



Trabajo Final de Graduación

El derecho del Niño a ser oído

Carrera: Abogacía

Alumno: Pérez Natalia Noelia

Legajo: ABG04767

Fecha: 2016

AGRADECIMIENTOS

Nada de esto hubiese sido posible sin la ayuda y colaboración de mi familia, por eso le doy las gracias a mi mamá por tantas idas y venidas, por cuidar de mis amores, a la Nona de los regalos. A mi papá y a mi hermana que también pusieron su granito de arena como niños, y en especial a mi marido, quien dejó parte de su vida, con todo lo que eso implica para, avocarse a mis hijas, quiero agradecerle por las largas noches de compañía, por los tecitos calentitos, por su paciencia, su enorme paciencia.

DEDICATORIA

Este trabajo, corolario de un ciclo de esfuerzos conjuntos se lo dedico muy especialmente a mis grandes amores, mis hijas, porque ellas son mi inspiración de cada día. Se los dedico porque fueron ellas mi pilar más fuerte. Se los dedico en agradecimiento por ser siempre tan pacientes, por los tiempos que les robe, por haber sido siempre tan incondicionales. Se los dedico porque simplemente sus voces son música para mis oídos.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar cuáles han sido las innovaciones del Código Civil y Comercial Unificado de la Nación Argentina entrado en vigencia en el mes de agosto de 2015 con respecto al derecho del niño a ser oído, y su participación en el proceso para lo cual realizamos un recorrido histórico sobre el reconocimiento de los derechos del niño a nivel mundial y nacional, pasando por la Convención de los Derechos del niño, el Código Civil de Vélez Sarfield y la ley N° 26.061 hasta llegar al actual Código Civil y Comercial.

El espíritu del presente trabajo se basa en la necesidad de que tanto en la letra de la ley como en la práctica cotidiana, se les reconozca a las niñas, niños y adolescentes este derecho fundamental que surge del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y que marca el fin del paradigma que considera al niño un objeto destinatario de las políticas protectorias del derecho, para dar lugar a la actual concepción del niño sujeto de derecho, protagonista activo de su propia vida.

ABSTRACT

This paper is to analyze what were the innovations of the Civil and Commercial Code Unified Argentina Nation entered into force in August 2015 regarding the right of the child to be heard, and their participation in the process for the which we carried out a historical journey on the recognition of the rights of children at the global and national level, through the Convention on the rights of the child, the Civil Code of Velez Sarfield and law No. 26,061 until the current Civil and Commercial Code.

The spirit of this work is based on the need for both the letter of the law and in everyday practice, they are recognized to children and adolescents this fundamental right arising from Art. 12 of the Convention on the Rights of the Child, which marks the end of the paradigm that considers the child a recipient object of the protectors policies right, to lead to the current conception of the child subject of law, active protagonist of his own life.

PALABRAS CLAVE

Niño, niña o adolescente - derecho del niño a ser oído - autonomía progresiva - participación en el proceso - código civil y comercial unificado de la nación argentina

KEY WORDS

Child or adolescent - child's right to be heard - progressive autonomy - participation in the process - Unified Civil and Commercial Code of Argentina

INDICE

Introducción	06
Marco metodológico	09
Capítulo 1: Evolución histórica del reconocimiento de los derechos del niño	11
Introducción	12
Aclaración conceptual	12
1.1 Reconocimiento de los derechos del niño – su evolución	14
1.2 Reconocimiento a nivel nacional	16
1.3 Recepción en el Código de Vélez Sarfield	19
Conclusión	23
Capítulo 2: Derechos del niño – Descripción y marco normativo vigente	25
Introducción	26
2.1 Convención de los derechos del niño	26
2.2 Ley Nacional N° 26.061 – Protección integral de niñas, niños y adolescentes	28
2.3 Código Civil y Comercial de la Nación	31
Conclusión	34
Capítulo 3: La pauta de progresividad	35
Introducción	36
3.1 Autonomía progresiva	36
3.2 Recepción normativa del principio de autonomía progresiva	40
Conclusión	43
Capítulo 4: El Derecho del Niño a ser Oído	45
Introducción	46
4.1 El art. 12 de la Convención de los derechos del niño según la Observación General N° 12	46
4.2 Análisis del art. 12 de la Convención de los derechos del niño	49
4.3 Recepción a nivel nacional	51
Conclusión	62
Capítulo 5: Intervención procesal del Niño	63
Introducción	64
5.1 Intervención procesal del niño	64
5.2 Principios rectores del proceso donde interviene un niño	73
5.3 El abogado del niño	75
5.4 Sobre el modo de oír a los niños, niñas y adolescentes	79
Conclusión	82
Capítulo 6: El Código Civil y Comercial de la Nación llevado a la vida real	85
Introducción	86
6.1 Fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala <<A>> del 21/08/2015	86
Conclusión	109
Conclusión final	111
Bibliografía	114

INTRODUCCION

En el presente trabajo de investigación aplicada, tiene como finalidad la descripción del derecho del niño a ser oído a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, analizar cuáles son los cambios normativos introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación, relativos a los derechos del niño y si estos representan realmente un avance en términos de brindar a la niñez una adecuada cobertura legal, y, si mediante estos cambios e innovaciones, la legislación argentina ha adecuado la normativa local al marco convencional que conforma el bloque de constitucionalidad. Ya que si bien el Estado Argentino adhirió a la Convención de los Derechos del Niño del año 1989 y en 1994 le otorgó rango constitucional, no había sido plasmado en nuestra legislación de fondo.

