

Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes

Por Judith GALLETI* y Mirta MANGIONE MURO**

Resumen

La CDN y las Leyes 26061 y 12967 fortalecieron la autonomía personal de los niños, en su calidad de sujetos plenos de derechos, lo cual ha posibilitado repensar la capacidad de ejercicio desligada de parámetros rígidos de edad, ponderando el discernimiento, sobre la base del desarrollo y madurez de cada niño en particular.

Pensar a un niño autónomo tornó indiscutible su derecho a participar con asistencia letrada a través del Abogado del Niño en los procesos judiciales y administrativos cuando se refieran a sus derechos desde el inicio, en cumplimiento de la garantía expresada en el art. 27 inc. c) Ley 26061 y el 25 inc. e) Ley 12967.

Es una garantía instrumental para posibilitar el acceso a la justicia de NNA, como también la consecuente tutela de sus derechos.

Si no se cumple con esta garantía se está violando el orden público, el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso. Además se contraría la aplicación efectiva del derecho a ser oído impidiendo que sus opiniones sean tenidas en cuenta como marca la ley.

El acceso a la justicia requiere de recursos adecuados en calidad y cantidad, para garantizar de manera real la tutela judicial efectiva.

Palabras clave

participación · acceso justicia · autonomía progresiva · abogado niño

Summary

The Convention of the Rights of the Child and the laws 26.061 and 12.967 strengthened the personal autonomy of the children, in his capacity as full subjects of rights, which has enabled rethink exercise capacity unrelated rigid parameters of age, pondering the judgement, on the basic of the development and maturity of each child in particular.

To think an autonomous child became undisputed their right to participate with legal assistance through the lawyer of the child in the judicial and administrative processes when they refer to their rights from the beginning, in compliance with the warranty expressed in the article 27 c) of the law 26061 and 25 e) of the law 12967.

It is an instrumental guarantee to provide access to justice for children and adolescents, as also consequently the protection of their rights.

If failure to comply with this warranty is violating public order, the righth of defence at trial and the rules of the due process. Also there is contradicted the effective application of the righth to be heard preventing their opinions are taken into account like the law established.

The access to justice requires adequate resources in quality and quantity, to ensure real effective judicial protection.

Palabras clave

participation · access to justice · progressive autonomy · lawyer of the child

*Abogada, especialista en Derecho de Familia (UNL), jefe de trabajos prácticos de la cátedra de Derecho Civil V en la Facultad de Derecho de la UNR y jefe de trabajos prácticos de la cátedra de Derecho Civil V en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) de la UNL. Miembro investigador del CAI+D 2011 "Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad con especial referencia a niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Santa Fe".

**Abogada, doctora en Derecho (UNR), docente titular de la cátedra de Derecho Civil V en la Facultad de Derecho de la UNR y docente titular de la cátedra de Derecho Civil V en la FCJS de la UNL. Directora del CAI+D 2011 "Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad con especial referencia a niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Santa Fe".

1. Introducción

Hasta la Segunda Guerra Mundial los estándares de derechos humanos no fueron desarrollados dentro del marco del derecho internacional, sino en el marco de las constituciones nacionales. Los derechos humanos, en un sentido jurídico, han existido desde el establecimiento de las constituciones, en otras palabras, su desarrollo se encuentra estrechamente ligado a la era del constitucionalismo. El término utilizado por las constituciones nacionales para describirlos es: derechos fundamentales en Alemania, derechos civiles o libertades civiles en español, en inglés y francés.

Por su parte, el constitucionalismo hace referencia a un movimiento que nació del espíritu de la Ilustración para asegurar que las principales estructuras y funciones de los Estados estuvieran escritas en una constitución que, por gozar de la máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del Estado, fuera considerada obligatoria y duradera. Como regla general las constituciones contienen dos partes distintas: una formal y otra material. La parte formal contiene reglas relacionadas con los más altos órganos dentro del Estado, así como sus principios estructurales más importantes (como la división de poderes, el federalismo o centralismo, la república o monarquía, las estructuras democráticas o autocráticas, etc.). La parte material contiene los valores, metas y objetivos declarados por el Estado, en otras palabras, los derechos fundamentales. Estas declaraciones de derechos en las constituciones representan, por tanto, un indicador importante de aquellos valores que los Estados desean perseguir y garantizar a la sociedad.

El siglo XX se ha destacado por una expansión de los Derechos Humanos en relación a NNA, a pesar de que en teoría se encontraban comprendidos dentro de los instrumentos generales por el hecho de ser personas, su protección no lograba alcanzarlos en forma efectiva, por lo que se fue concibiendo en la comunidad internacional la necesidad de consagrar en diversos instrumentos específicamente los derechos de este grupo particular de personas.

Uno de los tratados ratificados es la Convención sobre los Derechos del Niño. “Los niños no se *convierten* en seres humanos, *nacen* siendo seres humanos”.⁽¹⁾ Estos niños tienen derecho a reclamar por el medio ambiente, el respeto y el reconocimiento de sus habilidades, la promoción y la protección, la autoestima y la participación, sin antes tener que haber conseguido la mayoría de edad.

La rápida ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por los países de América del América Latina, se constituyó, en un mojón en la región. La CDN cuyo paradigma es la concepción del niño como sujeto de derecho, con la cual se supera y destierra la doctrina tutelar, que partía de la noción de los niños como incapaces y meros objetos de tutela del mundo adulto. La CDN ha introducido principios —que además resultan derechos y garantías—, como la condición de sujeto de derechos del NNA y su obligada escucha con respeto de su capacidad progresiva, que impactan directamente en los procesos en los que ellos intervienen.

La sanción de la Ley 26061 ha significado un avance importante en el status jurídico de NNA, en cuanto recepta los principios esenciales de la doctrina de la protección integral en sus diversas disposiciones.⁽²⁾

⁽¹⁾ Palabras del pedagogo polaco Janusz Korczak de principios del siglo XX.

⁽²⁾ Esta doctrina indica que los NNA “no serán considerados ni menores ni incapaces ni carentes, sino como personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de un conjunto de recursos y potencialidades y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (Minyesky, Nelly “El niño como sujeto de derechos” (15/12/13).

