

Boggione, Laura Mercedes

Los adolescentes y su intervención en el proceso civil

**Tesis para la obtención del título de posgrado de
Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura**

Director: López, Julio Mariano

Documento disponible para su consulta y descarga en Biblioteca Digital - Producción Académica, repositorio institucional de la Universidad Católica de Córdoba, gestionado por el Sistema de Bibliotecas de la UCC.



[Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento- No comercial- Compartir igual 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

UNIVERSIDAD CATOLICA DE CORDOBA

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
JUDICIAL Y DE LA JUDICATURA**

Trabajo final para optar al grado académico de
Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura

**Los adolescentes y su intervención
en el Proceso Civil**

Autora: Laura Mercedes Boggione.

Director: Julio Mariano López.

Córdoba, 29 de Mayo de 2023.

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a mi mamá, que hizo lo que pudo y como pudo, con sus hijos.

A Ricardo D. Settembrini, por acompañarme.

A mis ahijados, Sofia y Agustín, que hacen explotar mi corazón de alegrías.

A mis amigas y a mis compañeros de trabajo de 49 Civil y Comercial por el apoyo.

Y un especial agradecimiento a mi Director de tesis, Julio Mariano López, a quien admiro profundamente por la persona que es.

Gracias.

Índice

Introducción	1
Concepto	3
Capítulo 1.	
Evolución de la Normativa protectoria de niñas, niños y adolescentes: Tratados Internacionales. Legislación Nacional. Legislación Provincial.	
1.1. Tratados Internacionales.	5
1.2. Legislación Nacional	10
1.2.1 Constitución Nacional	10
1.2.2 Leyes Nacionales	12
1.2.3 Código Civil y Comercial de la Nación.	13
1.3. Leyes Provinciales	14
1.4. Importancia del presente capítulo	
Capítulo 2	
Principios estructurales de los derechos de las niñas, niños y adolescentes introducidos por la Convención de Derechos del niño.	16
2.1. Interés Superior del Niño	16
2.2. Derecho del niño a ser escuchado o derecho a la participación.	20
2.3. Evolución de las facultades del niño o autonomía progresiva.	25
Capítulo 3	
El adolescente en el proceso Civil.	
3.1. Introducción	29
3.2. Capacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Capacidad de hecho y capacidad de derecho.	30
3.2.1 Capacidad de derecho.	30

3.2.2. Capacidad de hecho.	31
3.3. Ejercicio de los derechos por el menor de edad.	33
3.3.1. Actuación por representantes	33
3.3.1.1 Representación de los padres	34
3.3.1.2 Delegación de la representación	37
3.3.1.3 Tutores y Curadores	38
3.3.2. Ejercicio autónomo	40
3.3.2.1 Ejercicio de los derechos patrimoniales	42
3.3.2.2. Asistencia Letrada. Abogado del Niño	43
3.3.2.2.1 Honorarios	49
3.4. Actuación en los distintos procesos en el fuero civil.	50
Capítulo 4	
El Sistema de Justicia. El órgano Judicial	55
4.1. Equipos técnicos	56
4.2. Jueces nuevo perfil. Nuevas funciones	56
4.3. Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes.	58
4.4 Ministerio Público Fiscal	61
4.4.1. Actuación complementaria	61
4.4.2. Actuación principal en el proceso judicial	62
4.4.3 Actuación extrajudicial	63
Conclusión	64
Referencia Bibliográfica	67
Anexo	

Introducción.

El presente trabajo de investigación aspira a determinar cuáles son los derechos que les asisten a los adolescentes, más precisamente entre los 16 y 18 años- art 26 Código Civil y Comercial de la Nación-, al momento de intervenir en un proceso civil.

Para ello, indagaremos en la normativa vigente – Internacional, Nacional y Provincial - y en los institutos del Código Civil y Comercial de la Nación que proporcionan respuesta al interrogatorio precedente.

De esta manera, el problema quedaría expresado en la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los institutos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación y normativa concordante para garantizar el derecho a ser oídos de los adolescentes en su intervención en el proceso civil?

Entonces, como objetivo general analizaremos los institutos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación, así como otra normativa de superior o inferior jerarquía (v.gr. tratados internacionales, leyes de nuestra provincia, etc.), para garantizar el derecho a ser oídos de los adolescentes en su intervención en el proceso civil.

A los fines de arribar al objetivo general, desandaremos un camino en el que recorreremos las siguientes etapas: En primer lugar, recabaremos cuál es la normativa protectoria del adolescente: Tratados Internacionales, Tratados Internacionales de rango Constitucional, Normativa Nacional y Provincial. En segundo lugar, analizaremos los Principios estructurales que rigen los derechos de las niñas, niños y

adolescentes. De allí, nos adentraremos en un análisis del rol que puede asumir adolescente en Proceso Civil y Comercial y la presentación de los distintos institutos previstos para consolidar la intervención del adolescente. Por último, intentaremos relevar el Impacto de la normativa protectoria al adolescente en el rol de la administración de justicia.

“...Papá no ha recapitado bien: siempre me ha tratado como a una niña que pasa por la edad ingrata. Eso parece extraño, porque él es el único que siempre me ha acordado su confianza, y el único también que me ha hecho sentir que soy razonable. Lo que no impide que haya descuidado una cosa: mis luchas por remontar la corriente -eran infinitamente más importantes para mí que todo el resto-, y en eso no pensó. Yo no quería oír hablar de «edad ingrata», de «otras muchachas» y de que «eso pasará»; no quería ser tratada como una-muchacha-igual-que-las-otras, sino única y exclusivamente como Ana-tal-cual-es...” Ana Frank

CONCEPTO

El punto de inicio del presente trabajo es conceptualizando el objeto de estudio “Adolescentes”.

La Organización Mundial de la Salud (O.M.S), define a la Adolescencia (Unicef, Uruguay. 2023)

Como el período de crecimiento que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y 19 años. Independientemente de la dificultad para establecer un rango exacto de edad es importante el valor adaptativo, funcional y decisivo que tiene esta etapa.

Distingue tres periodos dentro de la adolescencia, “adolescencia temprana” que va de los 10 a los 13 años, “adolescencia media” que va de los 14 a 16 años y “adolescencia tardía” desde los 17 pudiendo extenderse hasta los 21 años.

Ahora bien, a los fines de nuestro estudio y, en concreto, para nuestro país, debemos indagar si en lo que respecta a normativas legales encontramos una norma o referencia a lo que significa un adolescente.

Por un lado, la Convención de Derechos del Niño (C.D.N) nos da una definición de niño en su art.1 que dice: "... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad..."

En sentido concordante, en las 100 reglas de Brasilia, Convención de Derechos humanos (C.D.H) y lo concerniente a los derechos internacionales del niño, hace referencia a que "Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable."

En nuestra legislación, la definición que buscamos se encuentra en el Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N), más específicamente, en el capítulo 2, Sección 2, en el art. 25 que define tanto al menor de edad y adolescente como: "Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años."

De modo que, a los fines conceptuales, y tomando las definiciones brindadas por la O.M.S así como las que surgen del plexo normativo, podemos definir al "adolescente" como: *"aquel sujeto que se encuentra transitando el período de crecimiento que se produce después de la niñez, y antes de la edad adulta, cuya edad oscila entre 13 y 18 años."*

Con todo, tal como hemos mencionado en la introducción, nuestro estudio se centra de manera preponderante en el adolescente que se sitúa entre los 16 y 18 años. La

restricción a los fines de nuestra investigación obedece, como se verá seguidamente, a que los menores que se sitúan en ese rango etario, por el principio de capacidad progresiva, se encuentran en mejores condiciones de ejercer por sí mismos los derechos que consagran las diversas legislaciones -tanto a nivel nacional como internacional. Ello, desde luego, no implica que sólo quienes han alcanzado esa edad puedan gozar efectivamente de tales derechos, sino que, al acercarse a la mayoría de edad, el ejercicio de su autonomía puede llevarse a cabo de manera más completa, que es -en definitiva- el objetivo alrededor del cual se estructuran las garantías legales.

Capítulo 1.

Evolución de la Normativa protectoria de niñas, niños y adolescentes: Tratados Internacionales. Legislación Nacional. Legislación Provincial.

1.1.. Tratados Internacionales.

De manera introductoria, enmarcaremos temporalmente el dictado de normas internacionales, de características protectorias al momento de la finalización de las guerras mundiales.

Ello, por cuanto las guerras mundiales produjeron un quiebre en el hombre.

El desastre humano produjo un despertar en la necesidad de protección al que se encontraba en mayor riesgo y vulnerabilidad. (Herrera, 2016)

Así, en el afán de protección al más vulnerable, surge como respuesta, la recepción y regulación de los derechos de aquellos, y con ello el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El estudio del desarrollo de la normativa de carácter internacional en materia de menores, es importante, ya que los conceptos son receptados en nuestra legislación y de esa manera se refleja en nuestra sociedad.

El avance en la conceptualización del menor y sus derechos se fueron dando de manera ascendente, esto significa que con anterioridad al dictado de la Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño, no se lo había considerado como objeto específico de protección. Es a partir de esta declaración que el menor es concebido como persona con derecho a protección y, por ende, sujeto de derecho.

En esta línea, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 es el primer texto que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y niñas y resalta la responsabilidad de los adultos para con ellos, estableciendo que "... la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle...".

Reconoce la importancia de brindar bienestar al niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a su protección. Además, establece la necesidad de aplicación "...En un lenguaje sencillo ...". Si bien este texto no tiene fuerza vinculante para los Estados, es el primer texto internacional en la historia de los

Derechos Humanos que específicamente trata sobre los Derechos de la Niñez. (Declaración de Ginebra, 1924).

La Declaración de los derechos del Niño, por su parte, fue dictada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 1959 (20 de noviembre de 1959) y comienza a vislumbrar el concepto de menor como sujeto de derechos necesitado de protección, con un acercamiento a considerar la “madurez” de los niños, niñas y adolescentes, lo que se desprende de su Preámbulo “...Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”. (ONU, Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

De gran importancia, receptada constitucionalmente por nuestro país es la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de Noviembre de 1989. Ésta se asienta en cuatro principios fundamentales: el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Reconoce a las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, situación anteriormente no contemplada.

Además, establece que los Estados que lo ratifiquen deben asegurar de manera obligatoria que todos los menores de 18 años gocen de los derechos contenidos en él sin distinción de raza, color, idioma, nacimiento o cualquier otra condición del niño/a, de sus padres o de sus representantes legales.

Desde su preámbulo se destaca que conforme con los principios proclamados en la carta de las Naciones Unidas la libertad, "... la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la sociedad humana ...". En esta línea, se debe tener presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...".

La Convención en su art. 1 entiende a todo ser humano menor de dieciocho años de edad como "niño". Pero aclara que si en el sistema judicial que le fuere aplicable fija otro límite de edad para ser considera "niño" se tendrá por aplicable ese.

La Convención compele a los Estados Partes al respeto de los derechos que se encuentran enunciados y los compromete a que aseguren su aplicación a cada niño,

"independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

Para el efectivo cumplimiento se deberán tomar todas aquellas medidas que garanticen la protección del niño contra cualquier forma de discriminación o aquellas que castiguen por causa de la condición, las actividades, opiniones expresadas o por creencias de sus padres, tutores o familiares.

