

Derecho del niño a participar en los procesos judiciales

Glaria, Ana Guillermina
Pietra, María Luciana

I. Introducción

Todas las personas transitamos un camino donde cada paso es una experiencia que nos va transformando. La vida es ese sendero que nos conduce hacia un final inevitable. Transitarlo es vivir, sólo que a diferencia de los adultos, los niños recién inician dicho recorrido, siendo por ende los más vulnerables.

La historia les ha reconocido distintos roles que van desde el mero objeto, herramienta de trabajo y supervivencia, a objeto pasible de amparo y actualmente, persona con derechos.

Dicha transformación en la concepción misma del niño ha conllevado la puesta en vigencia de un instrumento internacional como es la Convención de los Derechos del Niño. De esta forma a través de su ratificación se introduce en nuestro abanico legislativo una normativa que tiene como estándar jurídico, el **interés superior del niño y su bienestar**.

Al respecto sostiene D' Antonio citando a Bidart Campos que "*...dichos estándares no son consejos sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los tres poderes del Estado: el Congreso en su legislación y sus políticas sobre la minoridad, los organismos de la administración y los tribunales de justicia...*"¹ Sin embargo la reacción de los tres poderes del Estado en relación con la implementación de los mecanismos necesarios para hacer factible el ejercicio de derechos por parte de los niños, se ha caracterizado por su lentitud y múltiples dificultades que pretenden sanearse a través de normativas tales como la Ley 26.061.

Cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño se caracteriza por poner énfasis en la protección del mismo reconociendo entre otros su derecho a ser oído, el cual es visto por algunos autores como la "*vía de acceso hacia el reconocimiento y puesta en marcha de las restantes facultades reconocidas al niño por la Convención.*"²

El niño tiene un derecho a la defensa material, fundado en el derecho a ser oído, y a la defensa técnica, basado en la noción de asistencia jurídica. En estas nociones se basará nuestro desarrollo subsiguiente.

En función de lo expuesto y partiendo de la premisa conforme a la cual entendemos que una de las formas para hacer viable este derecho es la participación del niño en el proceso, sea en forma directa mediante una entrevista con el magistrado interviniente, o en forma indirecta, mediante sus representantes, es que proponemos compartir algunas reflexiones.

II. Derecho del niño a ser oído

El derecho a ser oído es aquel que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra lo que siente, desea, conoce, piensa, procurando de esta última su atención y escucha consciente.

¹ D'Antonio, Daniel Hugo, "Derechos de menores", 4 Edición, Editorial Astrea, Bs.As, año 1994, p 87.-

² María Carlota Ucin y Verónica Marcela Vidal, "El derecho a ser oído de los niños", Suplemento de Derecho Procesal, www.eldial.com

Hoy los niños no son objetos, sino sujetos de derechos. Dicha noción es receptada en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y aprobada por nuestro país por ley 23.849. Posteriormente, con la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22, adquiere jerarquía constitucional.

Dicha Convención considera niño a toda persona hasta los dieciocho años. Ello se contrapone claramente con lo dispuesto por el artículo 126 del Código Civil en cuanto entiende que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años. De la interacción de ambas normas surge que una franja comprendida entre los dieciocho y veintiún años tendría una mayor desprotección porque la Convención no los comprende.³

Se trata de una etapa de la vida humana de grandes transformaciones, pues son diferentes los niños de dos años a los de diecinueve. Por lo tanto toda legislación relativa a ellos debe ser flexible para adaptar los facultamientos legales a la real situación psicológica de las personas. El fundamento de la incapacidad está dado por la falta de madurez.⁴

Según el art. 127 del Código Civil, son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos. Los primeros son incapaces de hecho absolutos, y los segundos relativos. La incapacidad cesa al cumplir los veintiún años, o emanciparse por matrimonio o por habilitación de edad. Creemos que deberían eliminarse las categorías rígidas de menores impúberes y adultos, y que la mayoría de edad debería alcanzarse a los dieciocho años, a fin de compatibilizar el derecho interno con el internacional. Sin embargo, nada obsta a que las disposiciones de la Convención se apliquen en nuestro país hasta que la persona cumpla veintiún años, por gozar de jerarquía superior a la ley.

Cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño se caracteriza por poner énfasis en la protección del mismo reconociéndolo como sostuviéramos precedentemente, como un sujeto de derecho. En ella se legisla su derecho a ser oído, el cual es visto por algunos autores como la “...vía de acceso hacia el reconocimiento y puesta en marcha de las restantes facultades reconocidas al niño por la Convención...”⁵ De esta manera el hablar se transforma en la vía en que los pensamientos y sentimientos del niño son conducidos al mundo exterior. En función de ello el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño, que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adquiere operatividad.⁶

La exigibilidad de los derechos contenidos en dicho instrumento internacional es anterior a la mencionada reforma constitucional, en función de la posición jurisprudencial adoptada en el fallo “Ekmedjian c/ Sofovich” donde la Corte de Justicia de la Nación Argentina, reconoce la supremacía del derecho internacional por sobre las normas de orden interno.⁷

De esta forma, a través de su ratificación, se introduce en nuestro abanico legislativo una normativa que tiene como estándar jurídico, **el interés superior del niño y su bienestar.**

³ Solari Néstor E., “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”, Suplemento LL N° 94, Bs. As., 16/05/06, p. 1.