El concepto eje del derecho privado del siglo XIX y en el siglo XX fue la libertad con su formulación aún presente en el Código Civil, con el desarrollo de un principio de autorresponsabilidad que importa la construcción de una dogmática jurídica que es la noción de la capacidad plena, discernimiento y ejercicio también pleno de la libertad. En los últimos años esta noción de autorresponsabilidad derivada de la libertad ha sido corregida por corrientes que se basan en el reconocimiento del valor de la igualdad, del principio protectorio y de la tutela de los vulnerables

La mirada desde la igualdad refleja verdaderos cambios estructurales dentro del sistema jurídico y de la sociedad y con este valor también se modifica el acceso a la justicia. Se trata de una mirada desde una perspectiva diferente, la mirada sobre la capacidad a través de la igualdad de las personas menores de edad.

2. Breves notas del sistema de capacidad de las personas. Principio de autonomía progresiva de niños y niñas

A pesar de las reformas realizadas a nuestro derecho, las que en muchas oportunidades conmovieron los cimientos en los que se encontraba asentado, lo referido a la capacidad de las personas, establecidas por el codificador se han mantenido inalterables. En cuanto a la capacidad de hecho, hoy continuamos encontrando un sistema rígido, eminentemente binario y excluyente: así es que se distingue entre los sujetos capaces, quienes ejercen por sí sus derechos y obligaciones que el orden normativo para ellos reserva, y los incapaces, los que lo hacen a través de la figura de sus representantes legalmente designados. Las personas menores de edad integran esta última categoría.

Como podemos observar, la legislación positiva vernácula plantea un esquema que explícitamente uniforma las distintas instancias vitales que transitan las niñas/os y adolescentes hasta llegar a la vida adulta, sin siquiera hacer un esfuerzo por discernirlas. Sin embargo, la realidad demuestra ser mucho más compleja y nos muestra que en ese recorrido van adquiriendo escalonadamente herramientas simbólicas que les permiten insertarse con lentitud en el plano social, conformando su propio ser y su personalidad, como bien dan cuenta los estudios provenientes del campo de la psicología evolutiva y de la sociología. En efecto, existe una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan en la menor edad, pues la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años.⁽³⁾

Lo dicho plantea un interrogante central: desde el plano de la ley, ¿cómo podemos receptar las distintas habilidades y aptitudes con las que cuentan aquéllos en orden al ejercicio de los derechos de los que son titulares?

La CDN, trae en el art. 5 la noción de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Este potente principio otorga una verdadera regla para dar cuenta del conflicto arriba presentado, que puede sintetizarse en una máxima de carácter general: el aumento del desarrollo autónomo de los niños, niñas y adolescentes determina el decrecimiento del ámbito reservado a la actuación de sus representantes legales, hasta llegar a constituir una herramienta excepcional y ciertamente marginal que finalmente se diluye por completo al alcanzar el hijo/a la vida adulta.⁽⁴⁾

⁽³⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos 28/8/2002, opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 101.

⁽⁴⁾ Muñiz sostiene "que resulta imposible trazar una pauta rígida y apriorística por la cual se señala qué potestades pueden

Se debe dar una respuesta que armonice las crecientes necesidades y demandas de todo NNA de acuerdo con su distinta capacidad de entendimiento y comprensión, pudiendo expresar su opinión y decidir respecto de aquellas, siempre que evidencie un grado de madurez suficiente para tales menesteres.

Corresponderá evaluar cada caso en concreto y fijar pautas específicas para dar a cada una de ellas. Sólo así nuestro derecho infraconstitucional logrará ajustar su contenido a las pautas instauradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra vinculado y, lo que es más importante aún, es que a partir de esa inteligencia es que se respetará la personalidad de los niños como seres diferenciados de sus progenitores, con requerimientos y pensamientos propios que deben ser atendidos.⁽⁵⁾

3. El derecho del niño a expresarse

Uno de los principios que inspiran el sistema de protección integral es el denominado “principio de autonomía progresiva”, que indica que las niñas, niños a medida que vayan adquiriendo mayor grado de desarrollo y evolución, irán ejerciendo automáticamente sus derechos. Este principio impacta en el rol que los adultos despliegan en relación con las niñas/os. El art. 5 de la CDN, determina que la función de los representantes legales será la de impartirles dirección y orientación para que acorde con su evolución vayan ejerciendo ellos sus derechos personalmente. Asimismo, imparte reglas de participación e integración de niños/as a los mecanismos de tutela de derechos, entre los cuales se encuentra la contienda judicial. El art. 12 prevé específicamente el derecho de ser oído y de participar en todo aquel procedimiento judicial y extrajudicial que lo afecte. En términos similares se expresa la Ley 26.061 y la provincial 12.967. Dentro de las garantías judiciales expresadas estas leyes prevén la asistencia técnica especializada y el derecho a que las opiniones de niños/as deban ser debidamente considerados a la hora de decidir asuntos que le conciernan.

Tiene, por tanto el niño/a, un amplio derecho de expresión que puede hacer público por cualquier medio cierto (a través de un panfleto, un opúsculo, un libro, un periódico, por la prensa oral, radial o televisiva) en asuntos que los afectan (educación escolar, recreación, ámbito familiar, social, comunitario, deportivo, cultural, religioso, científico). En tal sentido, esta facultad debe necesariamente conectarse con las dos siguientes: el enunciado en el art. 13 (libertad de expresión) y la del art. 14 (libertad de pensamiento).

El derecho del niño, niña a ser escuchados forma parte del orden público internacional argentino, en virtud del art. 14 del CC y el 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Su fuente es la CDN (arts. 3.1, 9.3, 12.1) incorporada al texto de la CN por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22 párr. 2°, y normas nacionales (arts. 1°, 3°, 5°, 24°, 27°, 29° y concs., Ley 26061) y locales concurrentes (12967 de Sta. Fe). También la observación general N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, que

ejercitar por sí las personas en la menor edad basada en un criterio exclusivamente etario, pues si lo hiciéramos caeríamos nuevamente en esta suerte de laberinto borgeano que el plexo normativo aplicable pone ante nosotros. Por el contrario, corresponde pensar una pauta lo suficientemente flexible —mas no por ello indeterminada e imprecisa— para poder aprehender ese sendero lleno de aprendizaje y de adquisición paulatina de habilidades y aptitudes, conciliándolo con la imprescindible intervención de sus progenitores en los primeros años de su vida” (MUÑOZ, Javier, “Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 58, p. 165).

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derechos.

