.

ordenado en materia de representación regulado en los arts. 59 y concordantes del Código Civil. Refuerza los criterios que regulan los actos jurídicos realizados por incapaces absolutos de hecho, los cuales se reputan hechos sin discernimiento y en consecuencia nulos de nulidad absoluta.

Luego del análisis exegético de las normas del Código Civil, en segundo lugar menciona el art. 27 de la Ley 26061, concluyendo que “...entre los catorce y veintiún años...” (*sic fs. 509 vta., dieciocho años, según art. 126 del Código Civil, modificado por la ley 26.579) el adolescente, además de ser representado por sus padres o tutor y por el Ministerio Público de Menores, podía, si lo deseaba, designar un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia que ejerciese una defensa técnica de sus pretensiones; y que la nueva normativa debía ser interpretada en conjunción con la ya existente, por lo que una debida hermenéutica de la misma permitiría concluir que en autos la escasa edad de los niños (ocho y nueve años) impedía que pudiese considerarse la actuación como parte legítima de una letrada patrocinante que no había sido elegida por los interesados ya que estaban imposibilitados para comprender la trascendencia de dicha actuación”.*

Interpuesto recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento por parte de los niños –al que adhirió la Defensora de Menores de Cámara- los mismos sostienen que “se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio y su capacidad progresiva reconocida en normas con jerarquía constitucional, bajo el pretexto de aplicar normativa de inferior jerarquía; que nada se ha hecho para conocer su grado de discernimiento real, porque se ha aplicado el criterio de discernimiento cronológico del Código Civil, cuando en realidad tendrían que haberse atendido tanto el juez de primera instancia como la cámara a criterios de discernimiento real, a la luz del art. 5 de la Convención sobre los derechos del niño, de jerarquía superior al Código civil. Agregan que ningún medio se ha arbitrado –pese a haber sido petitionado por la Defensora de Menores- para demostrar que no tienen capacidad suficiente para comprender los alcances de su presentación.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, abocada al análisis de la cuestión, en primer término menciona las circunstancias relevantes de la causa de las que surgen –de manera sintética- que los niños han sido institucionalizados desde muy temprana edad, constando en el presente fallo su egreso e ingreso en diferentes hogares. Surge de autos que durante los años 2005 y 2011 los niños permanecieron institucionalizados en cuatro hogares diferentes,

⁶ “P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de Persona. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2012, argumentos de la Sala k de la Cámara Nacional en lo Civil, extracto de la sentencia de la CSJN.

⁷ Extracto de la sentencia, el destacado me pertenece.

donde la progenitora ejercía su derecho de comunicación, durante algunos períodos con más dificultades que en otros a causa del nacimiento de otros hijos.

Señala la Suprema Corte, que en la presentación incoada por los niños éstos *“expresaron su deseo de volver a vivir con su madre, motivo por el cual requirieron la implementación de las medidas necesarias para fortalecer el vínculo materno filial, removiendo los obstáculos que impedirían a la madre asumir su crianza y, específicamente, la intimación al organismo que corresponda par que se tramite la inclusión del grupo familiar en un subsidio habitacional”*. He de destacar que el pedido por parte de los niños a través de su abogado patrocinante se enrola en la concepción de un sistema garantista tendiente a remover los obstáculos a fin de que la propia familia pueda elaborar la solución que mejor salvaguarde los derechos de los niños prioritariamente y puedan de esta manera convivir y desarrollarse de modo saludable. A su vez, y del relato extraído de la sentencia se evidencia que el alejamiento de los niños con su progenitora también obedece –entre otras razones- con una deficiencia habitacional, lo que se advierte específicamente en el año 2006 cuando la jueza interviniente *“resolvió decretar el egreso de los menores del Hogar “Adand” y su reintegro al hogar familiar por haber mejorado las condiciones habitacionales y vinculares”*.⁸

En síntesis, el eje de la cuestión versa en el pedido de participación procesal por parte de dos niños de ocho y nueve años respectivamente, con patrocinio letrado –un dato relevante es que los niños no ejercieron su derecho a expresar su opinión ya que surge de la sentencia que no fueron escuchados-, el que es rechazado siendo confirmada dicha resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, sin perjuicio de la confirmación de la instancia anterior la Corte, en dicho pronunciamiento ordena al juez interviniente que designe abogado patrocinante a fin de que los niños sean debidamente escuchados. Resolución que se comenta en el presente trabajo.

III- RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION.

La Suprema Corte, en primer término realiza un análisis sobre la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para poder designar por sí un letrado patrocinante que los asista en los términos de los arts. 12⁹, inc. 2, de la CDN; 27, inc. c, de la ley 26061 y 27¹⁰ de la reglamentación aprobada por el decreto 415/2006.

⁸ Extracto de la sentencia.

⁹ Art. 12 de la CDN: 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

Refiere al reconocimiento que otorga la CDN a los niños/as y adolescentes como sujetos de derechos y a la instauración del sistema de protección integral establecido por la ley 26061, aunque dicha normativa no puede ser interpretada de manera aislada sino en consonancia con el resto del ordenamiento vigente, tales como las normas del Código Civil las que no se han visto derogadas con la sanción de dicha ley.

En segundo lugar y en coincidencia con los fundamentos de la Cámara, realiza una descripción del sistema que prescribe la ley de fondo la que determina que los menores impúberes (menos de catorce años de edad) son incapaces absolutos de hecho, enumera los actos que tienen vedado celebrar de manera lícita, concluyendo que *“los niños G.M. y C.L. no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante.”* Por lo tanto, la Corte confirma la sentencia recurrida, recogiendo los mismos razonamientos de la Cámara.

Sin perjuicio de dicha confirmación, la Corte se explaya respecto al derecho de los niños a expresar su opinión y a ser escuchados reconocidos por el art. 12 de la CDN, interpelando el fallo de la instancia anterior ya que se desprende de los obrados que *“no surge que los niños –que se encuentran institucionalizados desde muy pequeños en diferentes hogares- hubiesen podido hacer efectivo el ejercicio de tal derecho.”* Ello así, pese al pedido reiterativo de la Defensora Pública de Menores e Incapaces de la Cámara.

En virtud de lo expresado, la Corte dictamina que *“corresponde solicitar al juez que les designe un letrado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos”*.

Por último y a modo de conclusión la Corte confirma la sentencia apelada, rechazando el pedido de participación con abogado patrocinante en atención a que la escasa edad de ambos niños, impide que puedan designar o remover abogado ya que carecen de discernimiento para ello, pudiendo reputarse el acto como nulo de nulidad absoluta. No obstante, la Corte establece *“hágase saber al juez de la causa que deberá designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que patrocine a los niños G. M. y C. L. en el proceso”*, de lo que puede inferirse que se reconoce la posibilidad de

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”.

¹⁰ Art. 27 dec. Reglam. 415/2006: El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. 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. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la ley 26061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

que los niños comparezcan al proceso solicitando participación con patrocinio letrado bajo el sistema de la designación a través del juez o tribunal.

Vale destacar, que aunque la decisión última de la Corte haya sido ordenar al juez interviniente que designe un abogado a fin de que patrocine a los niños, las argumentaciones vertidas en dicho pronunciamiento toman como eje central la normativa del Código Civil en materia de capacidad la que –según la Cámara y la Corte- no ha sido derogada por la ley 26061. Esta argumentación –que no se sostiene en los fundamentos del principio de la capacidad progresiva o discernimiento real de niños/as y adolescentes-, podría objetarse ya que frente a la normativa explicitada en instrumentos internacionales de jerarquía superior a las leyes, ésta debe priorizarse, máxime teniendo en cuenta el principio de la capacidad progresiva, receptado incluso en el Proyecto de Reforma del Código Civil.¹¹

En este sentido, cierta doctrina afirma “las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal, tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de capacidad y no el de incapacidad, pues el criterio a seguir es el de la capacidad progresiva.”¹²

No puede soslayarse, que en el caso en cuestión, ambos niños se encuentran institucionalizados solicitando –a través de la figura del abogado del niño-, se remuevan los obstáculos materiales que impiden mantener con su progenitora una convivencia saludable, de esta manera están viabilizando su derecho a ser escuchados y el derecho a la defensa técnica en los procedimientos donde sus intereses se vean afectados.