Para avanzar en este trabajo vamos a comenzar por realizar un breve recorrido histórico sobre cómo ha sido el reconocimiento de los Derechos del Niño a lo largo de la Historia, siguiendo doctrina especializada en la temática.

El Derecho del Niño a ser oído se encuentra legislado primeramente en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y alcanza rango constitucional en Argentina, luego de la reforma de 1994, a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; luego es nuevamente plasmado en la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes sancionada en el año 2005; y más recientemente en el art. 707 (entre otros) del Código Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia se produjo en el mes de Agosto de 2015.

Uno de los puntos claves para entender este derecho a ser oído, se encuentra en comprender de que se trata la capacidad progresiva a la que alude cada artículo que la reconoce, por lo cual a este tema, lo abordaremos desde una perspectiva jurídica apoyándonos también en una ciencia auxiliar como la psicología, para lo cual nos serviremos de autores especializados en esta rama.

En este contexto nos aparece la figura del abogado del niño, la cual pareciera no ser imprescindible, por lo cual también vamos a abordar esta figura de la mano doctrina especializada.

Para entender el art.12 de la Convención de los Derechos del Niño, nos vamos a servir principalmente de la Observación general N°12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas la cual realiza un análisis pormenorizado del mismo y de distintas notas de doctrina.

Y finalmente ahora si para descubrir cuál ha sido la recepción del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación y cuál ha sido su espíritu vamos a recurrir a los diferentes fundamentos en los que se ha basado la reforma de nuestro Código, y al análisis que de su articulado han realizado diferentes autores.

Ahora bien, ya sabiendo que a lo largo de la historia la óptica jurídica con la que se ha mirado al niño no ha sido siempre la misma, habiendo sido considerado, durante largo tiempo, como un “objeto de derecho”, y conociendo también que es la Convención de los Derechos del Niño, más precisamente a través de su art. 12, la que consagra las bases mínimas para que el niño, niña o adolescente, sea considerado “sujeto de derecho”, garantizando entre otros, su Derecho a ser oído. Consideramos relevante investigar y conocer cómo es que este derecho ha sido receptado en el Código Civil y Comercial unificado.

Para lograr este conocimiento nos hemos planteado como objetivo analizar cuáles son los cambios en lo que respecta al derecho del niño a ser oído desde la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial, procurando determinar si la nueva recepción de este derecho en nuestra normativa de fondo representa un verdadero avance en términos de adecuación de las normas internas al marco convencional, en los que refiere a la concepción y regulación de la capacidad de los niños, su derecho a ser oído y su posibilidad de participar activamente en los procesos judiciales cuya resolución los afecte. Para lo cual hemos de recorrer como ha ido evolucionando a través del tiempo el reconocimiento del Derechos del Niño a ser oído, para ello analizaremos la capacidad progresiva del niño, y el rol del abogado del Niño, para esto estudiaremos la legislación actual que ampara los derechos del Niño e interpretaremos el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

El presente trabajo se estructura en seis capítulos, en el primero haremos un breve repaso histórico del reconocimiento de los Derechos del Niño desde el año 1924 a la actualidad, en el Capítulo segundo nos vamos a introducir en la legislación que actualmente consagra el

Derecho del Niño a ser oído en su articulado, en el Capítulo tercero conoceremos acerca de la Capacidad progresiva del niño, en el Capítulo cuarto trataremos específicamente el Derecho del Niño a ser oído, en el capítulo cinco abordaremos como se da actualmente la intervención procesal del niño en el marco legal; y finalmente en el capítulo seis del presente trabajo, conoceremos el primer caso que fue resuelto bajo el régimen de Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, en el cual el tribunal llega a la sentencia habiendo aplicado y respetado el derecho del niño a ser oído.

MARCO METODOLOGICO

Tipo de investigación: Descriptiva – explicativa: En el presente trabajo, el tipo de investigación a utilizar es el descriptivo; éste consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006).

Estrategia metodológica: Cualitativa: La misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26). Se procederá a recabar datos e información sobre la temática de estudio, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el solo objeto de comprender el Derecho del Niño a ser Oído.

Fuentes de información:

- Primarias: son las fuentes directas de información, originales, de primera mano; en este caso particular, se trata de las normas que amparan los Derechos del Niño:

Convención de los Derechos del Niño.

Constitución Nacional.

Ley 26.061 de Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes

Ley provincial 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Código Civil y Comercial

- Secundarias: son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información. En este trabajo se utilizarán como fuentes secundarias libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio, como así también di

artículos de revistas especializadas en derecho como La Ley o Revista de Pensamiento Penal.

Convención sobre los Derechos del niño. Observación General N°12

Opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Doctrina (libros, artículos de la Revista Jurídica La Ley)

Capítulo 1

Evolución histórica del reconocimiento de los Derechos del niño

Introducción

Tal como adelantamos en la introducción del presente trabajo, el primer tema que abordaremos será la evolución histórica de la recepción normativa, a nivel internacional, de los Derechos del Niño, especialmente desde el año 1924, año en el que se aprobó la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño; y pasando por la Declaración de los derechos del Niño de 1959, hasta llegar a la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989. Luego nos introduciremos en el reconocimiento que se le ha dado a los derechos del niño en la órbita nacional, especialmente desde nuestra adhesión a la Convención de los derechos del Niño hasta llegar a nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, entrado en vigencia en 2015. Este recorrido histórico nos va ayudar a comprender en algún sentido la situación jurídica en la que hoy se encuentran los derechos reconocidos a este sujeto de derecho llamado niño, niña o adolescente.

Aclaración Conceptual

Según la Real Academia Española, la niñez, es el periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la pubertad.