Cabe aclarar que esta Convención fue ratificada por la República Argentina por la ley Ley N° 23.849, con fecha veintisiete de Septiembre del año mil novecientos noventa, haciendo la siguiente reserva:

Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar las 100 reglas de Brasilia, Convención de Derechos humanos y lo concerniente a los derechos internacionales del niño que nacieron en la XIV Cumbre Iberoamericana en Brasilia en Marzo del año 2008.

Dentro de los fundamentos expresados que dieron origen a su dictado encontramos la necesidad de elaboración de reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, conceptualizando quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad como “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” y seguidamente la normativa establece cuales podrían constituir causas de vulnerabilidad “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”, dejando a criterio de cada país la determinación de personas en condiciones de vulnerabilidad conforme a las características específicas de cada lugar.

Cabe aclarar que la normativa legal citada, no es la única, sino la más relevante en cuanto a la evolución en materia protectoria de niñas, niños y adolescentes.

1.2.Legislación Nacional.

1.2.1 Constitución Nacional

En la Constitución de 1853-1860 no existía clausula específica a favor de la niña, niño y adolescente.

Es la Constitución de 1949 en su art. 37, II. la que introdujo como sujeto de derecho a considerar al niño "... La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado...".

Pero es recién con la reforma constitucional del año 1994, que se incorporan normas específicas a favor de los menores – art. 75 inc. 23

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Además, la reforma constitucional introdujo ciertos Tratados Internacionales como formando parte de la legislación con carácter constitucional, así el art. 31 prescribe:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquier disposición en contrario que contenga las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del 11 de Noviembre de 1859.

Establece al Congreso de la Nación la posibilidad de aprobar o desechar tratados con otras naciones, organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede. A estos tratados internacionales les otorga una jerarquía superior a las leyes, pero existen otros tratados que poseen carácter constitucional entre otros (art, 75 inc. 22) los que se enumeran a los fines del presente: La Declaración Americana de los Derechos y

Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Sobre los Derechos del Niño, (esta última -como vimos en el punto anterior- es la que mayor relevancia tiene a los fines de nuestro estudio).; “No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

Se admite además la posibilidad de que otros tratados de derechos humanos reciban igual jerarquía para lo que deberán ser aprobados por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Siguiendo a Sagües (2019. Pag.138), expresa que en nuestro país los tratados internacionales deben subordinarse a la Constitución Nacional, en conformidad con el art. 27 en donde establece que el gobierno federal puede celebrar dichos tratados, pero siempre que estén “... de conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta constitución...”.

Pero inmediatamente advierte que después de la ley 19.865 se aprobó la Convención de Viena sobre los tratados, en donde se dispone que un estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado, excepto se hubiere violado de manera manifiesta una norma fundamental de ese derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados.

Con todo, el orden jerárquico establecido constitucionalmente nos importa no sólo a los fines del dictado de las normas nacionales sino para la aplicación al caso concreto de las normativas existentes. En este sentido, esta jerarquización normativa implica que el Juez deberá -al momento de aplicar la ley- conocer el contenido de estos Tratados de carácter constitucional y decidir de conformidad con ellos.

1.2.2. Leyes Nacionales.

Como consecuencia del compromiso asumido por nuestro país al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, la que forma parte de nuestra legislación (art. 31 CN), es que se dicta la ley 26.061 sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada el 21 de Octubre de 2005, denominada Ley de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, dando operatividad así a dicha Convención.

La normativa en cuestión fue reglamentada en el año 2006 por el Decreto 415/2006.

Su objetivo principal es

“Proteger en forma integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en los ordenamientos jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que Nación sea parte”.

Posteriormente, se dictó la Ley 26.579, publicada en el Boletín Oficial con fecha 22 de Diciembre de 2009, esta ley modificó la mayoría de edad.

Finalmente desembarcamos en el dictado de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014, Ley 26.994 comenzando a regir a partir del 1° de Agosto del año 2015.

1.2.3. Código Civil y Comercial de la Nación.

La reforma en el Código Civil y Comercial de la Nación acoge especialmente los criterios de los tratados de derechos humanos, culminando así con la armonización del sistema legal con la normativa internacional, tarea que había comenzado con la introducción de tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad perfilado con la reforma Constitucional.

En su parte general, la nueva normativa civil y comercial reconoce la vigencia de los mismos, su calidad de fuente de derecho como así también su aplicación inmediata.

Es por ello que, al decir de María Claudia Torrens (2019), al momento de resolver algún conflicto debemos, por disposición del Código Civil y Comercial, recurrir además del propio reglamento, a la normativa existente en los tratados de derechos humanos y a “la interpretación específica que los derechos humanos desenvuelven, tanto en la jurisprudencia internacional generada por su aplicación como en el desarrollo que realizan los órganos convencionales”.

El artículo 1 de nuestro Código Civil y Comercial, justamente, es la puerta inicial a la aplicación del sistema normativo internacional, estableciendo el orden jerárquico de las normas que se debe respetar, teniendo siempre como principio la finalidad de la norma.

Establece, en ese sentido, que las fuentes del derecho privado son: a) leyes aplicables (C.C.C.N y leyes complementarias), conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; y b) los usos, prácticas y costumbres cuando 1) las leyes o los interesados se refieran a ellos, 2) situaciones no regladas legalmente, y 3) siempre que no sean contrarios a derecho en consonancia con la CN y los tratados de derechos humanos.

En forma complementaria y en consonancia el artículo 2 nos da reglas interpretativas a los fines de encontrar el verdadero significado que quiere dar la norma, para lo cual deberemos tener en cuenta las palabras con la que fueron escritas, la finalidad de la normativa, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados de derechos humanos, principios y valores jurídicos, en un todo con el ordenamiento jurídico. Así los autores nos señalan (Herrera, Caramelo, Picasso, 2016, p. 13):

“Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmandose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1° CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2° de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCyC) y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interaccionen de modo coherente.”

Esta recepción de los tratados de derechos humanos y su reconocimiento como fuente de derecho, se vio reflejada a lo largo del articulado de este código y, en esa línea, por supuesto, parte de reconocer a la niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho:

Art. 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. 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.

1.3 Leyes provinciales.

A nivel provincial, la Ley 9944, sancionada el 04/05/2011 y promulgada el 03/06/2011, es reflejo de la normativa nacional y tiene como objeto promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los menores, niñas, niños y adolescentes.

Establece en su artículo 1 que su contenido es de orden público, ello por cuanto regula derechos y garantías fundamentales que no pueden ser desconocidos y que, además, no pueden ser renunciados por parte del menor o sus representantes ni ser objeto de transacciones.

A los fines de su aplicación, debe entenderse que los derechos y garantías regulados son complementarios a los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la nación sea parte.

1.4. Importancia del presente capítulo: la evolución legislativa en nuestro país comenzó con la ratificación de los tratados de derechos humanos. Estos tratados incorporan una nueva concepción respecto a la persona, reconociendo derechos y garantías a los más vulnerables.

Con la reforma constitucional y posteriormente con la reforma del Código Civil y Comercial, en donde los tratados de derechos humanos fueron incorporados a la Constitución Nacional, dándoles igual jerarquía, no cabe duda de la importancia de los mismos.

La normativa nacional y provincial, entonces, debe interpretarse y aplicarse de manera complementaria entre sí, teniendo siempre como límite los principios constitucionales y los Tratados de Derechos Humanos incorporados por la Nación.

Capítulo 2

Principios estructurales de los derechos de las niñas, niños y adolescentes introducidos por la Convención de Derechos del niño.

El cambio de paradigma respecto a los derechos que le asisten a las niñas, niños y adolescentes, como así también la propia concepción del sujeto recepcionando por Convención Derechos del Niño, se asienta en tres pilares

- a) el reconocimiento de sujetos de derecho, siendo prioridad su protección, entendiendo el interés superior del niño sobre cualquier otro interés,
- b) el derecho a ser oído, que implica el derecho a participar y
- c) el derecho a ser reconocidos como sujetos de derecho en consonancia con la evolución de sus facultades o autonomía progresiva.

2.1 Interés Superior del Niño.

Podemos afirmar que este principio ha evolucionado favorablemente con el transcurso del tiempo, tanto en su concepto como en su recepción en la legislación y aplicación en resoluciones judiciales.

El cambio de concepción que instala la CDN implica la concepción de interés superior del niño como resguardo del interés del niño en cuanto sujetos de derecho portadores de intereses reflejados en los derechos reconocidos.

Como afirma Cillero Bruñol (citado en Torrens, 2019)

“Solo con el proceso indicado por la Convención en la que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos los niños podrán oponer sus derechos como límites y orientación tanto de la actuación de los padres como la del Estado”.

Podemos afirmar que el interés superior del niño es el principio rector de la Convención, trasladando su obligación de respeto a las normativas dictadas en consonancia, y pasando a ser el objeto relevante y a considerar de las políticas públicas y resoluciones judiciales.

María Torrens (2019, pag. 173) siguiendo Ara Padilla, refiere al interés superior del niño como un “valor intrínseco del individuo”. Esta perspectiva viene a dar cuenta de “una sensibilidad especial con respecto a lo que representa el niño como valor en si”, lo que viene a significar un cambio en la perspectiva de las decisiones que se tomen en relación a los niños, dado por el reconocimiento de este valor.

El comité de los derechos del niño a través de su presidente describe al interés superior del niño como

“El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plano físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas y privadas a examinar si este criterio esta realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que debía entenderse por interés superior del niño a:

“La regla jurídica que ordena en sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones tienen, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el espectro de separar conceptualmente aquel interés del niño como su creta de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, que el de los Padres. Por lo tanto, la coincidencia que entre uno y otro interés ya no será algo o que lógicamente necesario, sino una situación normal irregular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés que el niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros que no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo en una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también que un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marcar la independencia conceptual del interés superior de niño respecta de toda otra persona. Eso no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, habida del respeto de su Padre y Madre, sino solamente que, desde el producto o de vista del derecho, que es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero nos hará duración a, los de sus mayores.”

Por su parte La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera a dicho principio, como instrumento fundamental en el sistema internacional, así ha dicho:

La Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de este (arts. 3, 9, 18,20,21 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos” (opinión consultiva 17/02)

Naciones Unidas, a través del Comité de los Derechos del Niño en consulta redacta la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); en su introducción destaca:

“El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

En nuestra legislación, cabe destacar, este principio es receptado en el art. 75 inc.22 junto a otros tratados internacionales de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”

La Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley 26.061) en su art. 3 establece: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescentes la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”

En forma refleja la Ley 9944 lo recepta de la siguiente manera y establece como criterio para discernir en caso de conflicto de intereses que involucre al niño:

ARTÍCULO 3.- Interés superior. A los efectos de la presente Ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción -integral y simultánea- de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley y los que en el futuro pudieren reconocérsele. La determinación del interés superior debe respetar:

- a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos;
- b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta;

- c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, y
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida de la niña, niño y el adolescente a la residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de responsabilidad parental, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución de la niña, el niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Con fecha 07/10/2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Recurso de hecho deducido por el actor, por sí y en representación de sus hijos menores F.P. B., M. P. B. y F. P. B. en la causa P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias”, afirma que al momento de resolver conflictos que atañen a infantes se debe tener en cuenta, conforme lo dicho anteriormente por esa misma Corte Suprema, el interés superior del niño en tanto “sujetos de tutela preferente”.