IV- EL SISTEMA DE CAPACIDAD/INCAPACIDAD DEL CODIGO CIVIL Y LA NOCION DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE LA CDN Y LEY 26061

Un principio que ha generado importantes discusiones doctrinarias es el de la capacidad progresiva¹³ y el derecho a la autonomía consagrados tanto en la CDN¹⁴ y en la ley de

¹¹ Arts. 24, 26 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, decreto 191/2011.

¹² Conf. Rodríguez, Laura “Vulneración del derecho de defensa técnica para las personas menores de catorce años”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Nro. 9, Octubre 2012, Ed. La Ley, Bs. As. pág. 109/110.

¹³ Compulsar la valiosa obra de Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes- Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Bs. As. 2007, “Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes”, pág. 167 y ss.

¹⁴ Art. 5 de la CDN: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño 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.

Protección Integral¹⁵. A su vez, numerosos juristas han afirmado la necesidad de readecuar el sistema de capacidad/incapacidad regulado en el Código Civil al paradigma que deviene de la convención, compatibilizando nociones como la de la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes superando así el binomio capaz/incapaz¹⁶ que no logra contemplar situaciones concretas y merecedoras de soluciones que se atengan a la letra y espíritu de la Convención.¹⁷

En este sentido la jurista María Victoria Fama ha expresado “el reconocimiento de la autonomía progresiva o autodeterminación de niños y adolescentes significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales, en función de su desarrollo psicofísico. Esta premisa de rango constitucional (conf. art. 75, inc.22 CN), conlleva necesariamente al abandono de la rígida dicotomía binaria entre ‘capacidad/incapacidad’ propuesta en nuestro Código Civil y basada exclusivamente en el dato objetivo de la edad”.¹⁸

En la misma línea de pensamiento dicha autora ha afirmado “la concepción tradicional de la representación legal de los menores de edad para todos los actos de su vida resulta incompatible con el principio de autonomía progresiva. Y es que del sistema de representación descripto surge la siguiente paradoja: si bien el niño es formalmente titular de una plena autonomía en función su edad y desarrollo, el ordenamiento civil no prevé los medios necesarios para que pueda ejercer en los hechos la autonomía de la que goza en teoría.”¹⁹

¹⁵ Art. 3 ley 26061. *Interés Superior*. “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, (...) d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales...”

¹⁶ Véase Famá, María Victoria “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directoras: Cecilia P. Grosman- Aída Kemelmajer de Carlucci- Nora Lloveras, noviembre de 2012, Nro. 57, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 10 y ss.; Herrera, Marisa “El lugar de los padres adolescentes en el derecho de familia contemporáneo”, Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, octubre de 2012. Libro de Disertaciones y Ponencias, Ed. La Ley- Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, pág. 73 y ss.

¹⁷ Véase Baldarenas Jorge A. “¿Son los ‘Menores’, ...incapaces? RDF 1997-11-79, en Summa de Familia, Derecho de Familia, Jurisprudencia Argentina, Tomo III, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, pág. 3198/3199; Minyersky, Nelli “Capacidad progresiva de los Niños, Niñas y Adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, Nro. 43, ed. Abeledo Perrot, pág. 139; Spaventa, Verónica “La incidencia del concepto de ‘capacidad progresiva’ en la relación paterno/materno-filial”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, marzo/abril 2010, Nro.45, Ed. Abeledo Perrot, pág. 124; Pérez Manrique, Ricardo C. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, Nro. 43, Ed. Abeledo Perrot, pag. 181.

¹⁸ Conf. Famá, María Victoria “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directoras: Cecilia P. Grosman- Aída Kemelmajer de Carlucci- Nora Lloveras, noviembre de 2012, Nro. 57, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 6 y 7.

¹⁹ Conf. Famá, María Victoria “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directoras: Cecilia P. Grosman- Aída Kemelmajer de Carlucci- Nora Lloveras, noviembre de 2012, Nro. 57, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 11 y 12.