Entonces, antes de comenzar con el desarrollo del siguiente análisis, con el fin de conocer quiénes son los portadores del derecho que vamos a analizar, quisiera recordar el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño¹ el cual expresa: *“Para los efectos de la presente Convención, entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”* Más que a un

¹ “Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Y aprobada por la República Argentina el 27 de Septiembre de 1990 a través de la ley N° 23.849, promulgada el 16 de Octubre del mismo año.

concepto jurídico, este concepto de niño, responde a una noción sociológica, biológica y psicológica (Highton, 2015)

A su vez, la Opinión consultiva 17² de 2002, al explayarse sobre la definición de “Niño”, nos dice que: *“todas las personas son sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. Pero solo aquellas personas que hayan alcanzado la mayoría de edad pueden ejercitarlos en forma directa y personal, y hasta tanto hayan alcanzado dicha condición se encuentran sujetos a la autoridad parental, o a la tutela o representación.”*

De igual manera, el art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente entrado en vigencia reza: *“Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido los dieciocho años.*

Este código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”

Así, en este artículo, nuestra nueva legislación de fondo, se reafirma la mayoría de edad a los dieciocho años, reafirmando de esta manera el primer paso hacia la adaptación de nuestra legislación interna a la Convención de los Derechos del Niño (Bueres, 2014).

De acuerdo a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad³, también se considera niño, niña o adolescente a toda persona menor de 18 años de edad. Y aclara además, que todo niño, niña o adolescente debe gozar de una

² Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad - Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición - 2008

tutela especial por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo.

1.1– Reconocimiento de los Derechos del Niño – Su evolución

Los niños no siempre fueron considerados como sujetos de derechos, a los que se les reconoce el goce y ejercicio de los mismos derechos que los adultos, más derechos especiales por su condición de sujeto en desarrollo; si no que anteriormente eran comprendidos desde las carencias propias de su personalidad en desarrollo, lo cual los convertía en objetos, necesitados de la protección y asistencia del Estado, la Familia y la Sociedad en general (Assef, 2014).

Pero este cambio de paradigma, de forma de ver e interpretar la niñez, no se dio de un día para el otro, sino que se fue dando paulatinamente a lo largo de la historia, como lo explica simplifícadamente Aida Kemelmajer de Carlucci atravesando tres etapas: La primera etapa, en la cual encontramos un niño completamente sometido a la autoridad paterna; una segunda etapa en la que el legislador interviene solo para proteger al niño de la explotación, a través de leyes laborales, de lucha contra la prostitución, etc.; y una tercera y última en la cual ya encontramos al niño sujeto de derechos, donde se le reconoce su lugar de niño y no puede ser rechazado solo por esta condición (Kemelmajer de Carlucci, 1994).

Dentro de esta tercera etapa podemos ir encuadrando la legislación que se viene sancionando en reconocimiento de los Derechos del Niño desde el año 1924 cuando se aprobó la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, que con tan solo cinco artículos, fue el primer documento histórico que reconoce derechos, aunque básicos, específicos a las niñas y niños, además de responsabilizar a los adultos de su cumplimiento, y que luego en 1959 es adoptada

por las Naciones Unidas y además es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los diversos convenios de los organismos que velan por el bienestar del niño.

Es en el año 1959, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece la protección del niño, incluso antes de su nacimiento, a través de la Declaración Universal de los Derechos del Niño. Es en ese mismo año, que la misma asamblea, consagra el precepto de que *“La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”*, consagrándolo con diez principios en la Declaración de los Derechos del Niño, los cuales resumidamente son:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión, idioma, nacionalidad, sexo, opinión política.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuada.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia-
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión sexual, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

También podemos mencionar la Declaración de la Asamblea General sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estado de Emergencia o de Conflicto armado del año 1974.

Apenas más tarde, el año 1979, fue declarado el Año Internacional del Niño, y fue cuando Un Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó con la redacción de la Convención de los Derechos del Niño. En ese transcurso, en el año 1985 se dictaron Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, también conocidas como “Reglas de Beijín”. En 1986, la Asamblea General establece la Protección de la Adopción y Guarda. Finalmente, el 20 de noviembre 1989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la “Convención de los Derechos del Niño” que en sus cincuenta y cuatro (54) artículos en plena vigencia instala el paradigma del niño sujeto de derechos (Apfelbaum, 1994)

De esta manera, tal como lo expresa Aida Kemelmajer de Carlucci (1994), la Convención de los Derechos del Niño, surge como la resultante de una extensa evolución en las relaciones de la familia y la sociedad con el niño, abriendo una nueva etapa para ellos.

1.2– Reconocimiento a Nivel Nacional

En la Argentina fue sancionada en el año 1919 la ley N° 10.903⁴, llamada también de “Patronato de Menores”, esta ley no reconoce en su articulado al Niño como sujeto de derecho, si no que creo una importante tendencia a la institucionalización del niño, otorgándole al Estado la facultad para intervenir y disponer ilimitadamente de los “menores material o

⁴ Ley Nro. 10.903, “Ley de Patronato de Menores”, promulgada el 21 de octubre de 1919 y publicada en Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919 Nro. 7711 pág. 781

moralmente abandonados”. Esta Ley instauró la cultura de la “compasión – represión”, consagrando la estigmatización, segregación y confinamiento institucional de los sectores más débiles de la sociedad sin una previa declaración de incapacidad. (Apfelbaum, 1994).