⁴ Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, tomo I, decimoctava edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 494.

⁵ María Carlota Ucin y Verónica Marcela Vidal, “El derecho a ser oído de los niños”, Suplemento de Derecho Procesal, www.eldial.com

⁶ María Carlota Ucin y Verónica Marcela Vidal, op. cit.

⁷ D’Antonio, Daniel Hugo, “Derechos de menores”, 4 Edición, Editorial Astrea, Bs.As, año 1994, p. 86.-

Al respecto sostiene D' Antonio, citando a Bidart Campos, que *"...dichos estándares no son consejos sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los tres poderes del Estado: el Congreso en su legislación y sus políticas sobre la minoridad, los organismos de la administración y los tribunales de justicia..."*⁸

Sin embargo la reacción de los tres poderes del Estado en relación con la implementación de los mecanismos necesarios para hacer factible el ejercicio de este derecho por parte de los niños, se ha caracterizado por su lentitud, y múltiples dificultades que pretenden sanearse a través de normativas tales como la Ley 26.061.

Lo cierto es que la Convención sobre los Derechos del Niño introduce desde su ratificación, un nuevo concepto a nuestra legislación vigente, ya que el artículo 12.1 indica que *"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 procedimientos de la ley nacional."*

Al respecto se ha dicho que el artículo transcrito en el párrafo anterior, reconoce este derecho aunque le fija ciertos límites. De esta manera al hacer referencia a *"...que esté en condiciones de formarse un juicio propio..."* o *"...en función de la edad y madurez del niño..."* parecería que dicha prerrogativa sólo podría ser ejercida por un niño con determinadas características conforme a su edad y desarrollo madurativo.

Sin embargo algunos autores señalan que tales giros lingüísticos no deben verse como limitaciones, sino como elementos que responden a la idea por la cual el niño es concebido como un sujeto de derechos y no como un mero objeto de amparo.⁹ Coincidimos con lo expuesto dado que mas allá del desarrollo psicológico y social del pequeño, éste tiene un derecho fundamental, como lo es el de poder manifestar lo que le sucede y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. En todo caso, es obligación de quienes tienen el deber de escuchar, el tomar las precauciones necesarias para atender al marco en que el niño se manifiesta.

En función de lo expresado y sosteniendo firmemente que el derecho a del niño a ser oído resulta ser un derecho humano reconocido por la normativa actualmente vigente y con carácter constitucional, cualquier acción u omisión que importe su desconocimiento por parte de un funcionario público, implica la violación de tales derechos.

En tal sentido coincidimos con Moreno en que *"...la violación a los derechos humanos no solamente queda enmarcada dentro del ámbito de aplicación del derecho penal humanitario. Un niño que no come regularmente, que no tiene educación, que no recibe asistencia médica, que no tiene una vivienda digna, y que no vive en familia, difícilmente pueda ejercer el conjunto de sus derechos..."*¹⁰

En la misma línea de análisis, sostenemos que el derecho a ser oído, a expresarse, y el correlativo deber a ser escuchado, resultan igualmente medios esenciales para que el niño pueda

⁸ D'Antonio, Daniel Hugo, "Derechos de menores", op. cit., p. 87.-

⁹ Grosman, Cecilia y otros, "Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Cap IX, Edit. Universidad, Bs.As. año1998, p. 258.

¹⁰ Moreno, Gustavo Daniel, "La exigibilidad de los derechos sociales de la infancia", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 26, Editorial Lexis Nexis, Bs As, año 2004, p. 123

ejercer sus derechos. De allí entonces la necesidad de indagar y poner en marcha los distintos caminos que la ley indica a los fines de lograr la correcta representación de ese niño, en procura de la satisfacción de sus derechos fundamentales

Sin lugar a dudas, la importancia del ejercicio de este derecho resulta fundamental, pero requiere asegurar una justicia que se adecue a los tiempos del mismo y brindarle medios de protección, a la par que requiere de los adultos, formarse para escuchar.¹¹

En la provincia de Buenos Aires la Ley 12067, que tiene como fin primordial procurar la protección integral del niño y del joven, establece en los artículos 4 y 73 que los pequeños tienen derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, como así también a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar y a que sean tenidas en cuenta sus opiniones a la hora de decidir.

Aun cuando esta normativa ha sido suspendida en reiteradas oportunidades, y finalmente derogada por la ley 13.298, no puede dejar de soslayarse que es un reflejo de la recepción interna de los preceptos ya reconocidos internacionalmente.

Por su parte la ley 13.298 de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños de la Pcia. de Buenos Aires, la cual se encuentra actualmente suspendida, establece en su art. 40 que una ley especial creará el Fuero del Niño. Asimismo, crea Servicios Locales de Protección de Derechos, que funcionarán en cada municipio (art. 18 y ss.).