Siguiendo las conclusiones a las que se arribó en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur “se entiende que la capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes consiste en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con su edad y grado de desarrollo. En función de la edad del niño o adolescente y del acto de que se trate, podrán ejercer por sí mismos o con la asistencia o cooperación de sus progenitores, guardadores o tutores o mediante la representación de éstos. En este punto, se exhibieron dos posturas: a) establecer edades indicativas en función del derecho que se pretende ejercer para evitar discrecionalidad judicial; b) prever un sistema abierto de modo que quede a criterio del juez evaluar la capacidad del niño o adolescente en cada caso concreto.”²⁰

En este orden de ideas, es dable destacar un interesante antecedente del Juzgado de Familia de 4ta. Nominación de la ciudad de Córdoba el que reza “la ley 26.061 que operativiza la CDN, en su art. 27 establece dos formas de participación en el proceso judicial de niños, niñas y adolescentes. La primera representada por el derecho a ser escuchado sin límite subjetivo de edad; y la segunda por el derecho a ser parte, sometido a la condición del grado de madurez. Dejo sentado en el presente, que es posición de la suscripta ya sentada en numerosos pronunciamientos, que este derecho de participación procesal reconoce como único requisito que el sujeto tenga competencia para el acto sin consideración previa, a su edad biológica”.²¹

Como afirma la Dra. Marisa Herrera “...la posibilidad de distinguir etapas diferenciales en el ejercicio de los derechos se desliza, entre otros articulados, del juego entre los límites a la responsabilidad de los padres u otros referentes afectivos de los niños y adolescentes, siendo siempre acorde al grado de madurez y en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5 CDN) con el reconocimiento expreso del derecho a expresarse libremente en todos los asuntos que afectan al niño o adolescentes, también teniéndose en cuenta la posibilidad de formarse un juicio propio, en función de la edad y madurez del niño”.²²

El paradigma de la protección integral –superador del modelo tutelar y paternalista-, ha implicado nuevos desafíos en las prácticas relacionadas a la niñez y adolescencia, vislumbrándose el principio de capacidad progresiva uno de los más complejos al momento de su aplicación. Si bien esta noción impregna el instrumento de derechos humanos de la

²⁰ Conclusiones del II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Tema: “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, Ed. Abeledo Perrot, pág.233/234

²¹ Juzgado de Familia Córdoba, Nro. 4 “B. D. y otro”, 30/5/2011, en Revista de Familia, Directoras: Cecilia P. Grosman- Nora Lloveras- Aída Kemelmajer de Carlucci, febrero 2012, I-2012, Ed. Abeledo Perrot, con nota de Mónica Assandri y María Claudia Lúpoli, pag. 222.

²² Herrera, Marisa “El lugar de los padres adolescentes en el derecho de familia contemporáneo”, Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, octubre de 2012. Libro de Disertaciones y Ponencias, Ed. La Ley- Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, pág. 74.

niñez y adolescencia, surge dicho principio del art. 5, 14, 25 y 29 de la CDN. Este principio mana directamente de una de las bases del sistema de protección integral, el que reconoce al niño/a y adolescente como sujeto pleno de derecho.

Aunque pareciera que el reconocimiento del niño/a como sujeto/a de derecho –y no mas objeto de protección de los adultos- está realmente instalado en la praxis judicial y/o administrativa muchas veces se cuelan en diferentes prácticas vestigios del sistema tutelar. Resulta por ello fundamental continuar profundizando el sistema de la protección integral adecuando instituciones incompatibles que surgen de normativa de inferior jerarquía a la Convención. En este sentido “que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que ha dejado de ser definidos por sus carencias, o por considerar a la niñez y a la adolescencia como etapa previa a la vida adulta, sino mas bien que se les reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, mas aquellos que les corresponden específicamente por su condición de niño.”²³