El juez tiene la obligación de conocer y escuchar al menor, como garantía mínima en todo procedimiento.⁽⁶⁾

4. Derecho a ser oído y la figura del abogado del niño

Del derecho del niño a ser oído deviene un problema central para comprender el nuevo paradigma y que tendrá en la instrumentación de la figura del abogado del niño una forma concreta para hacerlo viable. Es que el derecho del niño a ser oído no implica solamente la institución puramente legal de un cambio de paradigma⁽⁷⁾ sino también el reconocimiento de una necesidad fundamental para nuestro desarrollo en tanto humanos. Ser oído o ser escuchado es vital para la constitución, desarrollo y expansión de la subjetividad humana.

Empezaremos encarando las modificaciones jurídicas que involucran la cuestión del abogado del niño en relación con la cuestión inseparable del derecho a ser oído en la Argentina.

A partir de la vigencia de la CDN, el NNA es titular de una plena autonomía en función de la evolución de sus facultades (edad y desarrollo.) Sin embargo, hasta la sanción de la Ley N° 26.061, la legislación de fondo de nuestro país, es decir: el CC, no preveía los medios necesarios para llevar a la práctica tal cuestión. Es entonces a partir de su promulgación que se empieza a hacer posible. Y a pesar de que, en particular, el derecho a ser oído de las NNA ya se encuentre expresamente contemplado en el art. 12 de la CDN,⁽⁸⁾ varios enunciados de la Ley 26.061 lo vuelven a reiterar en por lo menos cuatro oportunidades, una de las cuales involucra el tema del abogado del niño que nos ocupa en este artículo.

La Ley 26061 toma el derecho de las niñas, niños o adolescentes a ser oídos con un alcance mayor al de la CDN, al agregar elementos de garantía muy importantes para su efectiva implementación.

Ello aparece consagrado de manera muy clara en el art. 2 de la ley por el cual se establece que: “Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, siendo particularmente importante destacar el hecho planteado por ese mismo artículo en el sentido de que los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Asimismo, el art. 3, referido al principio del interés superior, el cual se define como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos

⁽⁶⁾ Pettigiani sostiene: “El niño no reviste el carácter de parte procesal en tales procedimientos, pero si estos se muestran susceptibles de generar –actual o potencialmente- efectos directos sobre su persona, derechos, garantías, intereses y vida futura, resultando protagonista central de esos asuntos, conocerlo y escuchar su opinión importa devolverle su subjetividad moral preservando su interés con exclusión de todo otro interés individual que se le oponga. Por el contrario, no hacerlo significa cosificarlo, violar sus derechos fundamentales, resolver sus diversas situaciones prescindiendo de su mismísima entidad como ser humano involucrado en tales procesos” (PETTIGIANI, Eduardo, “¿Por qué escuchar al niño o adolescente y como escucharlo?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 62., 13).

⁽⁷⁾ Interpretando el término paradigma en el sentido que Thomas Khun ha definido provisoriamente como: “modelo o patrón aceptado” para entender un campo científico o enigmático.

⁽⁸⁾ Art. 12 CDN: “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”. Agregando en su párrafo segundo que: “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”.

en la ley”, enumera determinadas pautas a respetar para su efectivización entre las que se encuentra, “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”. De este modo, interés superior del niño y derecho a ser oído se complementan.

El art. 24 de la Ley 26061 refiere al derecho a la participación y el art. 27 consagra las garantías mínimas en los procedimientos administrativos y judiciales.

¿Qué implica esto?

1º) Se trata de un derecho (y no de un deber). Insistimos, no es una obligación para los niños, sino que proporciona un derecho, les garantiza a NNA el poder hacerlo y le impone al Estado la obligación de hacer viable dicha posibilidad.

2º) El derecho a ser escuchado personalmente (no basta hacerlo a través de sus representantes u otro órgano).

3º) Impone el deber por parte del Estado, la sociedad y la familia, de escuchar la opinión del niño, cualquiera sea la forma en que se manifieste.

4º) Impone también el deber de tomar en cuenta sus opiniones, de acuerdo al desarrollo y madurez del NNA, cuestión relacionada con el reconocimiento del principio de capacidad progresiva

5º) Escuchar a un NNA no implica acceder a sus caprichos. Es decir, la ley no les concede a los NNA el derecho absoluto de tomar decisiones por cuenta propia en todos los casos y bajo todas las circunstancias, ni tampoco dice que a la opinión del niño se la debe aprobar automáticamente.

6º) En la medida que nuestra práctica se desarrolla en un campo siempre hermenéutico (es decir de interpretación) es usual que los operadores judiciales utilicen de un modo arbitrario y discrecional el concepto de interés superior del niño. En este punto la convergencia sinérgica del derecho a ser oído y la presencia del abogado del niño aumenta las posibilidades de acotar esa discrecionalidad.

7º) El derecho de los niños a ser oídos y a que sus opiniones se tengan en cuenta, repercute de manera directa en las responsabilidades de los adultos, toda vez que supone el deber de ellos de crear las oportunidades para alentar a los niños a expresar sus opiniones, fundamental para el desarrollo subjetivo.

5. El niño, niña y adolescente en el proceso judicial

El art. 12 de la CDN y las Leyes 26061 y 12967 destierran el concepto de “menor” como incapaz, al reconocer el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte. El cambio de paradigma tornó imprescindible redefinir, el lugar que ocupaban en el proceso. Fue necesario replantear las reglas de juego en los procedimientos en que se encontrasen involucrados sus derechos e intereses, lo que implicó incluir nuevas figuras y volver a pensar el modo en que los operadores de justicia existentes se relacionaban con los niños y llevaban a cabo su tarea.

Es por ello que seguidamente analizaremos cómo se puso y se pone actualmente en juego la participación de las NNA en los procesos civiles y penales, tomando algunas situaciones en las que consideramos que la voz del niño debería jugar un rol preponderante, tales como, en los conflictos de tenencia y comunicación; en los tratamientos médicos cuando se encuentra en juego el derecho personalísimo a la salud y la disposición de su

propio cuerpo; y cuando el niño es víctima en los procesos penales, ello con el objetivo de dar cuenta del grado de efectividad de este derecho fundamental del niño a ser oído en la toma de las decisiones que lo involucran.

5.1. La opinión del niño en los regímenes de tenencia y de comunicación

El derecho del niño a ser oído comenzó a plantearse principalmente en los procesos judiciales en los que se ventilaban conflictos familiares relacionados a la tenencia y al comunicación de padres no convivientes o ante casos de restitución internacional de menores.