Según el art. 18 del Dto. 300/05, reglamentario de la ley 13.298, los Servicios Locales de Protección de Derechos deberán procurar que se respete el derecho del niño a ser escuchado en cualquier etapa del procedimiento y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de determinar la forma de restablecer o preservar el derecho violado o amenazado, garantizar su participación y la de su familia en el procedimiento de protección de sus derechos, que el niño sea informado y asesorado por el equipo técnico.

En el mismo sentido, la Ley de Patronato de Menores (Decreto-Ley n° 10.067/88) también reconoce la importancia de estos preceptos de manera que establece que el magistrado deberá tomar contacto directo con cada uno de los menores a su disposición orientando el diálogo al conocimiento de las particularidades, lo mismo el tribunal de alzada bajo pena de nulidad.

Asimismo, a nivel nacional, la ley 26061 hace referencia a este derecho en los artículos 2, 3, 24, 27 y 41. Si bien creemos que ello resulta sobreabundante, no puede negarse la importancia que se le otorga a la posibilidad del niño de manifestar su opinión, y de que ésta sea tenida en cuenta al momento de resolver la cuestión.

Tales preceptos tienen su proyección en la jurisprudencia, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades ha manifestado que la trascendencia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver lo conozca, no importando la edad, sino que *"...sea cual fuere su edad, será indispensable verlo, porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, mas allá de los certificados, informes y constancias foliadas; para ser protegido el niño necesita la mirada del juez..."*¹²

¹¹ María Carlota Ucin y Verónica Marcela Vidal "El derecho a ser oído de los niños", op. cit.

¹² Ludueña, Liliana Graciela "El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior", Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 28, Edit Lexis Nexis, Bs.AS, año 2004, p. 101.

Necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño. Como podemos observar el artículo contenido en el instrumento internacional aludido, reúne las dos aristas de este derecho, por un lado expresar su opinión, y por el otro ser escuchado por los distintos operadores.

Este deber recae en los funcionarios y magistrados que tienen contacto con la historia del niño y sus necesidades.¹³

Un ejemplo de ello son los juicios de separación personal, divorcio vincular donde el juez debe tener especialmente en cuenta el interés superior del niño. De esta manera en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1997, se sostuvo la importancia “...del derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener patrocinio letrado cuando sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o sus bienes”¹⁴ Sin embargo, “...La obligación de oír al menor no es sinónimo de aceptar su deseo...”¹⁵

Siguiendo estas disposiciones, la jurisprudencia ha admitido que un menor de edad pueda ser querellante en un proceso penal, contando con la representación de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de que el art. 82 segundo párrafo del CPPN lo prohíbe.¹⁶

Resguardar el ejercicio del derecho a ser oído trae aparejada una tensión que se vislumbra entre este derecho y el interés superior, en virtud de que los jueces están obligados a escuchar pero no así a decidir conforme al deseo y voluntad de los mismos. El magistrado debe resolver la crisis observando el interés superior del niño. Este último implica un reconocimiento de la mayor cantidad de derechos del mismo, por lo que no es posible decidir conforme a él sin consentir en que el pequeño ejerza efectivamente un derecho, que a su vez se constituye en la puerta de entrada del resto de sus prerrogativas, como es el de ser oído.

Consideramos que el niño puede y debe ser escuchado a cualquier edad, y de manera directa por el magistrado mas allá del acompañamiento que puedan realizar los mecanismos interdisciplinarios a los que se pueda recurrir. Entendemos que el accionar de éstos debe limitarse a acompañar, mas no a suplir la importante posición del juez en este aspecto.

Teniendo en cuenta lo mencionado podemos afirmar que la no realización del mismo, vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas. Por ello, les corresponden las mismas garantías que a los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos, conforme a lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional. De allí que sostengamos que los mismos deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos.

Los distintos proyectos legislativos lo receptan considerando su desarrollo psicofísico, tal como lo establece el art. 3 del proyecto de ley de la Pcia. de Bs. As. para el Fuero de Familia y el Fuero Penal del Niño. El art. 37 de dicho proyecto establece que el niño sujeto a proceso penal

¹³ D’Antonio, Hugo Daniel, “Práctica del derecho de menores”, Edit Astrea, BsAs, año1999, p 65

¹⁴ D’Antonio, Hugo Daniel, “Práctica del derecho de menores”, op. cit., p. 67.

¹⁵ Grosman Cecilia P., “La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia”, ED 107-1019.

¹⁶ N.N. s/ Denegatoria de ser querellante, Cámara Nacional de Apel. en lo Crim. y Correcc., Sala 1°, 18/03/04.

tendrá derecho a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor, y a no ser interrogado por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas. El art. 66 consagra el derecho del niño inimputable a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o representantes legales y el asesoramiento o asistencia técnica de su Defensor

En función de lo expresado consideramos valioso el aporte de leyes como la 26.061 que lo consagra instituyendo nuevas herramientas como el abogado del niño, de manera de permitir y garantizar su ejercicio. Ello será desarrollado en el acápite siguiente.

III. Derecho del niño a ser representado. Sistemas que permiten suplir la incapacidad

El niño, conforme lo establece nuestro Código Civil, es un incapaz de hecho. Se conocen dos sistemas que permiten suplir esa incapacidad: la representación y la asistencia. Ambos pueden funcionar conjuntamente.