Señala la doctrina “toda vez que dentro del paradigma de la protección integral quiere decir garantizar la efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y toda vez que la realización de ciertos derechos no puede ser pensada disociada de la voluntad de la persona titular de ellos, se erige firme un limite al sistema legal de representación, fundamentalmente dado por el carácter de sujetos/as de derechos que convencionalmente se reconoce a niños, niñas y adolescentes y por la consecuente noción de autonomía progresiva en el ejercicio de tales derechos, prevista en los arts. 5 y 12 de la CDN”.²⁴ A su vez, dicha autora luego de afirmar la falta de adecuación de la legislación civil en materia de capacidad a las mandas del instrumento constitucional expresa “esta omisión –al menos en términos normativos (...)- está impidiendo que en el plano interno niños, niñas y adolescentes sean plenamente considerados/as como sujetos/as de derecho, pues para ello es imprescindible que nuestra legislación infraconstitucional (me refiero fundamentalmente a la de carácter civil) haga propia la consideración de niños, niñas y adolescentes como personas capaces y completas en cada etapa de sus vidas, y consecuentemente se redefinan los contornos con que

²³ Conf. Minyersky, Nelly “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, nro. 43, ed. Abeledo Perrot, pág. 132

²⁴ Conf. Spaventa, Verónica “La incidencia del concepto de ‘capacidad progresiva’ en la relación paterno/materno-filial”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, marzo/abril 2010, nro. 45, Ed. Abeledo Perrot, pag. 124.

ha sido tradicionalmente trazada la relación paterno/materno-filial en todas las dimensiones en que ésta se despliega.”²⁵

El caso bajo análisis, menciona los derechos reconocidos por la CDN y también refiere a los artículos correspondientes al caso de la ley 26061, aunque de cara al reconocimiento de los niños/as como sujetos plenos de derechos, el proceso adolece de omisiones que transgreden la normativa supraconstitucional; particularmente el derecho a ser oídos, a que su opinión sea tomada en cuenta y respecto al pedido de participación procesal.

Vale decir, que el análisis del discernimiento real debió haberse valorado sobre todo teniendo en cuenta las particularidades que se observan en el caso concreto; su precoz institucionalización, sus reiterados ingresos y egresos a distintos hogares, la conflictiva familiar profunda que marco la judicialización de estos niños desde muy temprana edad.

En virtud de lo expresado, y teniendo en cuenta el concepto de capacidad progresiva incorporado por la Convención, resulta clave el argumento invocado por el defensor de los niños respecto a que no se valoró el discernimiento real de los niños respetando así las mandas constitucionales. Una vez mas, corresponde tener en cuenta las particulares circunstancias de la causa, sumado a esto, el hecho de que los parámetros etarios –edad cronológica- que surgen del régimen de capacidad pueden tornar injusto el rechazo o la admisión de la participación en un proceso judicial.

Merece mención la voz de calificada doctrina en el sentido de que “es imposible negar el cambio que en materia de capacidad de niños y adolescentes introduce la ley 26061 al trasvolar a nivel infraconstitucional los principios reconocidos en la CDN. Ello implica que, pese a la vigencia de la normativa civil, es preciso armonizar o ensamblar ambos sistemas de modo de ajustarlos a los preceptos constitucionales que reconocen el derecho del niño a la autodeterminación”.²⁶

V- EL DERECHO A SER ESCUCHADO Y EL DERECHO A PARTICIPAR DE MANERA AUTONOMA CON PATROCINIO LETRADO.

El derecho a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, es otro derecho fundamental que conforma el cúmulo de garantías consagradas en la CDN.

El derecho a participar en el proceso judicial también surge de la normativa de la ley de protección integral en el art. 27 que establece garantías mínimas de procedimiento. En este

²⁵ Conf. Spaventa, Verónica “La incidencia del concepto de ‘capacidad progresiva’ en la relación paterno/materno-filial”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, marzo/abril 2010, nro. 45, Ed. Abeledo Perrot, pag. 125.

²⁶ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, Bs. As. 2007, Pág. 175

sentido “es dable advertir que el acceso cierto a la justicia se garantiza también mediante la implementación de normas procesales que prevean la legitimación activa de los niños y/o adolescentes en función de su edad y desarrollo para accionar en forma independiente a los fines de reclamar el reconocimiento de sus derechos fundamentales.”²⁷

Por ello, cierto sector de la doctrina ha afirmado que adolece de legitimidad una sentencia en la que sus destinatarios sean niños/as por encontrarse en juego directamente sus intereses y los mismos no fueron escuchados. Este derecho de todo niño/a o adolescente a participar en el proceso, a expresarse y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta debe acompañarse de debidas herramientas que faciliten la escucha y se efectivice el derecho a participar en el proceso. Así “...a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y mas aún, luego de la sanción de la ley 26061, resulta arbitraria y discrecional una resolución judicial o administrativa en la que se hubiera decidido alguna cuestión concerniente a un niño sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso.”²⁸