Sigue diciendo:

Ello así, pues los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de ellos debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733). Dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e infra-constitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inciso a y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Recapitulando, del camino recorrido podemos establecer entonces que cuando hablamos del interés superior del niño nos referimos al derecho del niño a que su

interés sea una consideración primordial, en cuanto sujeto de derecho y portador de intereses reflejados en los derechos reconocidos.

2.2. Derecho del niño a ser escuchado o derecho a la participación.

Si tomamos el significado literal de la locución “ser oído”, en una primera aproximación, este derecho implica la participación de forma directa o indirecta, según veremos, del adolescente en el proceso; es decir, de ser escuchado en forma personal por el juez o el órgano que esté interviniendo, o a través de sus representantes.

El derecho se encuentra receptado en el art. 12 Convención de los Derechos del Niño

1. Los estados parte garantizaran 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 a 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 procedimientos de la ley nacional.

Con este artículo se introduce un derecho amplio y general, los cuales implica tres aspectos a saber: a) el derecho de todo niño de formarse su propio juicio, b) a expresar su opinión y c) ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

Por su parte, el Comité de derechos del Niño de Naciones Unidas, a través de la Opinión Consultiva Nro. 12 ha venido a precisar el alcance de ese artículo. A los fines, prácticos, expondremos los tres aspectos en el orden que señalamos precedentemente

- a) el derecho de todo niño de formarse su propio juicio.

El derecho a ser oído va de la mano con el requisito de que el menor se encuentre en condiciones de formar un juicio propio, debiendo entenderse no como una limitación sino como la obligación por parte del estado de evaluar si el niño puede formar una opinión autónoma.

Para ello, establece el Comité, los Estados deben partir de la premisa de que el niño tiene capacidad tanto para expresar su opinión como para también entender que tiene derecho a expresarla.

Respecto al caso o asunto que afecta al menor no es necesario que tenga un conocimiento pleno de ello, sino que debe tener una comprensión suficiente para formar un juicio propio respecto a dicho asunto.

Además, se debe garantizar que aquellos niños que tienen dificultades para poder hacer oír su opinión sean allanadas. Para lo cual se deberá brindar los instrumentos necesarios para hacer efectiva la opinión, ya sea a través de personal especializado o bien con los instrumentos materiales que fueran necesarios.

No debemos olvidar la importancia de que estas garantías sean doblemente reforzadas cuando el menor que interviene pertenece a minorías, niños indígenas o inmigrantes y aquellos que no hablen el idioma mayoritario.

b) A expresar su opinión.

Se debe garantizar el derecho a que el niño, niña o adolescente pueda expresar su opinión libremente. El concepto de “expresarse libremente” implica el derecho a que

el menor pueda hacerlo sin presiones teniendo la opción, pero no la obligación a realizarla.

El estado debe velar para el cumplimiento de su derecho brindándole las herramientas y condiciones necesarias para el cumplimiento de su derecho, para lo cual deberá asegurar la existencia de lugares físicos que le permitan sentirse cómodos y protegidos. Los procedimientos deberán ser readecuados para la accesibilidad del menor.

El personal interviniente deberá encontrarse lo mejor capacitado para poder brindar una mejor respuesta y contención al menor.

Se deberá tener en cuenta no solo la situación individual del niño, sino que, además debe tenerse especial reparo en la situación social y del entorno que lo rodea.

Las personas responsables de escuchar al niño como así también aquellos que tiene la función de darle información, ya sea sus padres, tutores y/o abogados, deben darle a conocer no solo la situación en la que se encuentra, cual es la situación que lo tiene como parte, sino que además deberán darle las opciones que tiene para actuar, y las posibles consecuencias que ese acto provoca.

c) Ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

La obligación de ser escuchado lo es en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño sin limitaciones.

Se han establecidos como ejemplo los siguientes casos: sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia

física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.

La Corte de Internacional de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” recalzó la importancia y necesidad de que los estados aseguren el cumplimiento de escuchar a los menores y de que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.

Consideraciones de la Corte:

196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁷, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

197. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”²²⁰; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”²²¹; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su

derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”²²²; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”²²³, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

Por otro lado, debemos considerar que el adolescente tiene derecho a no ejercer ese derecho, ya que no es una obligación en sí mismo el que deba ser escuchado, sino una opción a su derecho.

Finalmente coincidimos con María Claudia Torrens cuando expresa que “el derecho del niño a ser escuchado es uno de los dispositivos clave en consideración del respeto de su calidad de sujeto de derecho y de su igual dignidad”

En nuestra legislación fue receptada en el art. 3 ley 26.061 inc b) “...debiendo respetar ...b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

En nuestra legislación provincial ley 9944 art. 3 “...La determinación del interés superior debe respetar: ...b) su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta...”

Art. 26 C.C.C.N “...La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.”

2.3.Evolución de las facultades del niño o autonomía progresiva.

Se ha definido la autonomía progresiva como el derecho del niño o adolescente a ejercer ciertas facultades de autodeterminación, en la medida que adquiere competencia para comprender las situaciones que puedan afectar su persona.

La CDN en su art. 5 la contempla de la siguiente manera:

Los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y 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”.

Por otro lado, el art. 12 de la CDN dice:

Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a la edad y madurez del niño.

La introducción al sistema de la nueva concepción que se tiene de las niñas, niños y adolescentes, como sujetos de derecho, los permite ubicarlos en un escenario distinto. Ello por cuanto, ya el sistema no considera que con solo cumplir la mayoría de edad se adquiere de manera automática la autonomía legal, sino que, aun antes de ello, conforme aumenta la capacidad personal del individuo, de acuerdo a su evolución psicofísica, puede asumir mayores responsabilidades y adquirir mayor poder de decisión, pudiendo acceder por sí mismo al ejercicio de sus derechos.

Este principio de autonomía (Moreno Ugarte y Faraoni, 2021, pag. 119) surge de la conjugación de tres pilares sobre los que se asientan los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes a) su reconocimiento como sujeto de derecho b) el interés superior del niño y c) el derecho a ser oído.

“Entonces Autonomía o capacidad progresiva significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de derechos por parte de NNA en función de su desarrollo psicofísico”

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad”, analiza el concepto y lo entiende como un proceso que el menor va atravesando, con un punto de salida que es la incompetencia absoluta, siguiendo con madurez gradual, para culminar con la plena capacidad. Ello surge del voto de la Dra. Ana María Conde que dijo:

Los menores evolucionan desde un estadio de incompetencia absoluta para ejercer por sí los derechos de los que son titulares, hacia una madurez gradual, que culmina cuando adquieren la plena capacidad de ejercicio, con lo que cesa su sujeción a la patria potestad. Este curso evolutivo del menor en relación a sus competencias se encuentra contemplado por la ley, que establece la distinción entre incapaces absolutos y relativos, a la que aludiera anteriormente.

En el camino hacia la autonomía se verifican diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño, operativas en función de la madurez psicofísica de los menores. Así, el primer escalón está constituido por el principio “del mejor interés del niño”, en un nivel inmediatamente superior se encuentra el derecho a la información, luego el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y, por último, la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Dentro de este régimen, cada una de las secuencias implica que se ha respetado la anterior, desde el primer nivel, en el cual la decisión será del representante hasta llegar a la posibilidad de que el menor pueda actuar conforme a su propio criterio.

Y de la jueza Dra. Alicia E. C. Ruiz dijo:

Del mismo modo, el concepto de capacidad que emana de la CDN es superador del que consagra el viejo art. 921 del Código Civil, redactado bajo el influjo de la noción moderna de ciudadanía que sólo reconocía como sujeto de derecho al hombre adulto, blanco, burgués y heterosexual. En la actualidad, el ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes está directamente asociado al concepto de capacidad progresiva que introduce la CDN (arts. 5 y 14 entre otros). Esto es, la capacidad entendida como un proceso a través del cual se transita de la niñez a la adultez.

En el trabajo publicado por Unicef (Lansdown, 2005, “La evolución de las facultades del niño”) establece pautas para evaluar la competencia de los niños en cuanto a su capacidad:

Así debemos en primer término evaluar si posee capacidad para comprender y comunicar informaciones pertinentes, es decir el niño debe poder efectuar elecciones, poder entender sobre las cuestiones en discusión, sin ser obligado o sufrir manipulaciones

Evaluar si entiende los beneficios, peligros y posibles daños potenciales, es decir las consecuencias que pueden originarse por su actuar- opción elegida-, como lo puede afectar, y sus efectos presentes y los que surjan con posterioridad.

Se debe indagar acerca de la existencia de una “escala de valores” lo que le permitirá tomar una decisión.

El concepto de capacidad progresiva implica una nueva visión que invita a considerar un esquema flexible en cuanto los conceptos de “incapacidad” y “capacidad” lo que implica dar mayor participación a los niños, no obstante su incapacidad general.

En nuestra legislación, la capacidad progresiva es receptada en el art. 3 ley 26.061 “...Debiéndose respetar: d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento

y demás condiciones personales” y a nivel provincial en igual articulado consagra una reproducción del presente.

El art. 26 del CCCN, recepta este principio “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente...”

Las tendencias actuales (Solari, 2011) siguiendo las recomendaciones y en consonancia con los postulados de la Convención de los derechos del niño, nos obligan al cambio de un sistema donde prevalecía la rigidez a un sistema dinámico, entendiendo a un “sistema dinámico” como a aquel que otorga una intervención más activa del niño, niña y adolescente, en toda aquella cuestión que involucre a su persona y sus bienes, siempre de acuerdo a su madurez y desarrollo, sin perjuicio que se establezca una edad objetiva para alcanzar la mayoría de edad, que requiere todo ordenamiento jurídico.

Deberá prestarse especial atención que la voluntad del niño sea tenida en cuenta, debiendo resolverse conforme a dicha voluntad.

El concepto de capacidad progresiva implica una nueva visión que invita a considerar un esquema flexible en cuanto los conceptos de “incapacidad” y “capacidad” lo que implica dar mayor participación a los niños, no obstante, su incapacidad general.

Capítulo 3

El adolescente en el proceso Civil.

3.1 Introducción

Al interponer una demanda debemos manifestar el carácter con el que nos presentamos en juicio y la aptitud para hacerlo. Es decir, debemos explicar y demostrar al Juez, la relación que tenemos con la pretensión entablada y que poseemos capacidad procesal suficiente para estar en proceso, reclamando dicha pretensión.

Estos presupuestos, son requisitos de admisibilidad de demanda, de modo que resulta de capital importancia determinar cómo introduce sus pretensiones en el proceso civil el adolescente para que puedan ser acogidas. Por ello, conviene recordar algunos conceptos básicos acerca de la capacidad en general y de la capacidad de ejercicio en particular, ya que -por principio- los menores de edad, en general, y los adolescentes, en particular, no pueden actuar directamente en todos los casos.