Incluso esta norma, fue utilizada para avalar decisiones cuasi arbitrarias de los magistrados. A través de esta ley, el Estado se adjudicó el patronato de los menores desamparados y transgresores, convirtiéndose en un Estado benefactor. Lo que llevo a que los tribunales de menores adquieran una función más social que jurídica. (González del Solar, J. S/F). Hoy la aplicación de esta ley resulta incluso inconstitucional a la luz de la Convención de los Derechos de Niño. (Apfelbaum, 1994)

Argentina adhirió a la Convención de los Derechos del Niño, la cual ingreso a nuestro sistema legal en 1991 a través de la ley N° 23.849⁵. Y si bien, la Convención de los Derechos del Niño adquiere rango constitucional en la reforma de 1994, a través de los art. 31⁶ y 75 inc. 22⁷ que la colocan en la cima del Derecho Argentino, a la par de la Constitución

⁵ Ley 23.849, Ley de aprobación de la Convención de los Derechos sobre los Derechos del Niño, sancionada por el Honorable congreso de la Nación Argentina el 27 de Septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

⁶ Artículo 31 CN.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

⁷ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Nacional, y por encima de todas las leyes, incluido el Código Civil y las leyes procesales provinciales, la misma ya gozaba de operatividad desde que entró en vigencia en 1991 a través de la ley N°23.849. Ello así, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluso antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la en los autos C.S.J.N., “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos 315:1492 (1992), estableció que una vez aprobados y ratificados, los tratados internacionales ingresan al derecho interno directamente y comienzan a surtir efecto automáticamente, debiendo ser interpretados con buena fe y lealtad internacional. O sea que son directamente operativos en el derecho interno. Esto quiere decir que, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, la Convención de los Derechos del Niño ya debía ser aplicada por los jueces incluso cuando fuera necesaria la reglamentación del derecho reemplazando la inactividad de los poderes del Estado, al considerar que los tratados firmados con potencias extranjeras formaban parte del orden jurídico. (Ludueña, 2002).

Luego, casi quince años después, el 28 de septiembre del año 2005 se dicta la Ley N° 26.061⁸, de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, que viene a consolidar la voluntad política del Estado Argentino, reafirmando y profundizando los derechos ya reconocidos en la Convención de los derechos del niño (González del Solar, s.f.).

Esta ley N° 26.061, según nos relata Ferreyra Viramonte L. (2014), en sus primeros 31 artículos define la situación jurídica del niño, es donde se reconoce el núcleo básico de los derechos humanos de los niños hasta los 18 años, en todo el territorio argentino.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁸ Ley 26.061 “Ley de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” Sancionada por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el 28 de septiembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial del 26 de octubre de 2005, nro. 30767, pág. 1.

Ya de manera más reciente, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación⁹, sancionado en 2014 y cuya entrada en vigencia se produjo en agosto de 2015, es novedoso al receptor la constitucionalización del Derecho Privado y toma muy en cuenta los tratados y derechos reconocidos en el bloque constitucional, incluyendo todas las escalas de derechos humanos, civiles y políticos y estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el propio código (Highton, 2015).

Por el momento no nos explayaremos más sobre el contenido del Código Civil y Comercial de la Nación ya que lo haremos en un apartado posterior.

1.3- Recepción en el Código de Vélez Sarsfield

Si bien la familia moderna, saca del anonimato al niño de la época medieval, y se reorganiza en torno suyo, creando el modelo de niño “rey”, este perfil sobreprotector de la niñez configuro un sistema tramposo que se alimentó de una fuerte dominación sobre los hijos, que los hizo dependientes y resulto debilitadora y desestructurante. Esa idea angelical de los niños termino dificultando su cabal ingreso a la sociedad. Un fiel reflejo de esta ideología autoritaria y dominadora es el Código Civil de Vélez Sarsfield¹⁰, donde el niño es considerado un objeto de posesión de los padres y no un sujeto de derechos. (Mizrahi, 2008).

El Código Civil de Vélez Sarfield fue redactado bajo otro paradigma de niñez, distinto al paradigma protectorio que contiene la Convención de los Derechos del Niño. (Basso,

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por el Honorable Congreso de la Nación Argentina mediante Ley Nro. 26994 el 01 de octubre de 2014, publicado en el Boletín Oficial del 08 de octubre de 2014 Nro. 32985, pág. 1, entrado en vigencia el 01 de agosto de 2015

¹⁰ Cuerpo normativo aprobado por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1869 a través de ley N° 340 y que tuvo vigencia hasta octubre de 2015

2015.). Y la generalidad de las instituciones del derecho de familia fueron reguladas antes de que la Constitución incorporara los tratados y les otorgara rango constitucional, por lo cual sus disposiciones no eran compatibles con las normas código, y debieron ser incorporadas al mismo para evitar que las normas del código fueran sentenciadas de inconstitucionales precisamente por no ajustarse al derecho constitucional vigente. (Medina, 2012).

Toda la legislación nacional referida a la niñez debe guardar conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, en tanto la misma adquirió rango constitucional en la reforma de 1994, la cual dio fin a la polémica sobre la prevalencia o no de los tratados internacionales por sobre las leyes, incluido en Código Civil. Por lo cual resulto necesario realizarle al Código y demás leyes complementarias todas las modificaciones que fuesen necesarias. De todas maneras, en aquellos casos que aunque traten otras cuestiones y pudieran de alguna manera contradecir la ley N°26.061, se aplicaba el principio de conformidad según el cual ley posterior deroga la ley anterior y ley especial deroga ley general, que también las ubica por encima del Código Civil. (Musa, 2008).