La representación tiene lugar cuando se designa una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de sus derechos, y realice los actos para los cuales está impedido. Actúa por su propia iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz. Es *legal*, ya que proviene de la ley, *necesaria*, porque no puede prescindirse de ella, *dual y conjunta* (representante individual y representante promiscuo), y *controlada* ya que requiere aprobación judicial.¹⁷

La asistencia configura un sistema en el cual el incapaz no es sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos, sino llamado conjuntamente con él al desempeño de ese ejercicio. No prescinde de la voluntad del titular de los derechos ejercidos, sino que la tiene en cuenta, aunque completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor.¹⁸

En la incapacidad de hecho es frecuente el funcionamiento conjunto de ambos sistemas. Hay conjugación de representación y asistencia en todos los variados supuestos de actuación de los representantes con previa autorización judicial, pues entonces la asistencia es desempeñada por el juez.

Según el artículo 57 del Código Civil, tanto las personas por nacer como los menores no emancipados son incapaces de hecho absolutos, por lo que necesitan la representación de sus padres o curadores, en el primer caso, o de sus padres o tutores en el segundo.

El artículo 61 del Código Civil establece que “*cuando los intereses de los incapaces en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare*”.

Es una obligación del representante que se encuentra en conflicto de intereses con su representado hacer la denuncia de la situación para que se provea a éste del tutor o curador especial correspondiente. Si omitiendo esa obligación, el representante continuara en el ejercicio de su función, los actos que cumplieren estarían viciados de nulidad.¹⁹ La designación de tutor especial no afecta la patria potestad que ejercen los padres en los demás asuntos.²⁰

¹⁷ Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, op. cit., p. 376 a 377.

¹⁸ Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, op. cit., p. 377.

¹⁹ Cám. Civ., 2º, JA-20-790, citado por Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, op. cit., p. 380.

²⁰ Cám. Civ., 2º, JA 34-186, citado por Llambías Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, op. cit., p. 380.

La representación ha sido entendida como una ampliación de la capacidad de obrar del sujeto. En el caso de los niños, se manifiesta como una institución tutelar o protectoria, derivada de la propia condición del sujeto destinatario de dicha protección.²¹ Tiene como finalidad suplir las incapacidades sin que se afecten los derechos, posibilitando que éstos ingresen en cabeza de la persona del menor de edad, y una vez ello acaecido, puedan dinamizarse en el aspecto jurídico negocial.²²

En la representación ejercida sobre el niño se encuentra comprendida la representación judicial del mismo. El incapaz es parte, aunque en ciertas oportunidades el representante asume esa posición.²³

Sin lugar a dudas los **padres**, resultan ser los representantes naturales del niño. De esta manera, según el art. 274 del Código Civil, “*los padres sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código*”. Dicha representación comprende lo relativo a la guarda, educación y asistencia. Creemos que este artículo coloca al niño en situación de objeto y no de sujeto de derechos, negándole la posibilidad de ser oído en el proceso. Se anula su persona, quitándole todo tipo de garantías.

Se trata de una representación legal, necesaria, obligatoria y universal. Es necesaria ya que permite el ejercicio de los derechos, y es universal porque se extiende a todos los derechos del incapaz.

Sin embargo ante situaciones donde están ausentes ambos padres el derecho pone en marcha la figura de la **tutela**. De esta manera según el artículo 377 del Código Civil, la tutela es “*el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil*”. Asimismo, el art. 264 bis del mismo cuerpo legal consagra que “*cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, los hijos menores quedarán sujetos a tutela*”.

El tutor es el representante legítimo del niño en todos los actos civiles, prescindiendo de su voluntad. Es así que conforme el art. 411 “*...el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles; gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad...*”. Creemos que esta disposición anula la posibilidad del niño de participar del proceso judicial, de ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta al momento de decidir.

En cuanto a sus caracteres, se trata de una función representativa, ya que es el representante legítimo del niño en todos los actos civiles, prescindiendo de su voluntad. Es subsidiaria, ya que sólo existe cuando falta la patria potestad. Hay distintas categorías, ya que la tutela puede ser general o especial. La general puede darse por los padres, por el juez o por la ley.²⁴

La tutela especial es aquélla que sólo se refiere a bienes determinados o a asuntos judiciales, nunca a poderes sobre la persona del menor. Coexiste con la patria potestad o la tutela

²¹ D´Antonio Daniel Hugo, “Actividad jurídica de los menores de edad”, 3ra. Edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 33.

²² D´Antonio Daniel Hugo, “Actividad jurídica de los menores de edad”, op. cit., p. 37.

²³ D´Antonio Daniel Hugo, “Actividad jurídica de los menores de edad”, op. cit., p. 44 a 45.