La jurisprudencia ha ido dando respuesta a los interrogantes planteados en torno a la edad a partir de la cual el niño podía ser escuchado; si debía ser escuchado personalmente por el juez o si se consideraba suficiente que fuera escuchado indirectamente a través de sus representantes o de un órgano apropiado como el asesor de menores, tutor *ad-litem* o algún miembro del equipo técnico del juzgado; si el juez interviniente tenía la facultad o el deber de oír al niño; si era exclusivo el lenguaje oral o si podía considerarse asimismo el lenguaje gestual; qué efectos tenía la opinión del niño, si tenía fuerza vinculante para el juez o si el juez —en cambio— podía apartarse de lo manifestado por el niño, cuando su deseo fuera contrario a su superior interés; entre otras cuestiones a través de las cuales, se fueron perfilando los límites y asignando contenido concreto al derecho del niño a ser oído en miras a su realización efectiva en los procesos judiciales.

Es así como se entendió que la edad cronológica (entre 5 y 10 años para algunos, 8 años para otros, a partir de los 12 o desde los 14 años) debía ser puesta en relación con el grado de madurez que haya alcanzado el niño, de acuerdo a sus posibilidades de comunicación, o a las circunstancias de que se trate y que le permitan comprender y evaluar las consecuencias de las decisiones que se tomen.

Mayormente los deseos manifestados por los niños han sido tenidos en cuenta cuando han coincidido con otros elementos aportados en la causa, y en especial, cuando esto ha implicado el mantenimiento del *statu quo*, más, la decisión en última instancia, siempre ha correspondido al magistrado y no al niño, viéndose como disvalioso, por ejemplo, que sea el niño exclusivamente quien elija con cuál de sus progenitores quiere vivir.⁽⁹⁾

Vemos cómo el mandato de la Convención, “el interés superior del niño”, se encuentra sujeto a la interpretación realizada por adultos, en primer lugar, los padres y en última instancia, el juez.

5.2. La participación del niño en los tratamientos médicos

La concepción del NNA como sujeto de derecho pleno lo coloca en posición protagónica cuando están en juego derechos personalísimos como el derecho a la salud y a la disposición de su propio cuerpo.

El principio de la autonomía progresiva ha venido a limitar el ejercicio de la patria potestad de los padres en la toma de decisiones en representación de su hijo menor incapaz para dar paso a un sistema que se aparta del binomio capacidad–incapacidad, estableciendo

⁽⁹⁾ La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul en un fallo del 23/02/10 otorgó la tenencia provisoria a la madre, pese a haber manifestado el menor su intención de seguir conviviendo con su progenitor. En el caso se había demostrado la personalidad agresiva del padre y el haberle proferido a su esposa y a sus hijos reiterados actos de agresión física y verbal, los que, por la dinámica de la estructuración psicológica y familiar, el menor tiende a minimizar o disculpar. El deber de oír al menor -lo que el Tribunal efectuó-, no importa admitir automáticamente lo que aquél pretenda que, es precisamente, seguir conviviendo con el padre, pues se priorizó el interés superior del niño.

capacidades graduales conforme al cual el NNA se encontraría en condiciones de prestar el consentimiento informado para la realización de tratamientos médicos, incluso en contra de la voluntad de sus representantes legales.

El ejercicio de la autonomía progresiva posibilita al NNA ser protagonista de sus propias decisiones.⁽¹⁰⁾

En esta línea, el Proyecto de Reforma del Código Civil establece un sistema para la determinación de la capacidad que combina un criterio fijo, a partir de una determinada edad, con un criterio flexible, basado en la consideración del grado de madurez suficiente para adoptar decisiones de acuerdo a la menor o mayor complejidad del acto médico. Entre 13 y 16 años el niño podrá decidir por sí mismo la realización de tratamientos no invasivos que no comprometan su salud, sin riesgo para la vida o integridad física. Para tratamientos invasivos se requerirá la asistencia —no la representación— de los progenitores. En caso de conflicto, prima el interés superior y la opinión médica sobre las consecuencias del acto. A partir de los 16 años se considera que el adolescente tiene capacidad como si fuera un adulto para decidir sobre actos médicos sobre su propio cuerpo.

Para fundar esta tesis analizaremos algunas decisiones judiciales en las que se han puesto en juego el derecho del niño a ser oído, la autonomía de la voluntad, la dignidad humana, el derecho a la salud y a su propio cuerpo y el ejercicio de los padres de la patria potestad sobre sus hijos menores, la libertad de culto, el derecho a la intimidad, entre otros derechos fundamentales.

En situaciones en donde los padres profesan la religión Testigos de Jehová por la que se oponen a que sus hijos reciban transfusiones sanguíneas, la jurisprudencia ha señalado que hay que tener en cuenta si es el niño el que profesa la religión o los padres, ya que la salud constituye un derecho personalísimo del niño.

Si bien los padres ejercen la patria potestad para la protección y formación integral de los hijos, este derecho entra en conflicto con el derecho constitucional de atención y protección a la salud y dignidad personal de la joven⁽¹¹⁾ y que requiere de la tutela jurisdiccional justa y oportuna, motivo por el cual se ha resuelto recurrir a una decisión por subrogación, con sustento en serios y fundados criterios médicos, jurídico–constitucionales–bioéticos, haciéndose lugar a la acción de amparo en razón de haberse exteriorizado la expresa conformidad de la paciente con la intervención quirúrgica proyectada por lo que se autoriza la realización de la transfusión sanguínea en caso de resultar la misma estrictamente necesaria. En el caso la joven había sido informada exhaustivamente y había manifestado su conformidad con la intervención quirúrgica, no invocando propiamente una cuestión de conciencia (convicciones religiosas), sino que en última instancia, su desacuerdo con una hipotética transfusión sanguínea remite a consideraciones de orden científico–técnico o cuestiones estrictamente médico – profesionales referidas a supuestos riesgos, que dicha práctica médica implicaría⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ En palabras de Kemelmajer de Carlucci, la dignidad humana se relaciona con la autonomía de la voluntad casi de modo inseparable. La autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone respeto a lo que la persona quiere, y decide, como proyecto de vida, o como acto. (KEMELMAGER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y Autonomía progresiva de los niños", *Derechos del Paciente*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010–3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe).