El autor Ricardo Pérez Manrique ha sostenido que “para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista”.²⁹ A su vez afirma “sin tomar en consideración tal derecho a la participación, la solución que se adopte lo será desconociendo el carácter de sujeto de derecho del niño involucrado y la decisión se constituye, en definitiva, en un acto de autoritarismo del mundo adulto respecto del niño”.³⁰

Por lo tanto, debe objetarse a la decisión de Cámara –y con acierto lo realiza la Suprema Corte-, haber omitido la debida escucha de los niños de autos, a fin de recabar su opinión, en virtud de que tal derecho consagrado en la normativa constitucional no ha sido efectivizado, máxime atendiendo el pedido de los niños de participación procesal y previo a ello, la solicitud reiterada de la Defensora de Menores e Incapaces.

En cuanto a la figura del abogado del niño, consagrado en el art. 27 inc. c de la ley 26061, Mizrahi señala “la intervención del abogado del niño implicará, como bien se ha dicho, que su posición se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras,

²⁷ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, Bs. As. 2007, Pág. 438.

²⁸ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, Bs. As. 2007, Pág. 444

²⁹ Conf. Perez Manrique, Ricardo C. “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, Nro. 43, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 178.

³⁰ Conf. Perez Manrique, Ricardo C. “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman, julio/agosto 2009, Nro. 43, Ed. Abeledo Perrot, Pág. 180

ya que sobreviene ‘un nuevo interés autónomo, y de directa atención por el órgano jurisdiccional’. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído ‘si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz’.”³¹

Quizás, una de las cuestiones más problemáticas que se presentan en la praxis judicial en torno al abogado del niño, es el de su designación. Es decir, distintos interrogantes – impregnados tal vez de viejas concepciones tutelares- conmueven al operador al momento de efectivizar las prácticas. Entre ellos nos preguntamos ¿debe el juez nombrar al abogado del niño una vez analizada la competencia y discernimiento real de niños/as y adolescentes en el caso concreto? ¿En caso de niños/as más pequeños, que no han alcanzado la edad de 14 años, quien elegirá al abogado actuante si les está vedado en el sistema civil contratar? ¿Cuál sería la forma reglamentaria que mejor garantice la especificidad en la materia respecto a la selección de los profesionales? ¿Debería institucionalizarse la figura del abogado del niño a través de un registro especial?

En este punto, Solari ha manifestado que deben diferenciarse dos cuestiones: la debida defensa técnica que implica el derecho de defensa de niños/as y adolescentes y el modo de designación del abogado por parte de personas menores de 14 años. Al respecto expresa “...la jurisprudencia ha decidido que el derecho al patrocinio letrado en el contexto de las leyes vigentes, recién debe reconocerse a partir de los 14 años de edad, haciendo una inadmisibile distinción entre mayores de catorce años y menores de dicha edad. Esta interpretación confunde, a mi entender, el derecho del niño al patrocinio letrado con otra cuestión, consistente en quien deberá efectuar la elección del abogado, cuando estamos en presencia de una persona menor de catorce años, dado que no lo puede hacer personalmente”.³²

Por su parte Laura Rodríguez refiere que “es necesario no confundir la obligación del Estado de asignarle un abogado a los niños con su derecho a elegir un abogado. Dentro de este marco, el Estado tiene la obligación de designarle a todo niño, niña o adolescente, involucrado en un proceso administrativo o judicial un abogado. Ahora bien, a medida que el niño adquiere capacidad progresiva, tiene derecho no solo tener un abogado sino a designar un abogado de su confianza”.³³

³¹ Conf. Mizrahi, Mauricio L. “El Derecho del Niño a un desarrollo autónomo y la nueva exégesis del Código Civil”, RDF 2003-26-113, en Summa de Familia, Derecho de Familia, Jurisprudencia Argentina Tomo III, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, pág. 3213.