²⁴ Belluscio Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, tomo II, 5ta. Edición actualizada, Ed. Depalma, Bs. As., 1991, p. 355 a 360.

general y está limitada a asuntos determinados. Se da en los casos de oposición de los intereses del niño con los de su representante, por privación de la administración de padres o tutores de los bienes de sus representados, por dificultad en la administración por el tutor, o para representar la niño en juicio contra terceros.²⁵

El art. 459 del Código Civil otorga legitimación activa al niño para pedir rendición de cuentas al tutor. Sin embargo, en la práctica no se aplica. En estos casos, debería designársele un tutor ad litem, o bien ser patrocinado por el abogado del niño, al que nos referiremos seguidamente.

Asimismo, como ya expresáramos, debe designarse un tutor ad litem cuando los derechos o intereses del niño se oponen o entran en conflicto con los de sus padres. Sin embargo, creemos que éste tiene una función de representación, mientras que el abogado del niño se encarga de ejercer el debido patrocinio letrado, por lo cual sus funciones no se contraponen.

Según el art. 264 bis, se otorga la tutela a aquél que ejerza la patria potestad sobre el progenitor que tenga al niño bajo su amparo o cuidado, cuando los padres son menores de edad no emancipados. En estos casos, creemos que por la ubicación del artículo y las características particulares del caso, se trataría de una figura intermedia entre la patria potestad y la tutela. Asimismo, no estamos de acuerdo con la misma, atento a que los padres no tendrían participación en la crianza, educación o representación de sus hijos. Consideramos que sería más adecuada una figura de asistencia por parte de los abuelos, ya que de esta manera se respetaría el derecho del niño –padre menor de edad no emancipado- a ser oído, en virtud de que tendría participación en las decisiones relativas a sus hijos. Otra solución sería establecer un nuevo tipo de emancipación por el hecho de concebir y dar a luz al hijo con vida, siempre que se haya alcanzado una determinada edad, como podrían ser los dieciséis años.

Asimismo dada las características unipersonales del instituto de la tutela consideramos que debería modificarse, debiendo ser conjunta y no unipersonal, como lo es la patria potestad desde el año 1985. De esta manera, se logrará sumar y no restar, para una mayor protección del niño.

En cuanto al **Ministerio de Menores**, según el art. 59 del Código Civil, *“a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”*.

El Ministerio de Menores es el organismo estatal de protección de los incapaces. Tiene funciones representativas, de asistencia y de contralor. Su representación es promiscua, porque es representante del niño en forma conjunta con los padres o con el tutor, y complementaria porque no sustituye ni reemplaza al representante del pequeño. Ello puede observarse claramente en un fallo en el cual el Dr. Pettigiani ha expresado que *“...el derecho del niño a ser oído es de carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor...ni de una figura como la del tutor ‘ad litem’, por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue...”*.²⁶ Claramente aquí puede observarse que la presencia del Ministerio de Menores no es óbice ni sustituye al menor en sí mismo, puesto que no reemplaza su “voz”.

²⁵ Belluscio Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, op. cit., p. 363.

²⁶ CS Bs. As., 02/05/02, en LL 2003-A-428.

Sin embargo la participación del Ministerio de Menores puede ser consecuencia de la promoción de la acción por él mismo, asumiendo la condición de parte, o traducirse en la participación que corresponde otorgarle ante la existencia de intereses de un niño comprometidos en un proceso.²⁷ Si debía intervenir y no lo hizo, ello puede generar la nulidad de lo actuado, conforme a lo previsto en los arts. 59 y 494 del Código Civil. En nuestra opinión, esta figura es independiente y complementaria al representante del niño (padre o tutor) como asimismo a su abogado (quien lo patrocina en un caso particular, y no en forma promiscua).

Creemos que dentro del Ministerio Público, debería existir el Ministerio Público de la Niñez, formado por Fiscales, Defensores y Asesores especializados.

Por su parte, los **Defensores de Menores** son aquellos que patrocinan al niño carente de recursos en los procesos judiciales. El art. 491 del Código Civil hace referencia a esta figura, estableciendo que “*el defensor oficial de menores debe pedir el nombramiento de tutores o curadores de los menores o incapaces que no los tengan; y aun antes de ser éstos nombrados, puede pedir también, si fuese necesario, que se aseguren los bienes, y se pongan los menores o incapaces en una casa decente*”.

En los últimos años han adquirido mayor trascendencia en cuanto a que, en varios fallos, han logrado por la vía del amparo, que el Estado se haga cargo de las necesidades sociales de la infancia indigente. En este sentido, podemos señalar distintos casos jurisprudenciales, como pueden ser los siguientes: - La Cámara Civil de Neuquen, Sala II, en el año 2003, “Defensor de Derechos del Niño y Adolescente c. Provincia de Neuquen”, obligó al Estado a proporcionar una vivienda digna a una familia de una niña que padecía una grave enfermedad, hasta que culmine la construcción de una o se obtenga el otorgamiento de otra a través del Instituto Provincial de la Vivienda.²⁸ Por otro lado en un fallo de Paraná del año 2002, “Defensor de Menores del Superior Tribunal de Justicia c. Pcia. de Entre Ríos”, se condenó a un supermercado a que proveyera alimentos y artículos de primera necesidad a una familia compuesta por niños que carecía de recursos, y repitiera los respectivos importes del Estado Provincial.²⁹

Según Bidart Campos, en estos casos el Defensor Oficial goza de la más sobrada legitimación procesal activa que le confiere actuar en representación de lo niños carenciados.³⁰

Creemos que a esta figura hace referencia la ley 26.061, cuando en su art. 27 establece que cuando el niño careciera de recursos para ser asistido por un letrado particular, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. Sin embargo, esta asistencia podría darse a través de los Consultorios Jurídicos Gratuitos –Defensorías del Niño- existentes en los Colegios de Abogados y las Facultades.