Hoy los niños tienen derecho a un desarrollo autónomo, lo cual significa que existe un ámbito de intimidad y privacidad en el cual ni siquiera sus padres pueden intervenir. Además, tanto sus inclinaciones, proyectos y deseos deben ser tenidos en cuenta a tal punto que sus progenitores no les pueden imponer sus decisiones. Es por esto que el Código de Vélez estaba necesitando una reforma, ya que muchas de sus normas establecidas bajo el concepto de niño objeto de posesión de sus padres, no son compatibles con el sistema normativo actual. A modo de ejemplo podemos mencionar: 1) el art. 54 que prevé la incapacidad absoluta de los menores impúberes, el art. 55 el cual establece que los menores adultos “solo pueden ejercer aquellos actos que las leyes les autorizan” y el art. 59 que establece que “los incapaces son

promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”. Esto difiere con el concepto actual donde los niños son titulares de derechos y cuentan con la capacidad suficiente para ejercerlos, conforme al propio juicio que adquieran, su entendimiento y madurez; más allá de las edades establecidas por la ley. A su vez, la Defensoría de Menores, deberá velar por el cumplimiento de la ley y el respeto de su desarrollo autónomo. 2) el art. 126, dispone la mayoría de edad a los 21 años, y hoy por hoy conforme al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 2 de la ley 23.849, la mayoría de edad es alcanzada a los 18 años. 3) el art. 236, específicamente cuando dice: “En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1. Tenencia y régimen de visitas de los hijos. 2. Atribución del hogar conyugal. 3. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización (...) El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afecten gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos...”; este artículo quedaría derogado ya que los acuerdos de tenencia y régimen de visitas no pueden ser homologados sin que el juez haya tenido una audiencia previa con los hijos, quienes tienen la facultad de realizar los cambios que les resulten convenientes. Toda vez que desde la sanción de la ley 26.061 negar la participación del niño en un proceso del cual se obtendrá un decisorio que lo va a afectar comportaría arrasar con el orden jurídico establecido. 4) El art. 264 ter. Ordena que: “En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar. El juez podrá aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y oír al menor, si este tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o

concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder dos años”. En virtud de lo que ordenan la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, existan o no desacuerdos entre los padres, el hijo puede acudir al Juez para plantear las cuestiones que considere conflictivas incluso cuando no lo hiciera ninguno de sus progenitores y, si uno de ellos ha realizado un planteo al Juez, éste último tendrá a obligación de oír al niño antes de decidir. 5) El art.264 quater dice: “En los casos de los inc. 1, 2 y 5 del art 264 se requería el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1. Autorizar al hijo para contraer matrimonio. 2. Habilitarlo. 3. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad. 4. Autorizarlo para salir de la Republica. 5. Autorizarlo para estar en juicio. 6. Disponer de bienes inmuebles y derechos o bienes registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial. 7. Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el art. 294. En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar”. Aquí nos encontramos con que por regla general, establecida por la Convención y la ley 26.061, el Juez no podrá tomar ninguna decisión valida sin oír al hijo. Con respecto a la disposición y administración de los bienes, solo en casos un excepcionales y justificados, el tribunal puede eludir la oposición del hijo; en los casos de ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas y de seguridad, salida de la Republica y autorización para estar en juicio, un punto esencial será la acreditación de que el hijo desea o aspira acceder a aquello cuya autorización requiere de la justicia. Y por último, 6) el art. 265, expresa “los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de

criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de sus hijos sino con los suyos propios”. Debemos tener en cuenta que estas facultades que tienen los padres nunca pueden restringir o lesionar los derechos del hijo a expresar libremente sus deseos y opiniones en todos los asuntos que lo afecten. (Mizrahi, 2008).

Conclusión

A lo largo del presente capítulo, hemos podido conocer como se ha dado a lo largo de la historia la recepción normativa de los derechos del niño, comenzando en 1924 con una tímida, pero no por eso menos importante, declaración de derechos básicos, hasta llegar a la sanción de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, ya como corolario de un extenso proceso evolutivo en las relaciones entre la sociedad y los niños, y que les abrió las puertas de esta nueva concepción que le permitió a los niños dejar de ser considerados objetos del derecho, objetos, propiedad de sus progenitores y necesitados de la protección de éstos, del estado y de la sociedad en general, e ingresar al paradigma actual del niño sujeto de derecho, protagonista activo de su propia vida. También hemos podido ver cómo la adhesión de nuestro país a esta convención y su posterior constitucionalización, provocaron que toda la legislación sancionada con anterioridad se tornara obsoleta e incluso inconstitucional al no concordar con esta nueva mirada de la niñez, imponiéndose así, la necesidad de una reforma en nuestra legislación para cumplimentar con la norma a la cual había adherido y otorgado rango constitucional.

La importancia de conocer este camino recorrido está dada por la necesidad de seguir avanzando normativa y socialmente en este tema, continuando con los pasos hacia

adelante que se han dado y no repitiendo los gruesos errores que en el afán de proteger a la infancia solo consiguieron obstruir el ejercicio de sus derechos.

Esta reforma normativa, ya empezó a gestarse, aunque todavía queda un arduo trabajo de parte de la sociedad y en especial del estado para que definitivamente estos derechos reconocidos en las letras sean llevados a la vida real y cotidiana de todos los niños de nuestra sociedad, sin distinción de raza, color, religión, ideología, estatus social y nivel económico tal como lo ordena la Convención de los Derechos del Niño.

Capítulo 2

Derechos de niño.