3.2. Capacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Capacidad de hecho y capacidad de derecho.

En el capítulo 2 de nuestro C.C.C.N, Sección 1, nos introduce al tratamiento de las capacidades. Distingue la capacidad de derecho (art. 22) que es aquella que goza toda persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos, de la capacidad de ejercicio que es aquella que tiene una persona para ejercer por si misma sus derechos (art, 23 CCCN).

3.2.1 Capacidad de derecho.

La doctrina calificó la capacidad como un atributo de la personalidad, que le es inherente por su condición de tal, motivo por el cual cualquier limitación deberá ser establecida legalmente. Siendo entonces que la capacidad de derecho es la regla, las limitaciones o incapacidades son de carácter restrictivas y excepcionales, dictadas a los fines de la protección de un determinado interés.

Las partes no pueden realizar pactos o concesiones al respecto, ya que constituye materia de orden público.

Como dijimos las incapacidades son establecidas legalmente siempre a los fines de protección de intereses de una persona y nunca en referencia a la persona en si, por cuanto significaría no reconocer la calidad de sujeto de derecho.

3.2.2. Capacidad de hecho.

Con la modificación del C.C.C.N. ingresa al ordenamiento legal, el principio de capacidad de ejercicio de la persona como un derecho humano, por lo que cualquier limitación debe ser restrictiva.

La capacidad de hecho es la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio o goce de una persona, es decir que es la aptitud que tiene para actuar por sí los derechos que le fueran reconocidos por el ordenamiento.

Las restricciones a esta capacidad de actuar se justifican en la necesidad de protección de ciertos sujetos conforme a ciertas condiciones particulares en su persona que, de no existir, los pone en una situación de vulnerabilidad frente a actos de terceros.

Establecida la restricción, el mismo sistema legal lo asiste, le brinda la herramienta que le permite realizar estos actos restringidos a través de su representante.

Este representante, sustituye la voluntad y participación, en aquellos casos en los que se encuentra carente de actitud para actuar.

Seguidamente en el art. 24 nos dice que, “las personas incapaces de ejercicio son: ...

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2° de este Capítulo”.

Del contenido de la norma se desprende que para ser “capaz” se deben dar dos requisitos: la edad y la madurez suficiente.

En cuanto a la edad en el artículo 25 se establece que es toda persona que no ha cumplido dieciocho años, es decir este es el primer requisito.

En tanto que madurez suficiente, no permite establecerse un parámetro objetivo para determinar a que corresponde a madurez suficiente en una persona, sino que, se deberá evaluar en cada caso concreto si el sujeto posee la aptitud suficiente para su intervención personal.

Como señala Silvia Fernández (2016) comentando el presente artículo, el ingreso de conceptos de bioética, introduce el deber considerar la existencia de condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata.

De esta manera una persona puede tener capacidad en forma genérica pero no tener competencia o aptitud para decidir y a la inversa no tener capacidad civil, pero si la aptitud para la toma de determinadas decisiones.

Es así que con los cambios realizados el nuevo Código Civil y Comercial se pone en armonía con la Convención de Derechos del Niño, que ya había sido receptada con anterioridad por la ley 26.061.

3.3.Ejercicio de los derechos por el menor de edad.

Conforme lo establecido en el C.C.C.N., genéricamente es menor quien no ha cumplido dieciocho años y específicamente, adolescente quien se encuentra en la edad etaria de entre 13 y 18 años.

El art. 26 establece: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

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.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

De la lectura del artículo precedente, podemos establecer distintas situaciones respecto al ejercicio de los derechos del menor

- a) Actúa por medio de sus representantes
- b) En forma Autónoma

3.3.1. Actuación por representantes.

De manera introductoria podemos decir que toda persona menor de edad tiene un representante legal.

Esto se desprende del juego de los arts. 24, 26, 100 y 101 CCCN

Toda limitación a la capacidad debe ser establecida legalmente atento su carácter restrictivo y en función a la protección del sujeto. Pero entendiendo como regla la capacidad, cuando se establece una limitación a la misma, el sistema le brinda una solución o respuesta. Así en la limitación a la capacidad de obrar establecida a los menores, es que surge la persona del representante.

En forma concordante el art. 100 dispone que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí y son representantes de los menores “... b) de las personas menores de edad sus padres; si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos de su ejercicio, el tutor que se les asigne (art. 101).

La función de estos representantes se encuentra jurídicamente normada, con deberes y obligaciones a su cargo como consecuencia de la misma función.

3.3.1.1. Representación de los padres.

Cuando hablamos de representación por parte de los padres, en la mayoría de los casos, se refiere a una relación, cercana, de un vínculo sano, en donde el o los representantes actúan en beneficio de su representado (hijo).

También se entiende que ambos padres, en forma conjunta o individual, pueden representarlo en aquellos actos que lo involucren.

Pero puede ocurrir que esta situación de “normalidad” que planteamos no ocurra.

Es así que el art. 641 C.C.C.N establece a cargo de quien se encuentra la responsabilidad parental, ofreciendo distintas respuestas a distintos casos.

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

En efecto, una de las funciones que integra la responsabilidad parental es la representación en el ejercicio de los derechos de los hijos, en todos los ámbitos.

Esta modalidad suple las dificultades propias de la etapa de desarrollo en la que se encuentran los niños y niñas y que representan un obstáculo para que tal ejercicio resulte adecuado a sus intereses. Así se dispone en los arts. 26; 101, inc b; y 646, inc f, C.C.C.N.

La representación parental, hoy no significa la existencia de una relación de poder de los padres sobre los hijos, sino que el actuar es siempre a favor de los intereses propios del representado, teniendo en cuenta su conveniencia más allá de los intereses particulares que como padres puedan tener.

Además, los padres deberán escuchar atentamente las opiniones de su hija/o, evaluarlas y conforme a ello tomar las decisiones, sin olvidar que, a mayor autonomía del sujeto, menor será la representación que ejerzan.

Entonces, las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, sin embargo, aquellos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, estableciendo como regla la capacidad,.

El cumplimiento de la labor por parte de los progenitores como representantes de sus hijos, importa el deber de cumplimiento del principio de respecto el interés superior del niño.

Coincidimos con Ríos –Carol Lugones (2021), cuando afirman que “este interés debe ser respetado en todos los ámbitos de la sociedad sin excepción alguna, ya sea en el campo público o privado, como así también seguido de manera atenta por los tres poderes del Estado”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que debía entenderse por interés superior

la regla jurídica que ordena en sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones tienen, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el espectro de separar conceptualmente aquel interés del niño como su creta de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, que el de los Padres. Por lo tanto, la coincidencia que entre

uno y otro interés ya no será algo o que lógicamente necesario, sino una situación normal irregular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés que el niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros que no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo en una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también que un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marcar la independencia conceptual del interés superior de niño respecta de toda otra persona. Eso no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, habida del respeto de su Padre y Madre, sino solamente que, desde el producto o de vista del derecho, que es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero nos hará duración a, los de sus mayores.

3.3.1.2. Delegación de representación.

En cumplimiento a la obligación de resguardo al interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo más con participación de las partes involucradas.

Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

El art. 674 y 675 autoriza la delegación del ejercicio de responsabilidad parental del progenitor a cargo, a su cónyuge o conviviente. Cabe aclarar que la norma se refiere al nuevo cónyuge o conviviente distinto al otro progenitor.

Esta medida es de manera excepcional y deben concurrir las siguientes situaciones:

- a) cuando el progenitor no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria,
- b) que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Para su validez es necesario se homologue judicialmente o bien que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

Asimismo, prevé la situación de que, en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente, situación que también debe ser homologada judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor y se extingue por ruptura matrimonial, de unión convivencial y por la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

Simplemente se trae a colación el presente no para ahondar en sus alcances, sino a los fines de determinar la posibilidad de que el cónyuge no progenitor o conviviente, del progenitor, puede representar al menor.

3.3.1.3. Tutores y Curadores

La figura de Tutela, es la respuesta legal a los fines de la protección al niño, niña o adolescente en aquellos casos en los que los progenitores no pueden actuar, ya sea porque han fallecido o se declaró su ausencia.

Art. 104. Concepto y principios generales. La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Los principios que rigen su responsabilidad son aquellos que rigen la responsabilidad parental -art. 639 CCCN: el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. También se le reconoce su derecho a participar en todos los procesos que le atañen (art. 707 CCyC).

Se enuncia como función además la de promover autonomía personal del niño/a la de acompañar e incitar al adolescente a la toma de decisiones para sus propios asuntos personales y patrimoniales.

Conforme lo establece el art. 101 es representativa, subsidiaria, obligatoria e irrenunciable. Debe ser discernida por un juez.

La figura de tutor designado por los padres, está previsto en el art. 106. La normativa autoriza al nombramiento de tutor por testamento o por escritura pública, cuando el progenitor no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental. Debe ser aprobada judicialmente y se tendrán por no escritas las

disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.

En tanto que:

Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente.

Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado.

A los fines del nombramiento de este tutor se establece que el niño debe ser escuchado si cuenta con edad y madurez suficiente, puede realizar toda observación la que deberá ser considerada.

Podrá presentarse por sí, con asistencia letrada, solicitar al juez su actuación cuando advierta que el actuar de su tutor no le es beneficiosa o para solicitar el nombramiento de una persona de su confianza.

Finalmente señalamos que el régimen de curadores se rige por iguales principios que los tutores, pudiendo los padres nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o de capacidad restringida, debiendo ser aprobada judicialmente.

3.3.2. Ejercicio autónomo

Como venimos desarrollando los menores tienen derecho a ser oídos en función a su derecho de intervenir en el proceso, debiendo considerarse su edad y madurez, en aquellas cuestiones cuyo resultado los involucre.

El derecho a ser oído podrá efectivizarse en forma directa o indirecta, frente al juez, con representación del Ministerio Público o del abogado del niño, con asistencia letrada establecida por los padres o por el tribunal.

Así, el que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, ello ocurre, por ejemplo, cuando existen conflicto de intereses con sus representantes legales es aquí donde expresamente se lo autoriza a intervenir con asistencia letrada.

Asimismo, el art. 26 establece:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.”

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Por su lado, se debe concordar lo establecido por los arts. 677, 678 y 679, por cuanto el art. 677 establece la presunción de autonomía para el adolescente (13 a 18 años), para poder intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores (o representantes) o de manera autónoma con asistencia letrada.

Ingresa con el art. 678 la posibilidad de que los progenitores (uno o ambos) se opongan a la iniciación de una acción civil contra un tercero, es allí donde intervendrá la decisión judicial pudiéndolo autorizar con asistencia letrada. Esta decisión podrá ser arribada previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

Pero además se autoriza a que el menor de edad pueda ir contra sus progenitores, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada y sin autorización judicial, a los fines de reclamar por sus propios intereses (Fallo 333:1376, citado en Gozaíni, 2018 p.470)

“Ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es obligación del tribunal dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmático o remisiones a fórmulas preestablecidas, y tales reglas hermenéuticas respecto “del interés superior del niño” (art. 3.1 , Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio.”