Otro mecanismo interesante es el **abogado del niño**. Consideramos que debería existir esta figura a fin de representarlo en juicio y velar por la efectivización de sus derechos. Ello se ha puesto en práctica en nuestro país a través de distintas fundaciones, organizaciones no gubernamentales, o defensorías del niño dependientes de distintas facultades o colegios de abogados.

²⁷ D’Antonio Daniel Hugo, “Actividad jurídica de los menores de edad”, op. cit., p. 49.

²⁸ CCiv. Neuquen, sala II, 3/9/02, “Defensor de Derechos del Niño y Adolescente c. Pcia. de Neuquen”, en LL 2002-F-476.

²⁹ JMenores N° 2, Paraná, 28/06/2002, Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Pcia. de Entre Ríos”, en LL 2002-E-266.

³⁰ Bidart Campos Germán, “Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación”, en LL 2002-E-268.

Los abogados particulares se encuentran, a nuestro entender, legitimados para ejercer la representación de niños y adolescentes en procesos judiciales, en virtud de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, o la Ley 26.061. Ello se funda en los derechos de peticionar ante las autoridades, ser oído, igualdad, inviolabilidad de la defensa en juicio, debido proceso.

Según el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste puede ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades.

La figura del representante se encuentra mencionada en el art. 12 de dicha Convención, según el cual no podrá darse por cumplida con la intervención de sus padres como “representantes legales”, ya que el fin de la norma es la real intervención del niño y no su marginación del proceso por el progenitor.³¹

El art. 27 de la ley 26.061 establece que el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y en caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, a participar activamente en todo el procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

El artículo mencionado en el párrafo anterior se encuentra reglamentado por el Dto. 514/06, según el cual “*el derecho a la asistencia letrada...incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades*”.

Los niños son sujetos activos de derecho, con autonomía progresiva, debiendo procurarse en toda decisión que los afecte, satisfacer su interés superior. Coincidimos con Bidart Campos³², en cuanto a que los considera como sujetos activos de los derechos humanos bajo proceso judicial, al igual que todas las personas.

La intervención del abogado del niño implica que su posición se considere de manera distinta, con directa atención por parte del órgano jurisdiccional, logrando así que el derecho de ser oído sea ejercido de modo útil y eficaz.

Se ha dicho que nada impide que, sin perjuicio de sus representantes legales y de la intervención necesaria del Defensor de Menores, se garantice al niño una tutela jurisdiccional diferenciada.³³

³¹ Mizraghi Mauricio, “La posibilidad del niño de designar un representante necesario”, Libro de Ponencias de la Comisión N° 2 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, del 20 al 24 de septiembre de 1998, Mendoza, p. 519.

³² Bidart Campos Grmán, “Los derechos del niño y la justicia de menores”, ED, 162-970.

³³ Guahnon, “El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia, JA 2004-I-826.

El Ministerio Público de Menores es defensor por mandato constitucional y legal, de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y demás incapaces de hecho. La defensa de esos derechos no puede confundirse con la defensa técnica propia del abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se resuelva de manera favorable a la voluntad del niño.³⁴

El Ministerio de Menores no hace defensa técnica, sino que desarrolla la actividad judicial y extrajudicial, ejerciendo generalmente la representación promiscua (general, indiferenciada, complementaria) de las personas incapaces de hecho. Su función no es contraria a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero tampoco suficiente para garantizar la participación de la infancia en los procesos judiciales.

La representación legal omite la voluntad del niño, quien pasa a ser objeto de esa representación.³⁵ Los niños deben intervenir en los procesos judiciales en calidad de parte, con representación autónoma y asistencia jurídica a cargo de un abogado de su confianza.

En cuanto a su implementación práctica, consideramos que si los niños tienen una edad y madurez suficiente, deben ser ellos mismos quienes designen a su letrado patrocinante. En caso contrario, el Juez efectuará el correspondiente sorteo entre los distintos abogados de la matrícula. Si carece de recursos, se designará un defensor oficial.

Por su parte el **Ombudsman** resulta ser una figura que surge ante la necesidad de nuevas formas de presentación para los niños adquieren día a día mayor protagonismo en el ámbito procesal.