³² Solari, Néstor “Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño”, publicado en La Ley, 1/12/2010, 10.

³³ Conf. Rodríguez, Laura “Vulneración del derecho de defensa técnica para las personas menores de catorce años”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Nro. 9, Octubre 2012, Ed. La Ley, Bs. As, pag. 114.

Más allá de las diferentes posiciones doctrinarias al respecto, este punto dependerá también de una exhaustiva reglamentación que despeje la mayor cantidad de incertidumbres posibles y bregue por una eficaz puesta en funcionamiento de la figura del abogado del niño con responsabilidad y compromiso.

VI- EL CRITERIO ETARIO A FIN DE PARTICIPAR EN UN PROCESO JUDICIAL CON PATROCINIO LETRADO. RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD EN EL CASO CONCRETO?

Siguiendo los lineamientos esbozados por la Cámara de Apelaciones y luego confirmado a través del pronunciamiento de la Corte, se observa que el criterio etario determinado por la enumeración del Código Civil, ha sido el elemento relevante a fin de rechazar el planteo formulado por los niños. Es decir, tanto los tribunales inferiores como la Suprema Corte, han distinguido entre menores impúberes y menores adultos, considerando dicha distinción –la edad biológica o edad cronológica- clave respecto a los límites en la capacidad de obrar o de ejercicio.

En este sentido, siendo menor de catorce años, los niños/as y los adolescentes –aún una persona de 13 años³⁴- no podrán designar abogado, ya que está vedado el acto de la contratación por carecer discernimiento.

Es menester señalar que la dicotomía establecida por el Código Civil, no contempla el real discernimiento que poseen niños/as y adolescentes en el caso concreto ya que mantiene una clasificación generalizada la que no se corresponde con los estándares que devienen de la CDN y la ley de Protección Integral. De manera categórica los Dres. Lloveras y Salomón así lo han expresado “la capacidad progresiva es un concepto abstracto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de la autonomía de los sujetos, y asimilar la evolución legal a la evolución psíquica-biológica. Por ejemplo, un niño de 2 años no tiene la misma madurez ni desarrollo que un niño de 13 años, y, no obstante ello, el sistema jurídico de capacidad le dispensa el mismo tratamiento”.³⁵

Un antecedente jurisprudencial da cuenta de la aplicabilidad del principio de la capacidad progresiva el que supone discernimiento real y no la suposición per se respecto a la capacidad/incapacidad en base a la edad cronológica, en este sentido “...en nuestro derecho vigente la capacidad y discernimiento cronológicos (en función de la edad) —tal el caso de

³⁴ Recordemos que el Proyecto de Reforma del Código Civil en el art. 25 denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años.

³⁵ Lloveras, Nora- Salomón, Marcelo “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Ed. Ediar, Bs. As. 2009, pág.417.

los artículos 54, 55 y 921 del Código Civil— han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimiento reales. Con ello queremos precisar que el juez —en cada caso de familia que tenga en sus manos— deberá evaluar si el sujeto concreto, en atención a su capacidad progresiva, cuenta con la suficiente madurez para llevar a cabo por sí, autónomamente, una determinada actuación. Ello hace que un niño, que no ha alcanzado los 14 años, bien podrá ser autorizado por el judicante para llevar a cabo personalmente el acto en cuestión y, por ende, considerarlo eficaz en su caso.”³⁶

Parte de la doctrina ha afirmado que “pareciera que algún límite etario, aun para el ejercicio de derechos fundamentales como la salud, la religión, la educación, etc., resulta indispensable para brindar cierta seguridad jurídica y resguardar este delicado equilibrio entre la necesaria protección de los derechos del niño y la defensa de su autonomía (...) la entrada en la adolescencia —que, sabemos, varía en cada cultura, cada familia y cada niño— marca igualmente un punto medio que se alza como razonable. Así, podrá considerarse un límite de 12, 14 o 16 años para presumir la competencia en la toma de decisiones, sin perjuicio de que aquella pueda ser desvirtuada por prueba en contrario o que pueda acreditarse que se posee competencia aun antes de adquirir la edad legal.”³⁷

Independientemente de las diferentes posturas doctrinarias existentes en cuanto a la edad como factor decisivo al momento de participar en un proceso judicial, es necesario mencionar la solución brindada por el Código Civil Proyecto en cuanto al tema de la capacidad. En cuanto a la incapacidad de ejercicio (ya no incapacidad de hecho) el art. 24 inc. b)³⁸ recepta el principio de capacidad progresiva.