Entonces a manera de síntesis y ordenamiento del presente diremos que

- 1) el adolescente puede actuar por si, en forma autónoma, con intervención de sus representantes o con asistencia letrada.
- 2) Entre los 13 y 16 puede decidir respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, y a partir de los dieciséis años puede tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

3.3.2.1 Ejercicio de los derechos patrimoniales

La capacidad de ejercicio patrimonial o capacidad negocial del menor de edad se encuentra relacionado con la capacidad de ejercicio de un oficio, profesión o industria.

El art. 30 CCCN autoriza el ejercicio profesional por parte del menor, sin necesidad de autorización previa, cuando haya obtenido título habilitante. Asimismo, lo autoriza a disponer y administrar los bienes que sean producto de la profesión, permitiéndole estar en juicio civil y penal en cuestiones que sean consecuencia de su ejercicio.

En tanto el art. 681 CCCN autoriza al menor de dieciséis años a ejercer oficio o profesión cuando tiene autorización de sus padres, en cambio si posee más de dieciséis años se presume la autorización para su ejercicio (art. 683 CCCN).

Estas medidas excepcionales deben compatibilizarse con la ley 26.390 que prohíbe el trabajo de las personas menores de 16 años con la ley 20.744 que dispone que los menores desde los 16 hasta los 18 años podrán celebrar contrato de trabajo si cuentan con la autorización de los padres.

Las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia E. Fernández desarrollaron un cuadro sinóptico respecto a los casos en que el adolescente puede actuar, lo que resulta muy ilustrativo a los fines del presente trabajo y que es agregado al presente como Anexo 1.

3.3.2.2. Asistencia Letrada. Abogado del niño.

La creación de la figura del abogado del niño es consecuencia del cambio de paradigma sobre el niño, ello por cuanto sujeto de derecho, se le imputan derechos y obligaciones permitiéndole a participar en forma personal conforme a su grado de madurez.

Esta nueva figura, exige un profesional más cerca de los niños, niñas y adolescentes, más sensible, predispuesto a entenderlos y a ponerse en su lugar, pero a la vez sin olvidar que los intereses que representa son los del menor.

Como dijimos los NNA tienen sus propios intereses, los que pueden o no ser coincidentes a la de sus padres, por lo cual deberá ser escuchados sin la interferencia en su caso de sus padres.

Conocer de qué se trata el mundo de niños, niñas y adolescentes y dedicarle el tiempo necesario o tal vez más, ya que los intereses dañados pueden afectar toda su vida.

Para ello será necesario escuchar y volver a escuchar, sin prejuicios, cada una de sus preocupaciones para entender así sus necesidades.

Fue entonces que el art. 12 de la Convención de los derechos del niño instó a los estados parte a garantizar el derecho al niño de expresar su opinión en todo procedimiento judicial o administrativo.

Los estados partes garantizaran 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 a 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.

A los fines del cumplimiento de esta obligación, es que la figura del abogado del niño es receptada por la ley 26.061 y a los fines de su reglamentación se dicta el decreto 615/2006.

El artículo 27 establece que los Estados a través de sus Organismos deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes que intervengan en cualquier procedimiento judicial o administrativo 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”.

Por su lado el decreto 415/06 respecto al mismo establece que el derecho a la designación de un abogado que represente los intereses del niño, niña y adolescente lo es, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Convoca a las Provincia a que adopten las medidas necesarias a los fines de garantizar la existencia de servicios jurídicos que puedan asegurar el derecho a designar un abogado. A los fines de su cumplimiento se deberá recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

Así en nuestra provincia, con el dictado de la ley 9944 recepta en el art. 31 la figura del abogado del Niño, en particular, la obligación establecida a los organismos del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes el cumplimiento de los derechos y garantías que le asisten, en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea que se encuentren 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 se dicten en consecuencia. El inciso c) expresamente establece

A ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, personalmente o en sus padres o tutores que lo representen, cuando no haya intereses contrapuestos, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, sin perjuicio de la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

La función de este abogado de niños, niñas y adolescentes se estableció con el dictado de la ley 10.636, con fecha el 19 de Junio de 2019 y publicada en Boletín Oficial, 5 de Julio de 2019.

La normativa establece que este letrado actuará representado los intereses personales e individuales de los NNA.

A tal fin se crea el Registro Provincial de Abogados del Niño, cuyo funcionamiento y organización es determinado por vía reglamentaria.

Todo aquel letrado, con interés a cumplir dicha función, deberá anotarse en dicho registro. Deberá acreditar especialización en el tema, contando con certificado emitido por unidades académicas de reconocido prestigio o que se hayan desempeñado en algún área de la Administración Pública con igual temática. Asimismo, deberá acreditar participación en organizaciones y deberá realizar los cursos que se dicten la autoridad de aplicación con carácter de obligatorios.

Se establece que su función es la defensa técnica en los distintos procedimientos, intervenir y asesorar en mediación o conciliación. Defender los intereses del menor independientemente de cualquier otro interés, informar al NNA permanentemente de lo que sucede en el proceso. Su designación se realiza por sorteo de los que se encuentran inscriptos correspondiente al domicilio del NNA, pero el NNA puede elegir abogado de su confianza, pero debe estar inscripto.

Elegido sea el letrado, por sorteo o por confianza deberá firmar el NNA un consentimiento informado a ser representado por ese letrado.

En cuanto a los honorarios del letrado y las costas, la normativa en su artículo 9 establece que son a cargo del estado.

La reglamentación a la ley se estableció mediante el dictado del decreto Ley 1571 con fecha 14 de Diciembre de 2022.

Esta reglamentación termina de completar lo establecido por la ley provincial

Así se establece que el Registro Provincial de Abogados si bien es único, funciona en forma descentralizada en cada uno de los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba. En la Ciudad de Córdoba existen inscriptos un total de 190 profesionales.

La inscripción para la función tiene una vigencia de dos años, debiendo renovarse en su vencimiento.

Son requisitos para acceder a la función (art.3.1.):

- a). Poseer matrícula profesional habilitada;
- b), acreditar al menos tres (3) años en el ejercicio de la profesión o en ámbitos de actuación que tengan por objeto específico la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ya sea la Administración Pública u Organizaciones de la Sociedad Civil;
- c). Acreditar la capacitación referida a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, conforme lo establecido en los arts. 3 y 8 de la ley 10.636.
- d). No poseer antecedentes penales ni estar inscripto en el Registro provincial de Personas condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual; y
- e). No estar incluidos en registro de Deudores Alimentarios Morosos;
- f). En las circunstancias prevista en el 3° párrafo del art. 6 de la Ley N° 10.636, el/la abogado/a elegido/a por una niña, niño o adolescente, cumplirá con alguno de los requisitos establecidos por el art. 3 de la Ley N° 10636, referidos entre otros, la Especialización y/o capacitación necesaria en derechos de las niñas, niños y adolescentes, y con los establecidos en los incisos a), d) y e) y precedentes.

Los requisitos transcritos son ampliados a los establecidos en la ley provincial, creemos que la inclusión de los incisos d) y e) son necesarios. La existencia tanto

de antecedentes penales y la inscripción en el registro de deudores morosos, son datos negativos que en el caso particular no deben dejarse de considerar, ello por cuanto a quien se representa es sujeto vulnerable, motivo por el cual los requisitos exigidos deben ser conforme la importancia de la función a cumplir.

El letrado sorteado podrá excusarse en caso de mediar relación con alguna de las partes algunas de las causales previstas en la ley 8465 (CPC), además el niño podrá solicitar el apartamiento del abogado sorteado sin expresión de causa, dentro de los tres días de haber aceptado el cargo (art. 6.4.). Tanto la excusación como el apartamiento será resuelta por el juez o autoridad administrativa que requirió la intervención. También se establece la posibilidad de renuncia del letrado.

Finalmente se establece que tanto la autoridad pública judicial o administrativa, en la primera ocasión de interactuar con la NNA, se le informará circunstanciadamente, con lenguaje claro y sencillo lo siguiente:

- a) Su derecho a designar un/a Abogado/A de Niñas, Niños y Adolescentes que sea de su confianza y que se encuentre inscripto en registro pertinente, indicándosele que en su defecto éste será elegido por sorteo;
- b) Que dicha elección no implica costo alguno para el beneficiario de dicho servicio;
- c) Explicarle cuáles son sus derechos y cuál es el conflicto de intereses en la causa que lo está involucrando;

- d) El deber de confidencialidad que recae sobre el abogado/a en su vínculo con la niña, niño y adolescente;
- e) Las obligaciones que tiene el/la Abogado/a en su vínculo con la niña, niño o adolescente;
- f) Toda otra cuestión que estime pertinente conforme la situación particular de que se trate y que resulte necesaria precisar al momento de requerir el consentimiento informado y que se vincule con la naturaleza y razón de ser del Instituto del “Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes”

3.3.2.2.1 Honorarios.

Establecer a cargo de quien se encuentra el pago de los Honorarios, es también una forma de garantizar el derecho a ser oído del menor.

La ley 10.636 estableció en el art. 9 que las costas y honorarios que se generen por la actuación profesional de Abogado del Niño son a cargo del Estado provincial y que por reglamento la autoridad de aplicación se establecerá pautas y procedimientos a seguir, para lo cual se podrá celebrar convenios con los Colegios de abogados de la Provincia.

Recientemente se firmó un Convenio entre la Provincia y el Colegio de Abogados, donde se estableció que la retribución será abonada por medio del Ministerio de justicia y derechos humanos y que será la Dirección de Asuntos legales de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf) la que brindará apoyo para su cobro.

No coincidimos con que los Honorarios deban ser solventados en todos los casos por el estado. Si bien, lo que se pretende garantizar son los derechos a ser oído en forma concordante con el derecho a acceder a la justicia, de una persona vulnerable, no es menos cierto que cada caso es distinto encontrándose cada sujeto en distintas posiciones y situaciones económicas.

Por lo cual, consideramos que si se debe asegurar el pago de honorarios de aquellos letrados que representen a niños, niñas y adolescente que no tengan bienes propios de aquellos que si cuenten con bienes a su nombre o producto de su trabajo.

3.4 Actuación en los distintos procesos en el fuero civil

Introducción

La intervención del abogado del NNA, parece estar destinada en mayor grado a aquellos procesos en donde la actuación de los NNA es más frecuente – procesos de familia, penal.

Sin embargo, no solo es necesario el derecho de representación en esos fueros, sino que en el fuero civil tramitan diversidad de procesos en donde es necesaria su participación (Flores, Fráncico, Faraoni, Fabian, 2020 pag. 479/494)

a) Procesos Patrimoniales.

Se ha elegido este tipo de proceso, porque si bien no es el único procedimiento que tramita por ante el Fuero Civil, si en su gran mayoría son de carácter patrimonial.

En especial, consideraremos aquellos en donde exista la posibilidad de alguna indemnización a favor del NNA.

El NNA puede actuar, siempre conforme a su Madurez, en forma autónoma o a través de sus representantes, con patrocinio letrado.

En estos tipos de juicio el Ministerio Público debe actuar en el carácter de representante complementario.