La primer experiencia relativa al Ombudsman de los menores tuvo lugar en Noruega en el año 1981. Se trata de aquella persona que tiende a ocuparse de las quejas de un definido y delimitado número de individuos, que actúa en beneficio de dicho grupo, y trata de mejorar las condiciones de los integrantes del mismo. Es independiente, no partidario. Puede investigar, criticar y publicar. Puede proponer reformas legislativas.³⁶

En Noruega tiene las siguientes funciones: es un vocero independiente de los niños, tiene un amplio mandato para atender y trabajar para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños, tiene el derecho de ver todos los documentos de las autoridades públicas en cualquier caso vinculado con ellos, y tiene acceso a las instituciones de menores. Los niños pueden consultarlo telefónicamente sobre sus problemas. Su oficina depende del Ministerio del Menor y la Familia. Cuenta con un Panel de Consejeros expertos en cuestiones de infancia. Puede ser consultado por adultos (ej: por problemas que surgen luego del divorcio), o por niños. Las respuestas pueden darse individualmente o por vía televisiva.³⁷

A nivel nacional, la ley 26.061 ha creado la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien ejerce su defensa ante instituciones públicas y privadas, incluyendo los tribunales, promoviendo distintos tipos de acciones. Si bien la normativa no exige que tenga el título de abogado, creemos que debe serlo, o al menos, estar formado por letrados, entre otros profesionales.

³⁴ Medina Graciela, Moreno Gustavo, "Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales", JA 2004-II-4.

³⁵ Solari Néstor E., "El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial", en LL 29/11/05.

³⁶ Makianich de Basset Lidia, "El Ombudsman de los menores", ED 163-1117 a 118.

³⁷ Makianich de Basset Lidia, "El Ombudsman de los menores", op. cit., p. 1119 a 1120.

El art. 16 del Decreto 300/05, reglamentario de la Ley 13.298 (Pcia. de Bs. As.) establece que el Defensor de los Derechos del Niño es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Humano. Su misión esencial es la defensa, promoción y protección de los derechos del niño frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública. Realizará el control del estado y condiciones de detención del niño en conflicto con la Ley Penal. Tiene iniciativa legislativa y procesal.

Debería existir en la Provincia de Buenos Aires, un Defensor de Niños y Jóvenes, que garantice el ejercicio de sus derechos, actuando en forma colectiva, y promoviendo los cambios necesarios tanto en las políticas públicas como en la legislación. Deberá procurar que los niños sean escuchados, y que su opinión sea tenida en cuenta, difundiendo información relativa a niños y adolescentes, respondiendo consultas por vía telefónica, promoviendo o apoyando acciones legales colectivas o individuales ante la violación de derechos, fomentando investigaciones, organizando cursos. Resulta imprescindible su independencia política.

A nivel nacional, nuestro país cuenta con la figura del “cuida niños”, a quien a través de una línea telefónica (0800-666-6466) se pueden efectuar consultas y solicitar asesoramiento en cuestiones de infancia, tanto por parte de adultos como de niños y adolescentes.

En cuanto al **Patronato del Estado**, según el art. 310 del Código Civil, “*perdida la patria potestad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en su ejercicio, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, los menores quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial*”.

Sin embargo coincidimos con la ley 26.061 que ha reformado el artículo, dejando de hacer referencia al patronato, y estableciendo que “...*el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad*”. Creemos que tal disposición es adecuada a fin de terminar con los atisbos de la ley 10.903.

Se ha definido a la tutela del Estado como “...*aquella institución jurídica de carácter protector que subsidiariamente se ejerce por el Estado, para asegurar a todo menor abandonado el goce de sus necesidades subjetivas...*”.³⁸

En el modelo tutelar, la representación legal sustituye al niño. En el actual, se procura la participación activa del mismo, como titular de derechos y garantías que pueden ser ejercidos por él mismo.³⁹

Se ha dicho que la ley 10.903 es la disposición del menor como objeto de tutela del Estado a través del Poder Judicial mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente omnímodas, y signado por la negación de los principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos en las mismas condiciones.⁴⁰

Si bien la norma referida en el párrafo anterior tiende a ser derogada por la ley 26.061, aún quedan rezagos de la misma. Tiene como principal finalidad la institucionalización, lo cual no logra integrar sino a desintegrar. Hoy, las nuevas leyes que rigen en materia de infancia, siguiendo a la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen que la internación debe ser el

³⁸ D’Antonio Daniel Hugo, “Derecho de Menores”, op. cit., p. 301.

³⁹ Solari, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial”, op. cit.

⁴⁰ Famá María Victoria – Herrera Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en ADLA 2005-E.5809.

“último recurso”.

IV. Conclusión

Se ha dicho que “...*el derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan...*”.⁴¹

En función de lo hasta aquí desarrollado consideramos que nuestra legislación requiere una modificación de manera tal de eliminar las categorías de menores impúberes y adultos, determinando la mayoría de edad a los dieciocho años. Asimismo, se los debería facultar para la realización de determinados actos en forma progresiva, de acuerdo a las edades variables y la complejidad del acto. Durante los primeros años debería existir un régimen de representación, aunque a medida que adquiere mayor madurez ésta debería transformarse en una asistencia.