⁽¹¹⁾ En el caso mayor de 18 años y menor de 21, dado que el conflicto se plantea con anterioridad a la modificación de la mayoría de edad por Ley 26579.

⁽¹²⁾ Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 1 de Transición de Mar del Plata, HIGA, 09/09/05.

En idéntico sentido, la CSJN confirmó el pronunciamiento de la Corte de la Provincia de Buenos Aires por el que se dispuso la vacunación de un recién nacido cuyos padres se negaban a que su hijo reciba las vacunas previstas en el plan nacional de vacunación debido a sus preferencias por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico. Por un lado se efectuó una interpretación de los derechos de la patria potestad en consonancia con la CDN y la Ley 26061 que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia, otorga al Estado facultades para adoptar medidas para proteger y restablecer derechos ante situaciones en las que se vean vulnerados. A su vez se tuvieron en cuenta razones de salud pública al encontrarse afectados derechos de terceros en tanto se pone en riesgo la salud de toda la comunidad, que escapan a las acciones privadas (art. 19 C.N.)⁽¹³⁾.

Por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 12 de Rosario se tramitó una medida de protección de persona por el pedido de una madre para que se obligue a su hija de 19 años, por entonces menor de edad ya que el caso se plantea con anterioridad al establecimiento de la mayoría de edad a los 18 años (Ley 26579), que padece de un cáncer en el sistema linfático (Mal de Hodgkin) a que se realice un autotrasplante de médula ósea que podía salvarle la vida. La adolescente se negaba al transplante prefiriendo continuar con la quimioterapia. La situación plantea la contradicción de intereses entre la madre quien en representación de su hija decide recurrir a cualquier medio para intentar salvarle la vida y la adolescente, única titular del derecho a la salud que se intenta proteger, quien en ejercicio de la autonomía del paciente y conforme al principio de autodeterminación y dignidad de la persona humana decide no someterse a la operación. Finalmente, en el marco de una audiencia conciliatoria, la joven accedió a realizar la operación.

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, en su art. 19, establece que “Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo, por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

5.3. La voz del niño víctima en los procesos penales

Mucho se ha escrito respecto de la participación de los jóvenes y adolescentes en los procesos judiciales cuando estos están en situaciones de conflicto con la Ley Penal, más en esta oportunidad nos centraremos en analizar la situación del niño, cuando ha sido víctima de un delito (violencia, abuso sexual infantil) y su participación en el proceso por el que se persigue la condena penal del agresor, situación que ha provocado y merece la consideración de varios aspectos que deben ser cuidadosamente analizados, a fin de evitar que el paso por la instancia judicial provoque al niño nuevos sufrimientos y pesares que se sumen a las experiencias traumáticas ya vividas.

La participación del niño como denunciante, como testigo e incluso como querellante, a la luz de la CDN y las leyes de protección integral, no puede cuestionarse, encontrando una adecuada síntesis en el derecho a obtener asistencia letrada en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, esto es en la figura del abogado del niño (art. 27 Ley 26061 y art. 25 Ley 12967 de Sta. Fe).

Sin embargo, la palabra del niño muchas veces es puesta en tela de juicio, se dice que el niño fantasea, que ha sido influenciado, que miente, evaluándose su competencia y cuestionándose su credibilidad.

⁽¹³⁾ CS, 12/06/2012 – NNOU, V. s/ protección y guarda de personas.

Es así como los integrantes de los servicios sociales u operadores del sistema judicial, en cuanto intérpretes de la palabra del niño, muchas veces se debaten entre dos fuegos, el abuso sexual infantil (ASI) y el síndrome de alienación parental (SAP). “A diario, todos los adultos que, profesionalmente u ocasionalmente, acogen la palabra de los niños oscilan entre la infravaloración y la supervaloración”.⁽¹⁴⁾

Hay muchas formas de infravalorar una situación de maltrato: cuando acusábamos a los niños de mentir, o no relacionábamos sus síntomas o su comportamiento con un posible maltrato. Aquella prolongada ceguera nos culpabiliza todavía. Pero se la sigue infravalorando al dudar de la palabra del niño. Infravaloramos también cuando los niños se callan, muchos niños no hablan, a menudo, porque ellos mismos se sienten culpables o amenazados. Si no se cree o no se comprende al niño agredido, peor, pues esta incompreensión se convierte en el traumatismo principal. El niño puede perder toda esperanza de hacerse entender y callarse o, a la inversa, ir inventando otra “verdad” con la esperanza de ser comprendido.⁽¹⁵⁾

Al mismo tiempo, los autores que venimos siguiendo alertan sobre la sobrevaloración de la palabra del niño dicha fuera de su contexto, especialmente en lo que se refiere a dibujos infantiles, dolores de vientre, infecciones urinarias y masturbación. Muchas veces los niños son interrogados por cualquier cosa, sin mencionar las condiciones de las circunstancias en las que se recogieron los datos del relato. La sacralización de la palabra del niño tampoco le beneficia. La palabra del niño a menudo es confusa. Un niño no aprende a hablar para decir la verdad, sino para entrar en relación con el mundo. El escucharlo no consiste en preguntarse si es creíble. Ser adulto autoriza a plantear dudas ante palabras extravagantes o a descubrir un sufrimiento detrás de una reflexión anodina.⁽¹⁶⁾

Virginia Berlinerblau sostiene que la credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño, indicando seguidamente algunos de los factores que influyen favorablemente la credibilidad en el niño, como ser: conocimiento sexual inapropiado para la edad, relato espontáneo, descripción detallada, relato consistente y mantenido en el tiempo, entre otros.⁽¹⁷⁾

En el mismo sentido, en casos en los que se ha cuestionado la credibilidad del relato del niño, la jurisprudencia ha valorado su palabra, poniéndola en relación junto a otros elementos de la causa, como los dibujos realizados, los informes de psicólogos, las declaraciones de testigos, las constataciones físicas que le dan verosimilitud al relato del niño y que mediante la valoración del conjunto de pruebas permiten tener por acreditado el abuso sexual.

El abuso sexual infantil es un delito que se comete en privado, en un ámbito de confianza del niño, generalmente familiar, y en secreto, por lo que las dificultades probatorias se incrementan, siendo excepcional la presencia de signos físicos y de testigos, por lo que el relato del niño como prueba en el proceso, cobra una importancia trascendental.⁽¹⁸⁾

⁽¹⁴⁾ ELIACHEFF, Caroline y SOULEZ LARIVIERE, Daniel, *El tiempo de las víctimas*, Akal Pensamiento crítico, Madrid, 2009, p. 99.