Normalmente en estos procedimientos, no se hacía partícipes directos a los NNA. Pero, el cambio de paradigma obliga hoy al operador jurídico a que deba permitir el acceso al NNA al proceso, dándole a conocer el contenido de la acción y sus consecuencias.

En caso de que el NNA sea acreedor de una suma dineraria, deberá escucharse cual es destino que considera para su inversión.

Toda escucha queda condicionada a la evaluación del grado de madurez que posee el menor.

b) Proceso de desalojo.

El autor Flores, Francisco (2020) parte de considerar si en necesario la citación del menor cuando en realidad son demandados sus padres por ser ellos (uno o ambos) quienes concretaron la contratación.

Inmediatamente, al interrogante responde de forma positiva, ya que las demandas de desalojo no solo están dirigidas a los contratantes sino también a todo ocupante, por lo

que considera que en el decreto inicial debe hacerse saber al NNA que en caso de requerirlo podrán designar un abogado.

Una consecuencia de proceso, es el lanzamiento y con ello el dictado de medidas para su efectivo cumplimiento.

Es en este punto, donde podría dictarse medidas que lo protejan, como, por ejemplo, en el ámbito de nuestra provincia de Córdoba, dar intervención a la oficina de Derechos Humanos para el resguardo de los derechos fundamentales del menor.

c) Procesos de limitación a la capacidad.

El proceso tratado aquí es aquel previsto en el art. 32 CCCN, en donde se solicita al Juez restringir la capacidad para determinados actos e una persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental.

Este proceso no implica otra cosa que el pedido de limitación al poder de ejercicio de una persona, motivo por el cual se considera de suma importancia el poder hacer conocer al NNA del cual se pretende la limitación, el derecho a defensa y derecho a poder designar un abogado

d) Actos de jurisdicción voluntaria.

Bajo esta vía procesal, se presenta diversidad de peticiones, en las que puede ser ventilados situaciones que afectan a NNA.

A manera de ejemplo puede requerirse cambios de nombre, autorizaciones para realizar actos no permitidos, cambios de género, etc.

e) Procesos Sucesorios.

Entendiendo al proceso sucesorio como aquel tendiente a declaración de personas que continúan al difunto, la determinación de los bienes dejados al momento de su muerte, la distribución de tales bienes entre los herederos y el pago de las deudas que existían en cabeza del causante (Faraoni, Fabián (Flores, Francisco, b))

La mayor causa de conflictividad, sucede al momento de la repartición de bienes en aquellos casos donde existen antecedentes de conflictos familiares.

Ante la presencia de estos conflictos, resulta necesario la intervención del NNA con representación legal, ello por cuanto ante presencia de intereses contrapuestos, incluso con los propios padres, es necesario garantizar la protección de sus intereses.

f) Amparos

Los procesos de amparos, pretenden una rápida actuación del órgano jurisdiccional, por lo que en caso de una presentación que involucre la intervención de un NNA, deberá primeramente dictarse la medida solicitada y posteriormente en caso de ser necesario requerir su intervención.

g) Procesos de Mediación.

Los procesos de Mediación resultan ser una etapa previa obligatoria al proceso Judicial el que fuera instaurado en Córdoba por la Ley 10543, decreto reglamentario 1705/18

Entendemos que sería posible la actuación en esta etapa del NNA con representación legal.

El Mediador en este caso, será quien escuche los intereses del NNA y deberá intervenir teniendo en cuenta los planteos formulados. Será además quien deberá dar a conocer la situación por la que se ven afectados sus intereses, las posibles soluciones y consecuencias de las mismas.

h) Procesos orales.

Esta nueva forma procedimental, introducido por las ley 10.555 y su modificación, es de aplicación para todo juicio de daños y perjuicios.

La nueva forma implementada, no es otra forma más que expresión de la relación de inmediatez del juez con el proceso.

Tratándose de un objeto de carácter patrimonial, nada obsta a que se le pueda dar intervención al NNA, siempre que su madurez le permita entender los alcances del mismo. La intervención debe ser en caso de ser autónoma con patrocinio letrado, ya que, se trata de un proceso dinámico, en donde se encuentran previstas dos audiencias: la Preliminar y complementaria.

En la audiencia preliminar se invitará a las partes a conciliar, no arribando las partes a la conciliación se invitara a rectificar errores materiales, fijar el objeto litigioso y los

hechos controvertidos; admitir la prueba pertinente y conducente, distribuir la carga de la prueba, fijar la fecha de inicio de la audiencia complementaria.

Atento los actos procesales previstos en la audiencia preliminar y complementaria, surge como necesario la intervención del NNA con patrocinio letrado en caso de cuenta con la madurez suficiente para su intervención y la representación complementaria del Ministerio Público.

Capítulo 4

El sistema de justicia. El órgano judicial.

El estado debe garantizar a través de sus órganos el acceso efectivo de los menores al proceso.

Esta garantía se encuentra reflejada en el art. 26 de la ley 26.061 cuando traslada a los órganos del estado la obligatoriedad de garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte 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”,

ello en concordancia con el art. 12 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 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.

A los fines del cumplimiento de garantizar ser escuchado, deberá asegurarse la correcta recepción por los distintos órganos que posee la justicia.

4.1. Equipos técnicos:

Los equipos técnicos resultan grandes aliados al momento de poder acercar herramientas a los jueces para establecer una mejor comunicación con los niños, niñas y adolescentes, sino que además podrán brindarle técnicas que permitan determinar el grado de entendimiento y madurez que posee el niño.

Podrá ser asistido en forma personal en la entrevista a su requerimiento o bien a través de un informe pericial.

Muchas veces es necesaria su actuación cuando se necesita indagar respecto a situaciones especiales que puedan estar afectando al menor.

4.2 Jueces nuevo perfil. Nuevas funciones.

El perfil de los Jueces se encuentra en permanente evolución.

El cambio de paradigma que produjo la reforma constitucional en 1994 y la incorporación al bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos indicados en el artículo 75, inc. 22 CN, exige que el sistema jurídico recepte las nuevas reglas y principios constitucionales.

Estos nuevos conceptos de derecho humanos introducidos requieren la intervención de un/a juez/a activo y comprometido con el proceso en el que actúa.

A los fines de su cometido, y en los procesos donde intervengan menores, podrá utilizar de todas aquellos recurso y herramientas que le permitan el cumplimiento de las garantías procesales que tiene el niño, niña y adolescente en la intervención del proceso.

Su función no queda limitada a la función específica de “oír al niño” sino que a los fines de la correcta escucha deberá asegurar el cumplimiento de ciertos “requisitos”.

Deberá verificar que el procedimiento sea accesible y apropiado para los niños.

Debe prestar especial atención al suministro y la transmisión de información que se le da al niño, la que deberá ser adaptada para su debida comprensión, por lo que implementará un lenguaje claro.

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad, por lo que deberá asegurarse el acceso a un ambiente acogedor.

Las manifestaciones de los NNA deberán ser documentadas bajo condiciones de seguridad a los fines de protección de sus dichos, cuando las circunstancias así lo ameriten.

Como dijimos cuando considere necesario se podrá echar mano al asesoramiento de los equipos técnicos, cuando entre otros, considere que le es necesario entender más profundamente lo que el menor siente.

4.3. Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Este protocolo fue elaborado por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, oficina de Derechos Humanos, año 2020.

Su contenido consta de una Parte general en donde nos relata cómo se elaboró y antecedentes normativos. Luego le sigue una parte especial, en donde nos da el concepto de Niñez y adolescencia, sus características, reglas prácticas de actuación, escucha activa, autonomía progresiva y participación judicial efectiva de niñas, niños y adolescentes, que se entiende por Interés Superior del Niño, reglas de no discriminación, no re-victimización y protección especial de la niñez y adolescencia.

Destacamos la importancia del presente Protocolo y el desarrollo del mismo. Es así, como a nivel Institucional se demuestra el trabajo de operadores jurídicos en la

recepción de la problemática del momento y en dar una respuesta comprometida con los fines.

El protocolo propone reglas prácticas de actuación, las primera generales y de para cualquier situación que intervengan niños, niñas y adolescentes (acto procesal).

Ellas son:

Lograr confianza con el niño, niña o adolescente: mirar a los ojos, sentarse a su altura, prestarle completa atención, permitir silencios, dirigirse con gestos y palabras que transmitan calma y seguridad.

Adecuar el proceso para garantizar la celeridad acorde a la vivencia maximizada del tiempo que tienen niños, niñas y adolescentes.

Además, estable como reglas específicas para adolescentes las siguientes:

- a) Ser pacientes al respetar sus silencios y posibilidades de expresión.
- b) Mostrar acercamiento y empatía para que sientan que se está reconociendo lo que tienen para comunicar.
- c) Respetar su privacidad, utilizando un lugar adecuado para ello.
- d) Recordar que la rebeldía y el opositorismo son maneras de autoafirmación.

Nos dice además cuáles son las reglas al momento de la entrevista:

- a) Respetar los horarios de las audiencias para que la demora no sea excesiva.
- b) Utilizar un espacio físico tranquilo que produzca confianza y comodidad para el niño, niña o adolescente.
- c) Explicar de manera clara y sencilla de qué se tratará el acto y quiénes participan.
- d) Fijar horarios distantes o días diferentes de audiencia para evitar que las niñas, niños o adolescentes tengan contacto con las personas sospechadas de haberles abusado o violentado.

Establece además reglas de actuación específicas cuando se trata de la relación juez – niños, niñas y adolescentes:

REGLAS GENERALES

- 1) Evaluar y registrar las condiciones en que se encuentran niños, niñas o adolescentes al momento de receptarse la escucha.
- 2) Atender y registrar las formas no verbales de comunicación: escritura, gestos, posturas, dibujos, silencios.
- 3) Adaptar los ambientes y métodos de trabajo a la condición de niñas, niños o adolescentes, para brindarles comodidad y privacidad.