Por otro lado, el art. 26, 2do. párrafo, si bien establece como norma general que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, el segundo párrafo de manera clara reza “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.”

Reiteramos la postura adoptada por la Jueza de Familia de la Ciudad de Córdoba, donde la misma refiere que no puede considerarse per se y de manera excluyente la falta de

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “K., M. y otro c. K., M. D.”, 19/03/2009, LA LEY 15/04/2009, 4, con nota de Osvaldo Alfredo Gozáni.

³⁷ Conf. Fama, María Victoria “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia P. Grosman- Aida Kemelmajer de Carlucci- Nora Lloveras, noviembre 2012, Ed. Abeledo Perrot, pag. 14.

³⁸ Art.24 inc. b) Proyecto de Reforma del Código Civil: *Personas incapaces de ejercicio*. Son incapaces de ejercicio: (...) b) la persona que no cuenta con la **edad y grado de madurez suficiente**, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este capítulo...

competencia por una cuestión de edad biológica, distinguiendo en definitiva la noción de “capacidad progresiva”, enrolada en la de competencia. De la sentencia surge “esta competencia implica haber adquirido un estado de desarrollo que les permite a las niñas tener conciencia reflexiva, libre y con posibilidad de comunicarse respecto de los actos que pretenden ejecutar por sí mismas”.³⁹

Resulta imprescindible a los fines de efectuar un aporte respecto al tema que nos convoca, poder enrolarnos en un posicionamiento equilibrado que pueda garantizar los derechos fundamentales de niños/as y adolescentes, pero a su vez, preservando su condición de personas en desarrollo fieles al sistema de protección. En este sentido Herrera en su ponencia y disertación en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar realizado en Mar del Plata, cita la Opinión Consultiva nro. 17 del 28/08/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a la Condición Jurídica del Niño donde expresa: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello 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, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.⁴⁰

VII- ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

- 1- En primer lugar, si bien la sentencia de la Corte ordena al juez interviniente designar abogado a fin de que patrocine a los niños para que su derecho a ser escuchado sea efectivo, considero que en el particular los argumentos referidos a su categoría de “menores impúberes” y por lo tanto incapaces absolutos de hecho, contraría el principio de capacidad progresiva consagrado en normativa con jerarquía constitucional.
- 2- Debe explicitarse de manera clara que el derecho a ser escuchado de todo niño, niña o adolescente trasciende el límite etario llegando incluso parte de la doctrina

³⁹ Juzgado de Familia Córdoba, Nro. 4 “B. D. y otro”, 30/5/2011, en Revista de Familia, Directoras: Cecilia P. Grosman- Nora Lloveras- Aída Kemelmajer de Carlucci, febrero 2012, I-2012, Ed. Abeledo Perrot, con nota de Mónica Assandri y María Claudia Lúpoli, pag. 222

⁴⁰ Herrera, Marisa “El lugar de los padres adolescentes en el derecho de familia contemporáneo”, ponencia expuesta en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar”, Libro de Disertaciones y Ponencias, Ed. La Ley, Abeledo Perrot, Bs. As- 2012, pag. 74.

a afirmar que el deber de escuchar a los niños puede viabilizarse aun cuando no pueda manifestarse a través de comunicación verbal.

- 3- El rechazo a la petición de participación procesal por parte de dos niños institucionalizados y judicializados desde muy temprana edad, sin haber sido considerado el grado de discernimiento real, configura una decisión arbitraria y contraria a los estándares mínimos establecidos en la CDN.
- 4- Si bien la figura del abogado del niño presenta dificultades desde la óptica práctica, debe el estado promover políticas públicas tendientes a su efectiva reglamentación a fin de soslayar la mayor cantidad de incertidumbres posibles en cuanto a la aplicación de la figura, tendiente a la concreción del respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su calidad de sujetos de derechos y no objeto de protección de los adultos.