Descripción y análisis del marco normativo vigente

Introducción

Si bien, como hemos visto en el capítulo anterior, no ha sido rápida la transición de la concepción que considera al niño como objeto necesitado de la protección del derecho al paradigma que reconoce al niño como sujeto de derecho protagonista activo de su propia vida, hemos logrado por lo menos plasmar en la norma escrita esta nueva concepción orientada a la protección integral de derechos del niño, consagrándolos en la Convención de los Derechos del Niño, en la ley N°26.061 y en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, cuerpo normativo que ha entrado en vigencia recientemente.

En este capítulo nos proponemos realizar un panorama general de lo que establecen la normativa vigente. Comenzando con la Convención de los Derechos del Niño, la cual sienta las bases mínimas de cualquier otra normativa que se pudiera sancionar con respecto a la niñez. Continuando con la Ley N° 26.06, la cual como veremos, viene a complementar a la Convención y a cumplimentar con las obligaciones asumida por la Argentina como estado parte. Y finalizaremos este recorrido con lo que establece al respecto el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual representa un nuevo avance en la legislación nacional en su camino rumbo a la adecuación total a la normativa internacional.

2.1 – Convención de los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del Niño, es considerado el primer instrumento internacional que establece Derechos Humanos para los niños, convirtiéndose en una bisagra elemental en la historia de sus derechos, ya que a partir de la Convención, se concibe a los niños como sujetos de derecho y no como meros destinatarios de las acciones asistenciales o de control

social llevadas a cabo por el Estado, como ocurría anteriormente. La Convención establece los postulados de la “doctrina de la protección integral” que considera al niño como sujeto de derecho, en contraposición de la “doctrina de la situación irregular” que veía al niño como objeto de protección. (Ludueña, 2002).

La Convención de los Derechos del Niño, fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y sancionada como ley N° 23.849 en septiembre de 1990, adquirió rango constitucional con la reforma de 1994, en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina (Pagés Ll., 2015).

Al ratificarla en 1990, a través de la ley N°23.849 Argentina se obligó a dar mayor rigor y calidad en la intervención del Estado, y como consecuencia a distinguir situaciones que en los hechos constituían fuente de evidente injusticia (González del Solar, s.f.).

En este sentido, concuerdo con Aida Kemelmajer de Carlucci (1994), quien citando a Jean Hauser nos dice que *“el rol principal de la Convención es el de inspirar reformas legislativas e interpretaciones judiciales cuando la ley admite varias soluciones posibles”*.

La Convención de los Derechos del Niño, a nivel internacional es la formalización de este nuevo paradigma para la consideración de la infancia desde el punto de vista de las políticas públicas. La característica central de este paradigma, como ya hemos visto, está en concebir a los niños como sujetos de derecho y no como objetos destinatarios de las acciones asistenciales o de control social del Estado y la sociedad. Es un instrumento que ordena las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, partiendo del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos (Highton, 2015).

Hasta que la Convención de los Derechos del Niño fue incorporada a la legislación argentina, los niños eran considerados incapaces absolutos. Los niños no eran tenidos en cuenta en el ámbito del derecho y todo aquello que lo involucrase era resuelto a criterio de sus representantes. Esto limitaba sus derechos a un pequeño margen de actos tímidamente permitidos (Assef, 2014).

La Convención de los derechos del niño, sienta las bases elementales para reforzar la consideración del niño como sujeto de derecho, garantizando su derecho a ser oído y con derechos especiales por su particular condición de encontrarse en desarrollo, con el propósito de que la niñez deje de considerarse objeto pasivo de la intervención de la familia, el Estado y la sociedad (Pagés, 2015).

Con todo esto, la Convención de los Derechos del Niño es el resultado de una larga evolución de las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, abriendo una nueva era para los niños del mundo (Kemelmajer de Carlucci, 1994)

2.2 - Ley Nacional 26.061 - Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes

La Ley N°. 26.061, de Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, fue sancionada el 28 de Septiembre de 2005, quince años después de que nuestro país aprobara la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Si tenemos en cuenta que esta ley N° 26.061 viene a complementar la Convención y a cumplimentar con la obligación asumida como estado parte, establecida en el art. 4¹¹ de la Convención, donde exige que país que

¹¹ Artículo 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos,

la ha ratificado tome *“todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para da efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Bien, teniendo en cuenta todo esto podemos afirmar que la Argentina se tomó demasiado tiempo para la sanción de la mencionada ley N°. 26.061 (Sabsay, 2008).

En el ámbito territorial, al ser esta norma en análisis una especie de medida elaborada por el Congreso de la Nación Argentina para dar cumplimiento a las compromisos internacionales, en caso de surgir conflictos con la normativa provincial, estas deben ceder en favor de la ley nacional, ya que la misma contiene los parámetros mínimos aplicables en todo el país y sus disposiciones tienden a hacer operativas a las de la Convención de los derecho del niño y su aplicación debe ser conjunta. Por lo que las provincias deben adaptar sus realidades locales dictando normas que se complementen con la ley nro. 26.061 (Sabsay, 2008)

Esta Ley N° 26.061, de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes pretende garantizar el ejercicio y goce de la totalidad de los derechos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y los incorporados en tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional, de la totalidad de las niñas, niños y adolescentes que estén dentro de territorio de la República Argentina (Correira, 2015).

Además, como dice Assef, M (2014), esta norma que analizamos crea los organismos gubernamentales encargados de garantizar su cumplimiento, tales como: la Secretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia, el Consejo Federal y el Defensor del Niño. Y establece medidas de protección como becas, programas de fortalecimiento y apoyo familiar, asistencia médica, psicológica y todo aquello que sea necesario para promover el ejercicio de los

sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

derechos del niño. Incluso considera la posibilidad, aunque excepcional, de apartar al niño de su familia.