- 4) Generar un ámbito de confianza en la oficina que evite la dispersión de quien se expresa.
- 5) Explicar a niñas, niños o adolescentes los medios por los que se puede volver a comunicar con el personal judicial que atiende su caso las veces que necesite.
- 6) Realizar una nueva instancia de escucha cuando, por razones de dilación en el tiempo o cambios significativos en las circunstancias, se puede presumir que el niño, niña o adolescente puede haber cambiado sus opiniones respecto al tema a decidir.
- 7) Dar participación activa a niñas, niños y adolescentes en el proceso del que es parte de acuerdo a su autonomía progresiva.
- 8) Ajustar y flexibilizar el procedimiento de manera que permita garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes.
- 9) Brindar información en lenguaje claro y accesible de: motivos del proceso, quiénes intervienen, qué opciones existen o pueden existir en relación a su situación, quién tomará las decisiones y sobre el derecho a contar con asistencia letrada especializada.
- 10) Generar espacios de escucha y participación previos a la adopción de medidas cautelares sobre violencia familiar y género y separación del centro de vida. En caso de urgencia, hacerlo en la oportunidad más próxima posible.
- 11) Garantizar que todo niña, niño y adolescente de país extranjero o perteneciente a una comunidad indígena cuente con servicio de traducción o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma (OC-21/14, párr. 124 y 125)

REGLAS POR ACTO PROCESAL

- 1) Evitar ruidos e interrupciones al momento de realizar las audiencias o entrevistas
- 2) Preparar el lugar donde se va a desarrollar la escucha para facilitar la expresión por medios acordes al grado de madurez y autonomía. Por ej: disponer de papeles, lápices, juguetes, etc.
- 3) Al comenzar la interacción presentarse con el nombre y explicar el rol que ocupa cada una de las personas presentes en el acto, para propiciar un clima de confianza.
- 4) Informar a niñas, niños y adolescentes sobre su derecho a la escucha activa y sobre el derecho a tener asistencia letrada especializada en la primera oportunidad procesal.
- 5) Transcribir de manera textual las expresiones de niñas, niños y adolescentes, e incorporarlas en el expediente o reservarlas en secretaría.
- 6) Incorporar toda forma de expresión no-verbal como dibujos, silencios, etc.
- 7) Incorporar una descripción clara y sencilla de los dichos de niños, niñas y adolescentes en la sentencia e indicar de qué manera su opinión se tuvo en cuenta para adoptar la resolución, fundando los motivos en caso de un apartamiento de la voluntad del niño, niña y adolescente.
- 8) Inicializar las resoluciones en los casos que se exija la protección de la intimidad de acuerdo a las Reglas de Heredia.
- 9) Redactar en un recuadro visible y en lectura fácil el contenido de las resoluciones que afectan los intereses de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, por la misma oficina de Derechos Humanos en el año 2019 se publicó “Cartilla de derechos en lenguaje claro. Derechos de la niñez y adolescencia”, su fin es de información en lenguaje claro y accesible de las leyes a la comunidad en general y en forma especial a niñas, niños y adolescentes.

Establece como objetivo la promoción del derecho para que de esta manera se pueda conocer las formas de acceder a la justicia.

Es una compilación de leyes internacionales, nacionales y provinciales.

Finalmente, en igual año (2019) la misma dependencia judicial publicó “Compendio normativo. Con resúmenes en lenguaje claro. Derechos de la niñez y adolescencia”

4.4. Ministerio Público Fiscal.

Conforme el CCCN (art. 103), en el proceso, el Ministerio Público tiene dos maneras de actuación: como complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

1) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

2) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

3) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

4.4.1 Actuación complementaria:

La actuación es complementaria cuando actúa en forma conjunta con los representantes del menor, en todas aquellas actuaciones judiciales en que intervenga.

Debe emitir su opinión en todos aquellos actos que se realicen y que puedan afectar al NNA.

Su función cesa de pleno derecho al momento que los menores de edad alcanzan los 18 años o cuando la persona declarada incapaz se rehabilitó.

En aquellos casos, en que se tome conocimiento que no se le ha dado la debida intervención al Ministerio Público y se han realizado actos que han ido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen, deberá solicitarse la nulidad de lo actuado.

La intervención del Ministerio Público es necesaria, representativa, de orden legal, y requiere de control judicial.

4.4.2. Actuación principal en el proceso judicial

En el inciso b) del art. 103 CCCN se encuentran enumerados los supuestos en los que la actuación del Ministerio Público es principal.

Dentro de las funciones que debe realizar el Ministerio Público cuando actúa en forma principal, ante la falta de acción por parte de los representantes es la de instar el procedimiento, interponer recursos, ofrecer prueba y/o cualquier otra medida que fuere necesaria para el correcto desenvolvimiento del proceso.

En caso de que la falta de acción provenga de un tutor, puede solicitar su remoción y responsabilizarlo por los daños y perjuicios que pudiere haber causado

Ante la diferencia de criterios entre tutores debe intervenir.

De igual manera, si de lo que se trata es la falta de acción de los curadores puede solicitar su remoción. Puede asimismo solicitar la designación de un curador provisorio.

Además, no solo su función es de representación sino que debe garantizar a sus representados el derecho a participar del proceso, debe asegurar la posibilidad de aplicación de un proceso más accesible, solicitando la aplicación de todos aquellos ajustes que fueran necesarios.

Deberá informar a sus representados del estado de la causa y de todo aquello que pudiere afectar a sus intereses.

4.4.3 Actuación extrajudicial.

La norma autoriza la actuación extrajudicial del Ministerio Público cuando estuvieren comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de las personas menores de edad, con capacidad restringida o incapaces en los términos del art. 32 CCyC- (para personas mayores de 13 años que padece adicción o una alteración mental permanente o prolongada) y existiera inacción, carencia o ausencia de los representantes legales.

La ampliación de las funciones del Ministerio Público a situaciones extrajudiciales se deben a un enfoque proteccionista.

Conclusión

Cuando nos preguntamos inicialmente cuales eran los derechos que les asisten a los adolescentes entre 16 y 18 años al momento de intervenir en el proceso civil, inicialmente establecimos quien era el sujeto de nuestra investigación y lo definimos como “aquel sujeto que se encuentra transitando el período de crecimiento que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, cuya edad oscila entre 13 y 18 años.”.

Definido el sujeto, comenzamos a indagar acerca de cuáles eran esos derechos que le permitían acceder al proceso civil, de donde surgían y donde se encontraban regulados.

En esa búsqueda normativa, resultó la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratado Internacional, el motor que pondría en marcha la maquinaria legislativa.

En nuestro país comenzó con la ratificación de los tratados de derechos humanos. Estos tratados incorporan una nueva concepción respecto a la persona, reconociendo derechos y garantías a los más vulnerables.

Con la reforma constitucional y posteriormente con la reforma del Código Civil y Comercial, estos tratados de derechos humanos fueron incorporados a la Constitución Nacional, dándoles jerarquía constitucional.

La Convención Derechos del Niño, se asienta en tres pilares a) el reconocimiento de sujetos de derecho, siendo prioridad su protección, entendiendo el interés superior del niño sobre cualquier otro interés, b) el derecho a ser oído, que implica el derecho a participar y c) el derecho a ser reconocidos como sujetos de derecho en consonancia con la evolución de sus facultades o autonomía progresiva, pilares que en definitiva se traducen en los derechos que les asisten a los niños, niñas y adolescentes.

Esta nueva concepción, que es receptada por nuestro Código Civil y Comercial, reconoce a las niñas, niños y adolescentes, como sujetos de derecho, lo que permite ubicarlos en un escenario distinto ya que le otorga la posibilidad de actuación, por si, o a través de sus representantes o en forma conjunta o bien en caso de conflicto con sus representantes, puede intervenir con asistencia letrada siempre que cuente con edad y grado de madurez suficiente.

En este nuevo panorama, sabemos que el niño, niña y adolescentes pueden intervenir en el proceso, conforme a su madurez. Pero surge aquí el segundo interrogatorio y es como se garantiza el cumplimiento de su derecho.

Es así, que consideramos que la respuesta está en la obligación que tienen los operadores judiciales de implementar herramientas eficaces para el reconocimiento y cumplimiento de estos derechos y garantías reconocidos.

Para ello, se deberá escuchar y dar intervención verdadera a estos Niños, Niñas y adolescentes

Por otro lado, queremos destacar que el acceso a distintas tecnologías, la educación, los medios de comunicación, permiten que estos niños, niñas y adolescente, evolucionen en su personalidad, dándoles mayores herramientas para su desenvolvimiento, por lo que No debemos seguir subestimándolos como sujetos.

Es por ello, que resulta hoy, en nuestra opinión, “obligatorio” dar intervención a los Niños, Niñas y Adolescentes en todos aquellos procesos que los involucren.

Es verdad, que las circunstancias que rodean a cada Niño, Niña y Adolescente son disímiles, es allí entonces donde se debe estar atento, donde los operadores jurídicos deben estar debidamente preparados para dar las respuestas suficientes para el cumplimiento de las garantías de sus derechos y brindarles como ya dijimos las medidas de seguridad.

Las dinámicas de los procesos judiciales se encuentran en actualidad en evolución, lo que en consecuencia trae aparejado un cambio en las estructuras judiciales.

En conclusión, podemos afirmar que el adolescente entre 16 y 18 años, tiene el derecho de poder ser escuchado en juicio- intervenir- conforme a su madurez mental, en forma personal o a través de sus representantes, con asistencia letrada si así lo requiriere, por lo que el órgano judicial es el que le debe garantizar el cumplimiento de su derecho.

Bibliografía

Alterini, Jorge H. (Dir.) (2016). “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, T. III. Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley.

Amilibia Ruiz, Laura Alejandra (2018) “La capacidad procesal de la persona menor de edad- Niñas, niños y adolescentes-“, Argentina, Córdoba. Ed. Alveroni ediciones.

Carmelo, Herrera y Picasso, (2016) Código Civil y Comercial Comentado. Recuperado en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigocomentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

Ceballos Chiappero, Pablo Fernando. Nota a fallo. “Recurso de hecho deducido por el actor, por sí y en representación de sus hijos menores F.P.B., M.P.B. y F.P.B. en la causa PP. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias”, CSJN, 07/10/2021, CSJ 1813/2018/RH1 Recuperado en: <https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieveile.pl?id=ee7b2b8cf88d47b230c7f2d39cefe252>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.502 “Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011. (<https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cidhAtalaRiffo.html>)

Faraoni, Fabian (Dir.) (2021) “Abogada/o de Niñas, Niños y Adolescentes. Visión Doctrinaria. Ciudad de Córdoba. Ed. Lerner

Gil Domínguez, Andrés. Famá, María V. Herrera, Marisa (2007) “Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia.” Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar

González del Solar, José H. (2020) “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Notas y concordancias a la Ley Provincial 9944”. 2da edición actualizada por Silvina del Milagro Gelfi y María Jimena Martínez Casas. Córdoba. Editorial Mediterránea.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2017) “Cuestiones procesales del código civil y comercial de la nación”. Buenos Aires, Argentina. Editorial: Rubinzal- Culzoni Editores

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2018) “Legitimación, Capacidad y representación en juicio”. Buenos Aires, Argentina. Editorial: Rubinzal- Culzoni Editores

Iglesias, Mariana Beatriz- Krasnow, Adriana Noemi (2017) “Derecho de las familias y las sucesiones”. Buenos Aires, Argentina. Editorial La ley.

Infojus. Kelmelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm; Fernández, Silvia E. “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. Recuperado de: <file:///D:/Documentos/Unidad%20de%20USB/tesis/apendice%20normativo/cf150461.pdf>

Ley 10.636. Creación de la figura del “Abogado del Niño” (2019) Recuperado en <http://www.saij.gob.ar/10636-local-cordoba-creacion-figura-abogado-nino-lpo0010636-2019-06-19/123456789-0abc-defg-636-0100ovorpyel>

Lúpoli, María Claudia. Una interesante aplicación judicial de los principios constitucionales en relación a la niñez. Nota a fallo. Recuperado en: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/29582/Una%20interesante%20aplicaci%C3%B3n%20judicial%20de%20los%20principios%20constitucionales%20en%20relaci%C3%B3n%20a%20la%20ni%C3%B1ez.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Minetti Kern, Luciano “El perfil del Juez a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Nuevos desafíos y razones para dejar atrás prácticas disvaliosas. Hacia un Juez Constitucional.” Recuperado en <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/527-perfil>

Poder Judicial de Córdoba. Programa Ajuv (2020) Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1rEISE-ub2-FTQaWScTT6j3OLhIwAOwqO/view>
<https://drive.google.com/file/d/16cbt56kiCAIgDUo8PvOxtu2FxfkYIbud/view>

Sagüés, Néstor Pedro (2018) “Manual de derecho constitucional” – 2ª edición actualizada y ampliada, 4ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

Sagüés, Néstor Pedro (1995) “Constitución de la Nación Argentina” – 5ta. Edición Actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.