⁽¹⁵⁾ *Idem*, p. 100.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, p. 103.

⁽¹⁷⁾ BERLINERBLAU, Virginia, “Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil”, en *Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas*.

⁽¹⁸⁾ Es de destacar algunos fallos como el de la jueza de paz de Villa Gesell, Dra. Graciela Jofré, quien rechazó un pedido de revinculación de un padre denunciado por incesto con su hijo, siendo que la causa penal había sido archivada sin tener en cuenta pericias donde se validaba la existencia del abuso, subrayando que la resolución en el fuero penal en casos de abuso sexual infantil no hace cosa juzgada en el fuero civil (PPFcCAfs. tenencia, Villa Gesell, 13/03/13).

El relato de los niños sobre el abuso muchas veces a la luz de otras disciplinas, no deja lugar a dudas, sin embargo, para el proceso penal no es considerado suficiente y permanentemente se buscan otras pruebas “físicas” consideradas más contundentes como ser informes o pericias médicas que acrediten objetivamente el hecho del abuso, cuando es sabido estos signos físicos aparecen en menos del 50 % de los chicos abusados. Otras veces se busca algún rasgo psicopatológico que fundamente las conductas perversas mantenidas por el abusador, cuando en la mayoría de los casos el relato del niño es el único indicador específico del abuso. En estas situaciones suelen confrontarse estas pruebas con el relato, quedando el niño “sospechado” lo cual genera una nueva victimización.⁽¹⁹⁾

Es común que los niños sean sometidos a sucesivas evaluaciones, aún cuando obran pruebas suficientes del hecho que se investiga, priorizándose los derechos del victimario en lugar de los derechos del niño.⁽²⁰⁾

La revictimización supone exponer al niño a relatos repetidos ante distintos adultos, profesionales o no, quienes muchas veces no poseen la formación necesaria para entrevistar al niño, o no se hace un correcto registro de sus dichos o estos no son luego valorados en la etapa judicial.

La declaración en sede penal del niño víctima, muchas veces responde a la mera obtención de una prueba que permita determinar la culpabilidad del imputado y en muchas otras cuando la participación del niño se encuentra debidamente estructurada, cumpliéndose con todos los recaudos en cuanto al cuidado, para su propio beneficio, se evita la “revictimización” o “victimización secundaria”.

En estos casos el proceso incluso posibilita al niño elaborar lo sucedido y obtener una respuesta, un castigo a su agresor que le permitirá hacer el duelo con efecto terapéutico.

Su aspecto terapéutico es considerado indispensable a fin de que la víctima pueda ‘reconstruirse’. En este tema los psicólogos y los magistrados se influyen entre sí: la terapia de la víctima se apoya sobre la justicia, la cual sanciona al culpable para ayudar a la terapia. Los efectos son unas veces positivos, otras más discutibles. Si las diferentes etapas del proceso penal pueden tener efecto terapéutico, la justicia no está hecha para esto. La reparación psicológica y la reparación judicial no tienen la misma naturaleza, ni dependen de los que una diga de la otra.⁽²¹⁾

Resulta fundamental contar con una adecuada preparación previa del niño que va a declarar, que esa declaración sea tomada por psicólogos especializados, utilizando los medios técnicos y en un ámbito adecuado como la Cámara Gesell, evitando la repetición de la declaración.

A su vez es de gran importancia que sean especialmente valoradas las manifestaciones del niño en sede extrajudicial como ser en la policía, la escuela, el consultorio, por ser estas declaraciones más cercanas en el tiempo y por lo tanto más espontáneas que las producidas en el ámbito del proceso judicial.

El tiempo de espera entre el momento en el que el niño logra contar lo que le sucedió y el que transcurre hasta que presta declaración en el proceso, sumado al del dictado de la

⁽¹⁹⁾ INTEBI, Irene, *Proteger, reparar, penalizar: evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil*, Granica, Buenos Aires, 2011.

⁽²⁰⁾ ROSANSKI, Carlos Alberto, *Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar*, 2003.

⁽²¹⁾ ELIACHEFF, Caroline y SOULEZ LARIVIERE, Daniel, op. cit., p. 105.

sentencia, produce en el niño angustia y desazón, lo que vive como una injusticia, muy lejos de la celeridad procesal que deberían tener estos procesos en los que las víctimas son niños.

Es de destacar que, a pesar del aumento paulatino y constante de denuncias y de la consideración del niño como sujeto de derechos a luz del nuevo paradigma de protección integral, aún resulta muy difícil obtener una sentencia condenatoria del abuso sexual infantil.

6. Cuestiones relativas a la designación de un abogado por parte de niños/as/adolescentes

La inclusión del problema del abogado del niño en la normativa vigente argentina nos lleva a preguntarnos si un niño puede estar en juicio por sí con asistencia de un abogado. El abogado del niño tiene por fin proporcionarle asistencia profesional y no sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar.

Es facultad de la persona menor de edad decidir si desea contar o no con patrocinio letrado, pero para que pueda hacerlo con libertad debe poder comprender en qué consiste esta figura, cuál es su función en el proceso y las implicancias de una u otra opción.

Designar un abogado es un derecho y no un deber para el niño, quien puede encontrar innecesario o no desear realizar actuaciones procesales. Inversamente, sí es una obligación para el juez dar trámite a las presentaciones que, con patrocinio letrado, hagan aquellos niños que se encuentren en condiciones de designar un abogado, y para el Estado, proveerle patrocinio gratuito si aquél no cuenta con los recursos económicos para solventar los honorarios de un profesional particular.

Este reaseguro procesal está al servicio del interés del niño —no a la inversa—, y esto es lo que mejor se compadece con el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho.

La posibilidad de que el NNA pueda contar con un abogado particular abrió un debate doctrinario presentando diversas corrientes de las que surgen por lo menos tres posturas.

La primera de ellas entiende la figura del abogado del niño como garantía del debido proceso y, por ende, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado.⁽²²⁾

En segundo término, se advierte una corriente que podemos llamar intermedia, cuyo eje principal está dado porque el abogado del niño lo patrocina y no lo representa, es decir, actúa como patrocinante de acuerdo con los intereses y derechos del propio niño sin sustituir su voluntad, su intervención no es obligatoria y, en consonancia con el principio de autonomía y de capacidad progresiva, sin establecer una edad determinada en forma arbitraria.