Cuando el niño es pequeño, sus padres deciden por él. Pero a medida que adquiere mayor edad, los efectos de la representación se van relativizando, ya que su opinión debe ser escuchada y tenida en cuenta. Ello es una consecuencia de la democratización familiar y de la nueva óptica de la patria potestad en la sociedad moderna.⁴² Consideramos que el niño debería tener un tutor ad litem inclusive en los casos de divorcio de sus padres, tenencia, régimen de visitas, alimentos, es decir, en aquellos procesos en los cuales, sin ser partes, se encuentran comprometidos sus intereses. Tanto los padres como el Asesor de Incapaces o el Juez de oficio deberían pedir que el niño sea escuchado, pero en la práctica generalmente no lo hacen.

En cuanto a las figuras establecidas por la ley 26061, mas allá de las mejoras que requiera la ley en sí misma, consideramos un acierto el énfasis con que ésta propone la intervención de las mismas en pos de facilitar la participación del niño y de lograr que su palabra sea escuchada. Es así que “...*el derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan...*”.⁴³

En nuestro país debería implementarse el Ombudsman de los niños, el cual podría denominarse Defensor de la Infancia, y actuar en beneficio de los niños, conjuntamente con organizaciones de gobierno y no gubernamentales, proponiendo reformas legislativas, difundiendo mediante los medios de comunicación distintas cuestiones relativas a este sector de la población, pudiendo incluso iniciar acciones de incidencia colectiva, en defensa de intereses difusos propios del grupo de los niños, procediendo de la misma manera que el Defensor del Pueblo, figura reconocida por la Constitución Nacional. Debería comprender temas legales, médicos, sociales, psicológicos, pedagógicos, por lo cual su conformación exigiría la interdisciplina.

Creemos que pueden coexistir perfectamente figuras como la representación de los padres o tutores, el Ministerio Público (Asesor de Incapaces), el Ombudsman de la Infancia, y el Abogado del Niño. Cada uno tiene una función específica, y en caso de conflicto de intereses, será el juez quien dirima la cuestión, teniendo en cuenta que resulta adecuado “sumar” personas que velen por el respeto de los derechos de la infancia atendiendo a su vulnerabilidad. Inclusive nosotros, en nuestro rol de abogados, deberíamos escuchar a los hijos de nuestros clientes

⁴¹ Solari, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial”, en LL 29/11/05.

⁴² Verde de Ramallo Susana, “Los menores, su actividad jurídica y la patria potestad”, en “Anales”, Revista de la Facultad de Cs. Jcas. y Sociales de la UNLP N° 36, Ed. La Ley, La Plata, 2005, p. 238.

⁴³ Solari, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial”, en LL 29/11/05.

cuando la decisión judicial pudiera afectarlos.

El Asesor de Menores -en su condición de representante promiscuo de los niños- tiene fundamentalmente a cargo una función coadyuvante a la del abogado del niño, en tanto adquiere un rol protagónico sólo ante el inadecuado cumplimiento de las funciones de éste. Su labor es fundamentalmente adhesiva y no autónoma; dejando a salvo las facultades que tendrá para proponer todo aquello que resulte más beneficioso para los niños. Mientras que el abogado del niño tendrá una amplia actuación procesal, pues será el que tenga a cargo la causa, debiendo cumplir fielmente su misión de defender con total amplitud los intereses de su patrocinado o representado, la labor del Asesor deberá regirse conforme a los límites enunciados.

Creemos que resulta fundamental reformar los códigos procesales de las distintas provincias, a fin de incorporar expresamente el derecho del niño a ser oído y a gozar de patrocinio letrado en los procesos judiciales en los que sea parte, o se vean afectados sus derechos.

Algunas provincias de nuestro país han dictado leyes específicas de infancia, las cuales significan un avance en el reconocimiento de derechos como los que estamos analizando.

Estamos de acuerdo con el proyecto de ley que tiende a crear el nuevo Fuero Penal del Niño, por considerarlo imprescindible. De esta manera se logrará que éste se aboque exclusivamente a cuestiones penales, el Fuero de Familia a temas civiles, y el Poder Ejecutivo a problemas asistenciales, evitando así la judicialización de cuestiones sociales.

La ley 26.061 hace referencia a la figura del abogado del niño, ya consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño, y por lo tanto dotada de rango constitucional. Asimismo, ambas disposiciones han generado opiniones tendientes a lograr una reforma del Código Civil, flexibilizando los criterios rígidos que imperan en materia de capacidad, reemplazándolos por otros basados en capacidades progresivas siguiendo patrones reales de madurez. El discernimiento cronológico debe ser reemplazado por un discernimiento real. Deben reinterpretarse las normas internas a la luz de los preceptos constitucionales, hasta que se logre su reforma.

A través de medidas como las mencionadas se logra satisfacer una de las necesidades de quien es reconocido como “persona”, la de expresarse y formar parte de las grandes y pequeñas decisiones que afectan su vida

Conforme lo hasta aquí expuesto, consideramos fundamental y esencial incorporar a la práctica diaria los mecanismos tendientes a hacer realidad el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado y debidamente representado y/o patrocinado. Sólo así lograremos una “justicia más justa” reconociendo en uno de sus actores fundamentales...su voz.

A través de medidas como las mencionadas se logra satisfacer una de las necesidades de quien es reconocido como “persona”, la de expresarse y formar parte de las grandes y pequeñas decisiones que afectan su vida....ello también es vivir.