Esta Ley N°. 26.061 su art. 3¹² define el “interés superior” de la niña, niño o adolescente, entendiéndolo como “*la máxima, integral y simultanea satisfacción de los derechos y garantías reconocidos por la misma ley*” (Pagés Ll., 2015).

La misma norma en su art. 24¹³ consagra en derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta y lo extiende a todos los ámbitos en los que la niña, niño o adolescente se desenvuelve. Reforzando esto con el art. 27¹⁴ donde establece como garantías

¹² ART 3°- INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

¹³ ART 24. — DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

¹⁴ ART 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

mínimas del proceso el derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, entre otras (Crescente, 2008 y Assef, 2014)

Con todo esto podemos decir que la Ley Nro.26.061 constituye un escalón más en el lento pero firme proceso de reconocer a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

2.3 Código Civil y Comercial de la Nación

El Nuevo Código Unificado de la Nación, entrado en vigencia en agosto de 2015, innova al receptar la constitucionalización del derecho privado, tomando muy en cuenta los tratados internacionales, en especial los que legislan sobre derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque constitucional. De esta manera establece una comunidad de principios entre el derecho privado, la Constitución y el derecho público (Highton, 2015)

La primera modificación resulta ser la eliminación del término menores, reemplazándola por los términos, adolescente, que comprende a quienes se encuentran en la franja que abarca entre los trece y los dieciocho años de edad. Y niños y niñas, para aquellas personas que aún no han cumplido los trece años de edad (Sortino, 2015)

Este nuevo cuerpo normativo, recepta la democratización de la familia inscripta en los Tratados Internacionales, incorporando los principios generales que rigen la responsabilidad parental, los cuales son: 1) el interés superior del niño, 2) la autonomía progresiva y 3) el derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta (Cataldi, 2012)

Abrimos un paréntesis, para sintetizar a que nos referimos cuando hablamos de la democratización de la familia, basándonos en un trabajo realizado desde Unicef en el año 2005, podemos concluir que este término está asociado con el establecimiento de relaciones libres e igualitarias entre los miembros de una familia y de sistemas de autoridad flexibles basados en la especialización de cada miembro y de acuerdo a sus capacidades; teniendo en cuenta las posibilidades que cada persona tiene de desarrollarlas, más allá de que sea hombre o mujer, padre o madre. El objetivo principal es que cada miembro de la familia debe respetar las capacidades, habilidades de aprendizaje del resto de la familia y aumentar sus aptitudes. Para que estas prácticas democráticas dentro de la familia se conviertan en un estilo de vida es necesario un cambio cultural en los modelos de género, de autoridad y en la apreciación de los derechos de la infancia. La democratización de las relaciones familiares es un proceso de cambios en las pautas de convivencia, mediante la modificación de los patrones de desigualdad existentes y a través de la inclusión de todos los miembros de la familia en una dinámica más flexible, que incorpore las voces de la madre y de las hijas e hijos a la hora de tomar decisiones; lo cual posibilita el reconocimiento de los deseos y necesidades de cada miembro de la familia (Di Marco, Altschul, Brener y Méndez, 2015).

Volviendo al tema que nos compete; esta nueva normativa les reconoce a las niñas, niños y adolescentes, la posibilidad de contar con un abogado propio, la opción de demandar a sus padres por alimentos o exigirles que consideren su opinión en los regímenes de contacto, el derecho de ejercer la parentalidad sobre sus propios hijos y una mayor autonomía para decidir sobre su salud. A demás, este nuevo código, se separa del viejo régimen de menores incapaces/menores capaces establecido únicamente en función de la edad biológica, para introducir el concepto de capacidad progresiva, que implica un reconocimiento al grado de

madurez que puede tener un niño para tomar decisiones sobre determinadas cuestiones, más allá de su edad cronológica. Esta ampliación de derechos, tiene su base en principios anteriormente reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061, pero que hasta ahora no habían tenido lugar en nuestra legislación de fondo¹⁵.

El Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora explícitamente el derecho del niño a ser oído y el interés superior del niño al legislar el tema de la adopción, cuando en su art. 595 los ubica por encima de los derechos de los adultos involucrados, exigiendo que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y estableciendo como obligatorio el consentimiento del niño cuando haya cumplido los 10 años. En su art. 706 donde establece que en toda decisión dictada en un proceso que afecte a los niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior. Y en el art. 707 donde establece que las niñas, niños y adolescentes deben ser oídos en todos los procesos que los afecten. Y su opinión debe ser tenida en cuenta¹⁶.

Básicamente el eje central del nuevo Código Unificado es, la tutela del más vulnerable, cuyo fundamento constitucional es la igualdad, la igualdad real. Considerando a la persona concreta dentro de su propia realidad social, política, económica y cultural (Parrilli, 2015).

En apartados posteriores pormenorizaremos los aspectos más relevantes de esta reforma centrándonos más precisamente en el derecho del niño a ser oído.

¹⁵ Material extraído de un artículo periodístico publicado en el diario El Día; del día 19 de julio de 2015 y extraído de <http://www.eldia.com/informacion-general/a-partir-de-agosto-los-ninos-y-adolescentes-argentinos-gozaran-de-mayores-derechos-71048>

¹⁶ Material extraído de Cuadro explicativo de modificaciones publicado en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Compilado por Parada, R.A., Errecaborde, J.D. y Cañada, F.R. – 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

Conclusión

Como hemos podido ver a lo largo de este capítulo, desde que Argentina ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño; en el país se comenzó a recorrer el camino necesario para reconocer y hacer efectivo el cumplimiento de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, mediante la sanción de la legislación necesaria para erradicar definitivamente ese concepto de niño objeto y tomar y llevar a delante el paradigma del niño sujeto de derecho brindándoles las herramientas para que ellos puedan hacerse oír y para exigirles a los adultos que los escuchen y tengan en cuenta su opinión en cada situación y decisión que afecte a una niña, niño o adolescente que habite nuestro suelo Argentino.