La tercera tesis, sostiene que la intervención del abogado del niño dependerá, tanto en procesos judiciales como administrativos, de que haya cumplido catorce años (hasta entonces no tiene capacidad para contratar ni otorgar mandato). Por lo tanto, el abogado deberá ser funcionario público.

⁽²²⁾ En este sentido, Mizrahi manifiesta: "en relación a la intervención activa en el procedimiento no se exige bajo ningún concepto el requisito de la madurez, el desarrollo del niño o el "juicio propio", como lo dice el art. 12 de la Convención, y que cierta interpretación lo vislumbra como un requisito indispensable para concretar su audición. Así las cosas, un niño con pocos días de vida tiene derecho a participar en el proceso, tras la actuación de un abogado que lo represente" (MIZRAHI, Mauricio L., "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en contexto de la Ley 26.061" en GARCÍA MENDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, p. 78-79).

La designación de un abogado por menores de 14 años originó controversias que llegaron a la CSJ.⁽²³⁾

En un pronunciamiento reciente⁽²⁴⁾ la CSJ adoptó el criterio de discernimiento cronológico del actual CC y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido 14 años pueden designar por sí un abogado para que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Pareciera entonces que no existiría óbice para la actuación del abogado del niño por debajo de la edad de discernimiento para los actos lícitos (arts. 127 y 921 CC) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación.⁽²⁵⁾

El Ministerio Público de la Defensa adopta el criterio de discernimiento real por sobre el discernimiento cronológico, en la resolución DGN 1234/2006, se recomendó a los defensores de menores arbitrar los medios tendientes a la provisión de un letrado, consignando “el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas —sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo— no responde al principio de “capacidad progresiva” o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño/adolescente”.

La Cámara Nacional Civil Sala G en un fallo de fecha 13/12/2012⁽²⁶⁾ expresó: “La figura del “abogado del niño” y la asistencia que brinda en los términos del art. 27, inc. c) de la Ley 26061 no puede ser considerada en forma aislada de las garantías mínimas de procedimiento que el propio precepto tiende a asegurar; esto es, a ser oído cada vez que así lo solicite, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión, a su activa participación en el proceso y a utilizar la vía recursiva cuando una decisión lo afecte.

En suma, lo que la norma contempla es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir la voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar.

No se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad (padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor *ad-litem*).

A poco que se repare en que la participación personal prevista en el citado art. 27 inc. c), está vedada por el CC a los denominados menores impúberes (art. 127) habida cuenta su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos, no es dificultoso que en el caso de la edad de los niños en conflicto, 9 y 5 años de edad no habilita tal tipo de participación.

El criterio cronológico impuesto por el CC como supuesto límite tajante a la participación dotada de las mínimas garantías (art. 27 Ley 26061 y 25 de la Ley 12967) desconoce que aquélla debe ejercerse con amplitud. Debemos desterrar prácticas impropias que dejan a la vista resistencias arraigadas en las profundidades de un modelo tutelar en retirada, y técnicamente dejar de pensar que en el caso de los menores impúberes la representación procesal agota de manera absoluta y cierra herméticamente las posibilidades jurídicas serias, aptas o idóneas para acarrear consecuencias jurídicas en la intervención procesal del sujeto niño en el siglo XXI. La idea de que la edad determina el derecho a elegir un

⁽²³⁾ Corte Suprema 26/10/2010 letra G N° 1961 t. 42; 26/6/2012 “M., G v. P. C. A. s/ recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M: S. M.”, letra M, N° 394, año 2008, t.44 RHE.

⁽²⁴⁾ 27/11/2012, “P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas”, letra P, N° 195, tomo 47, tipo REX.

⁽²⁵⁾ ITALIANI, María Inés, “El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa”, en *Revista de Derecho de Familia* N° 62, pp. 157 y ss.

⁽²⁶⁾ *Revista Derecho de Familia* 2013–IV, p. 52.

abogado, consideramos que es sesgada pues vacía de contenido la vigencia de la garantía del abogado del niño, convocado por su función a materializar la elemental defensa técnica de los derechos humanos del niño, independientemente de su edad. La “asistencia letrada” favorece la inserción del niño, niña en forma eficaz y plena en el proceso.

La doctrina que entiende que la designación de un abogado por parte del juez en el caso de los menores impúberes, dependería circunstancialmente de las particularidades del caso, en lo relacionado con las dificultades o complejidades que presente.

Entendemos que esta postura en lugar de disipar dudas, las profundiza. Los arts. 27 inc. c) de la Ley 26061 y 25 inc. e) Ley 12967, no condicionan la garantía de en manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Por el contrario, lo manda imperativamente y en forma contundente sin admitir dilaciones de ningún tipo a garantizarla “desde el inicio” en todo proceso que lo “incluya”. Por otro lado, atenta contra la igualdad jurídica, ya que no todos los menores impúberes con derechos en conflicto tendrán acceso a esta garantía, sino solamente algunos, dependiendo de la mayor o menor complejidad a luz de los ojos del juez. Debemos partir de lo que dice la ley: el art. 27 Ley 26061 y 25 Ley 12967 se refiere a las niñas, niños y adolescentes en general, sin efectuar distinción alguna que autorice a excluir a algún grupo de sus previsiones. Paralelamente, el art. 28 Ley 26061 y 7 de la 12967 establecen en forma contundente el principio de igualdad y no discriminación, por lo cual las disposiciones de la ley deben aplicarse por igual a todas las NNA, sin discriminación alguna.

7. La Corte Suprema de Justicia y el Abogado del Niño/a

En el fallo del 26/6/2012, en el caso “M., G v. P., C.A.”, la Corte rechazó la admisibilidad de la figura del abogado del niño y sostuvo:

Las disposiciones del CC sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (...) como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante.⁽²⁷⁾

En el pronunciamiento del 27/11/2012, en la causa “P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas”, la Corte tuvo oportunidad de conocer en un recurso extraordinario interpuesto por dos niños —al que adhirió la defensora de menores e incapaces de Cámara—. En dicho recurso cuestionaron la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que confirmó la resolución de primera instancia que había rechazado la presentación hecha por los menores —de 8 y 9 años— con el patrocinio de un abogado.