Semanario Jurídico (2021), nro 2320, p 441-447, Barilari, Alejandro “El ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. El resguardo de su protección” Nota a

fallo. Recuperado en <https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=a87113e1e9f85118360ad7901fef1f61>

Torrens, María Claudia (2019) “Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea

TSJ. Expte. 480/2000 “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad” recuperado <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/54803>

Unicef. Uruguay. 2023 ¿Qué es la adolescencia? Recuperado por <https://www.unicef.org/uruguay/que-es-la-adolescencia>

Unicef. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Unicef. Lansdown, 2005, La evolución de las facultades del niño.

Viola, Sabrina. “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”. recuperado en http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_ne_w.pdf

Anexo 1

Actos	Normativa	Consideraciones/argumentos
1. Principio General o regla	Art. 26 primer párrafo	La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.
2. Vacunación	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
3. Extracción de sangre y otros estudios no invasivos (ecografía, radiografía, etc)	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
4. Testeo HIV sida	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
5. Preservativos y anticonceptivos	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
6. Sutura	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
7. Colocación de yeso o bota por esguince o fractura	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía, acto no invasivo
8. Colocación de DIU	Art. 26 4to párrafo	Adolescente de 13 a 16, consentimiento adolescente-asesentimiento de uno de los representantes legales, actos invasivos
9. Operación quirúrgica (tratamiento oncológico, operación riesgosa)	Art. 26 4to párrafo	Adolescente de 13 a 16, consentimiento adolescente-asesentimiento de uno de los representantes legales, actos invasivos
10. Actos no invasivos e invasivos de cuidado al propio cuerpo	Art. 26 última parte	Adolescente 16 a 18, sólo su consentimiento
11. Operación mutilante (ej, cambio de sexo)	Excede el campo del cuidado del propio	Mayoría de edad Menor de edad:

	cuerpo	consentimiento de la persona menor de edad + autorización judicial
12. tratamientos integrales hormonales	Art. 5 y 11 de ley 26.743	Consentimiento de la persona, menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez y asentimiento de ambos progenitores
13. Bloqueadores Hormonales		A partir de los 10 años con su consentimiento y asentimiento de ambos progenitores
14. Ligadura de trompas o vasectomía	Excede el campo de cuidado del propio cuerpo	Mayoría de edad
15. Cirugía estética no reparadora	Excede el cuidado al propio cuerpo	Mayoría de edad
16. Cirugía estética reparadora	Art. 26 4to párrafo	Adolescente de 13 a 16, su consentimiento y asentimiento de uno de los representantes legales, actos invasivos
17. Cirugía estética reparadora	Art. 26 último párrafo	Adolescente de 16 a 18, sólo su consentimiento
18. Tatuaje/piercing	Art. 26 4to párrafo Art. 26 última parte	13 a 16 su consentimiento y asentimiento de uno de los representantes legales y 16 a 18 consentimiento sólo
19. Donación de sangre	Ley especial a partir de los 16 años	Adolescentes de 16 años con su solo consentimiento.
20. Interrupción del embarazo	Art. 26 4to párrafo Art. 26 última parte	Adolescente a partir de los 16 años, con su solo Consentimiento. Antes de los 16 años se necesita el asentimiento de alguno de los representantes legales. Si este adolescente por alguna razón fundada se niega a que se le informe a sus progenitores, debe intervenir el Ministerio Público - art. 1032.
21. Ser donante de	Excede el cuidado al	

material genético	propio cuerpo. Ley 26.862 y proyecto de ley especial aprobado en Diputados el 12/11/2014	Mayoría de edad
22. Criopreservar material genético para casos de Oncofertilidad	Art. 26, 4to párrafo	Adolescente: consentimiento del adolescente y asentimiento de uno de los representantes legales Menor de 13 años: consentimiento de uno de los representantes legales e información a la persona según edad y grado de madurez (ley derechos de los pacientes y decreto 1089/2012)
23. Ser parte en Investigaciones Médicas	Excede el cuidado del propio cuerpo	Menor de 13 años: consentimiento de uno de los representantes legales e Información a la persona según edad y Grado de madurez (ley derecho de los Pacientes y decreto 1089/2012 De 13 a 16 consentimiento del adolescente Y asentimiento del progenitor De 16 a 18 consentimiento del adolescente y a y asentimiento del progenitor
24. Negativa a someterse a transfusión (testigos de jehová) o a intervenciones que pone en riesgo la vida.	Excede el cuidado del propio cuerpo	Autorización judicial.
25. Negativa a someterse a transfusión (testigos de jehová) o a intervenciones que NO ponen en riesgo la vida	Art. 26 4to párrafo Art. 26 última parte	Adolescentes de 13 a 16 años: consentimiento y asentimiento de uno de los representantes legales Adolescentes de 16 a 18 su consentimiento
26. Ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de Trasplante	Art. 15, ley 24.193	Mayor de edad
27. Implantación De		"(...) Los menores de

médula ósea	Art. 15, ley 24.193	dieciocho (18) años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto. El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada”.
28. Ablación de órganos o Cadavéricos	Ar. 19 bis ley 24.193 ley 26.066	“La ablación podrá persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado”
29. Directivas anticipadas	Art. 60 y ley 26.742	Personas plenamente capaces. Mayores de edad
30. Internación personas menores de edad	Ley 26.657 y arts. 41 y 42	Intervención judicial por considerarse internación involuntaria
31. Tratamientos Por adicciones		Intervención judicial y el consentimiento del niño o adolescente no es vinculante cuando se opone al tratamiento siempre que exista criterio interdisciplinario
32. Tratamiento Psicofarmacológico	No se aplica el art. 2 porque acá los N N	Consentimiento del niño o

	tendrían una autonomía disminuida	adolescente y asentimiento de uno de los progenitores.
33. Utilización de camas Solares	Excede el cuidado al propio cuerpo	Es razonable legislaciones locales como la ley 14.444 de la Provincia de Buenos Aires que prohíbe en ese ámbito la utilización de equipos de emisión de rayos ultravioletas para bronceado -camas solares o similares-, a personas menores de 18 años.
34. Apellido de los hijos	Art. 64	Adolescente: puede petitionar la adición del apellido Menor de 13 años: según edad y madurez suficiente a evaluar por funcionario del registro civil
35. Cambio de apellido	Art. 69 (es judicial)	Adolescente puede petitionar. Menor de 13 años: según edad y grado de madurez
36. Falta de Apellido Inscripto	Art. 66	Persona con edad y grado de madurez suficiente puede pedir la inscripción del que está usando.
37. Tutela	Art. 26 2do párrafo, art. 1133 y art. 707	Niños y adolescentes deben ser escuchados y opinión ser tenida en cuenta valorándose según edad y grado de madurez.
38. Tutela especial	Art. 109 inc. c)	Designar tutela especial: cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial.

39. Matrimonio	Art. 403, 404, 425 y 645	Adolescente menor de 16años: consentimiento del adolescente + autorización judicial y escucha a los representantes legales. Adolescente de 16 a 18: consentimiento del adolescente y autorización expresa de ambos representantes legales en su defecto autorización judicial.
40. Opción Regimen de bienes	Art. 450	Pueden optar por régimen de bienes solo personas mayores de edad. Menores de edad sólo régimen de comunidad
41. Uniones Convivenciales	Art. 510	Sólo personas mayores de edad
42. Ejercicio Acciones filiales	Art. 26	Edad y madurez suficiente con patrocinio letrado
43. Consentimiento a la Adopción	Art. 595 inc. f)	10 años en adelante niño, niña o adolescente debe ser oído y su opinión tenida en cuenta según su edad y grado de madurez
44. Adopción. Derecho a conocer los orígenes.	Art. 596	Edad y grado de madurez, acceso a expedientes y registros
45. Acción autónoma a los fines de conocer los orígenes	Art. 596 último párrafo	Adolescente (13 a 18 años) con patrocinio letrado
46. Procesos de adopción		El pretense adoptado con edad y grado de madurez suficiente es parte en el proceso que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y en el juicio de adopción. Debe comparecer con asistencia letrada.
47. Elección de pretensos Adoptantes	Art. 613	Opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.
48. Apellido En la adopción plena	Art. 626 inc. d)	Edad y grado de madurez suficiente
49. Apellido En la adopción simple	Art. 627 inc. d)	Edad y grado de madurez suficiente

50. Principio general/regla Responsabilidad Parental	Art. 639 inc. b)	Mayor autonomía de los hijos disminuye la representación legal
51. Progenitores Adolescentes	Art. 644	Actos de la vida cotidiana los propios adolescentes Actos trascendentes: consentimiento del adolescente + asentimiento de uno de los progenitores
52. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores	Art. 645	El acto es válido con el consentimiento de ambos progenitores pero como son actos que involucra a los hijos, cuando se trata de personas menores de edad éstos también cumplen un rol activo. Por ejemplo: contraer matrimonio va a tener que prestar el correspondiente consentimiento matrimonial; ingresar a comunidades religiosas si el hijo adolescente se niega los padres no lo van a poder obligar. Para salir del país ver art. 14 ⁴ de la Disposición 3328/2015 de la Dirección Nacional de Migraciones.
53. Alimentos	Art. 661	El progenitor puede ser demandado por el hijo con edad y grado de madurez y asist, letrad
54. Reclamo por administración y disposición de bienes	Art. 677	Adolescente puede intervenir con asistencia letrada
55. Juicio contra los padres	Art. 679	Persona menor de edad con edad y grado de madurez con asistencia letrada
56. Reconocimiento de hijos, estar en juicio, acusación criminal	Art. 680	Adolescente solo Menor de 13 años en reconocimiento porque es un acto personalísimo: consentimiento + asentimiento de uno de los progenitores

			Menor de 13 años para estar en juicio por representación legal. Menor de 13 años acusado criminalmente es inimputable
57. Contratos servicios del menor de 16 años	por hijo	Art. 681	Prohibición de hacerlo solo. Sí con autorización de los progenitores
58. Contratos servicios del mayor de 16 años	por hijo	Art. 682 y 683	16 a 18 años: el propio hijo Presunción de autorización de los progenitores
59. Contratos servicios del hijo	por	Art. 30	Hijo adolescente de 16 años con título habilitante puede celebrar solo el contrato y forma un peculio profesional
60. Pedir cuentas	rendición de	Art. 697	Petición de rendir cuentas se presume la madurez
61. Testar		Art. 2464	Mayoría de edad
62. Disponer recibidos gratuito	bienes a título	Arts. 28 y 29	Persona menor de edad casados (emancipado) no puede realizar acto de disposición a título gratuito
63. Partición		Arts. 28 y 29	Persona menor de edad, casados (emancipado) puede realizar actos de partición