La Corte⁽²⁸⁾ señaló que la Ley 26061 no debe interpretarse en forma aislada sino junto con el resto del plexo normativo aplicable, y que ésta no derogó las disposiciones del CC que legislan sobre la capacidad de las personas menores de edad, tanto impúberes como adultos, que no conculcan los estándares internacionales en la materia. Destacó que los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho y, por ende, no pueden realizar por

⁽²⁷⁾ CS 2012 M., G. v O., C.A.

⁽²⁸⁾ Cfr. CS 27/11/2012, “P., M. S. y P., C. L. s/ protección de personas”.

sí mismos actos jurídicos como la designación o remoción de un letrado patrocinante, lo que sería un acto nulo de nulidad absoluta. En función de tales consideraciones confirmó la sentencia cuestionada. Sin embargo, aludió seguidamente al art. 12 CDN, que le reconoce el derecho a ser escuchado de un modo directo o por medio de un representante u órgano adecuado. Por las razones expuestas hizo saber al juez de primera instancia que debía designar a los niños un letrado especializado en la materia para que los patrocine, a fin de que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

De lo expresado por la Corte se puede concluir que la ésta adoptó el criterio del discernimiento cronológico del actual CC y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido catorce años pueden designar un abogado por sí un abogado que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Es decir, pareciera que no existiría impedimento para la actuación del abogado del niño por debajo de la edad de discernimiento para los actos lícitos (cfr. arts. 127 y 921 CC) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación.

8. Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial

En el Proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial se observan esfuerzos significativos por adecuar disposiciones propias del derecho privado a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Desde las primeras disposiciones, en su título preliminar, se consignó que una de las fuentes de interpretación de la ley son las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos (cfr. art. 2).

Esto se verifica en la aplicación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de NNA.

Al regular los principios generales que rigen la responsabilidad parental, contempla “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos (cfr. art. 639.b.).

Sin embargo en el art. 24 b enumera entre las personas incapaces de ejercicio a aquellas que no cuentan “con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección la 2° de este Capítulo”. A su turno, en el art. 26 parte de la representación legal de las personas menores de edad, pero deja a salvo que “... la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. La fórmula se repite, por ejemplo, en el articulado relativo al juicio de guarda con fines de adopción, al juicio de adopción, a la patria potestad, a la representación, disposición de los bienes del hijo menor de edad, y a la participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad (cfr. arts. 613, 617 a y b, 639 c, 679 y 707). La doctrina se preocupa, por el uso de la palabra “edad” ya que puede conducir a interpretaciones restrictivas de derechos, contradictorias con la capacidad progresiva —máxime, al reputarse involuntario el acto lícito realizado por una persona menor de trece años (cfr. art. 261)— no obstante los principios que inspiraron el proyecto y las disposiciones especiales que contiene.⁽²⁹⁾

⁽²⁹⁾ ITALIANI, M. I., op. cit.

En cuanto a las garantías de procedimiento para NNA, el aludido art. 26 refiere al derecho a ser oídos en todos los procesos judiciales que les conciernen y a participar en las decisiones sobre su persona.

El Proyecto se refiere a la figura del letrado patrocinante, tanto en situaciones de conflicto de intereses entre el menor de edad y sus representantes legales en que aquélla pueda intervenir con asistencia letrada (cfr. art. 26), como para el patrocinante del adolescente (cfr. art. 677), y cuando la trascendencia de las cuestiones en debate hacen relevante que el niño/a participe por sí con un letrado que lo asista. Tal es el caso del juicio de adopción y el de alimentos a favor del hijo (cfr. arts. 617 a y 661 b).

Referencias bibliográficas

- BERLINERBLAU, Virginia. "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil", en *Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas*.
- DEUS VIANA, Alicia. "El acceso a la Justicia de las niñas, niños y adolescentes. El rol del defensor y el curador del artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay".
- ELIACHEFF, Caroline y SOULEZ LARIVIERE, Daniel. *El tiempo de las víctimas*, Akal Pensamiento crítico, Madrid, 2009, p. 99.
- GRANICA, Adriana y SOTOLANO, Oscar. «El rol del abogado del niño en la nueva normativa vigente en Argentina. Una perspectiva jurídica y psicoanalítica acerca del derecho a ser oído», en *Revista de la Secretaría de Extensión Universitaria*. Facultad de Psicología, UNR.
- INTEBI, Irene. *Proteger, reparar, penalizar: evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil*, Granica, Buenos Aires, 2011.
- ITALIANI, María Inés. «El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa», en *Revista de Derecho de Familia* N° 62, pp. 157 y ss.
- JÁUREGUI, Rodolfo. «El abogado del niño: una garantía procesal mínima para todos los menores de edad», en *Revista de Derecho de Familia* 2013–IV.
- KEMELMAGER DE CARLUCCI, Aída. "Dignidad y Autonomía progresiva de los niños, Derechos del Paciente", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010–3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- KIELMANOVICH, Jorge. *Derecho Procesal de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, p., 59.
- LORENZETTI, Ricardo. "Acceso a la justicia de los sectores vulnerables", en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, publicado por el Ministerio Público de la Defensa, p. 62.
- MARTÍNEZ ALCORTA, Julio. "La flexibilización de los procesos en materia de familia y capacidad", en *Cuaderno Jurídico de Familia*, N° 11, oct. 2010, El Derecho, Buenos Aires, p. 23.
- MINYERSKY, Nelly. "El niño como sujeto de derechos" (15/12/2013).
- MIZRAHI, Mauricio L. "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en contexto de la Ley 26.061", en GARCÍA MENDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, pp. 78–79.
- MUNIZ, Javier. «Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos», en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 58, p. 165.
- NOWAK, Manfred. *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1° edición, 2009.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. "Participación judicial de los NNA", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, p. 252.
- PETTIGIANI, Eduardo. «¿Por qué escuchar al niño o adolescente y como escucharlo?», en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 62, p. 13.
- REVISTA DERECHO DE FAMILIA, 2013–IV, p. 52.
- ROSANSKI, Carlos Alberto. *Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar*, 2003.
- SCHERMAN, Ida. "La autonomía progresiva, las 100 Reglas de Brasilia, el Asesor de Incapaces desde la mirada de la libertad a la igualdad», en *Revista de Derecho de Familia*, N° 52, 2011.

dossier

Ponencias presentadas en el XXI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, celebrado entre el 19 y el 21 de agosto de 2014 en la ciudad de Santa Fe, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Constitucional y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