Conocer esta legislación, sobre los derechos del niño, que rige en la actualidad, nos permite valorar la importancia del camino recorrido en este tema, y apreciar cual es el panorama jurídico dentro de nuestro país, en lo que respecta a derechos del niño. Con lo cual podemos concluir, que a nivel nacional, seguimos avanzando en esta tarea de reconocerles sus derechos a las niñas, niños y adolescentes, y de reconocerlos como verdaderos sujetos de derecho, protagonistas activos de su propia vida.

Aunque aún, y a pesar de todos los avances que ha experimentado nuestro sistema normativo, nos queda mucho camino por recorrer y mucho derecho por reconocer. Y nos reste que nuestra sociedad y más aún nuestro sistema de justicia aprendan a respetar, cumplir y llevar adelante toda esta normativa, para así lograr llevar a la vida real esta finalidad tuitiva de la normativa vigente.

Capítulo 3

La pauta de progresividad

Introducción

En el presente capítulo, nos vamos a detener en el estudio de la llamada autonomía progresiva, principio que fue incorporado en la Convención de los Derechos del Niño y más recientemente, también en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Este principio, es transversal a toda legislación que trate sobre derechos del niño, ya que les reconoce que a lo largo de su camino a la adultez van adquiriendo paulatinamente aptitudes y cualidades madurativas que les permiten ir logrando mayor independencia de sus progenitores o representantes.

Es por esto que resulta de gran importancia su desarrollo, ya que incluso va a ser un parámetro a la hora de interpretar y dar importancia a la opinión de la niña, niño o adolescente.

3.1 Autonomía Progresiva - Significado

El sistema de protección integral introducido por la Ley N° 26.061, no solo engloba la satisfacción y restitución, en su caso, de los derechos a través de la implementación de políticas públicas que garanticen y protejan dichos derechos, sino que además se refiere al modo de ejercerlos. Y es aquí donde comienza a tener relevancia el concepto de capacidad progresiva (Minyerski y Herrera , 2008)

Durante la infancia y la adolescencia, la capacidad fluctúa por ser una persona en estado de desarrollo, esta capacidad va progresando a lo largo de un proceso continuo en el que van adquiriendo mayor autonomía (Cataldi, 2012).

Siguiendo a Silvia Morcillo y Gioconda Torres (2015), decimos que desde la psicología, este proceso continuo se va dando en diferentes etapas:

- La del recién nacido, en la cual el niño aparenta necesitar la continua asistencia del adulto para sobrevivir; pero sin embargo es poseedor de numerosas capacidades, el niño en esta etapa puede alimentarse, dormir, llamar la atención, reaccionar a estímulos, y además es capaz de transmitir información mediante el llanto, las expresiones, la risa; aunque no es capaz de comunicarse con los demás ya que básicamente no sabe que existen. Entonces, las primeras reacciones del niño solo sirven para informar, reconocer y actuar sobre el entorno. Por lo cual es evidente que en esta primera etapa su capacidad de hecho para ejercer actos de la vida civil sería nula.

- Desde los dos y hasta los cuatro años aproximadamente aparece el lenguaje, esto se asocia con la capacidad de manejar símbolos o signos, ya no objetos que los representen.

- Citando a Piaget, las autoras llaman a esta siguiente etapa que culmina aproximadamente a los siete años, etapa de “inteligencia intuitiva”, en la cual el niño se inserta en el mundo de los adultos, y comienza a dominar el lenguaje, aunque a diferencia de los adultos posee un pensamiento egocéntrico, no diferencia cabalmente lo físico de lo psíquico, lo objetivo de lo subjetivo y posee un pensamiento concreto en el cual necesita la presencia del objeto. En esta etapa puede verse cierto grado de capacidad.

- Entre los siete y los doce años, el niño comienza a construir una lógica, aunque limitada a objetos presentes o situaciones que son de su conocimiento. Es por esto que en este estadio es cuando la capacidad aumenta considerablemente.

- En esta última etapa que abarca entre los once o doce años y los quince o dieciséis, el niño, ya adolescente para nuestro código, comienza a realizar operaciones de pensamiento científico; adquiere la capacidad de razonar sobre lo real y lo posible, de comprender y elaborar enunciados sobre cosas que no han sucedido, de evaluar las consecuencias de un hecho hipotético, incluso es capaz de razonar sobre situaciones problemáticas evaluando diferentes alternativas simultáneamente. Al poseer pensamiento abstracto y capacidad de simbolizar, al llegar al final de este periodo, el adolescente ya cuenta con los instrumentos y herramientas intelectuales propias del adulto de nuestra sociedad.

Ya conociendo el proceso de evolución por el que transitan las niñas, niños y adolescentes, estamos en condiciones de decir que, el principio de autonomía progresiva, es el reconocimiento de la adquisición gradual de aptitudes y cualidades madurativas de las niñas, niños y adolescentes (Herrera, N. S., 2015) con la finalidad de contribuir a su formación como adultos capaces conedores del ejercicio de sus derechos (Bermejo, s.f.).

Entendemos por autonomía progresiva al parámetro de equilibrio entre el reconocimiento del protagonismo de las niñas, niños y adolescentes en sus propias vidas, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y que se les brinde más autonomía para el ejercicio de sus derechos, sin que esto signifique que se los enfrente a responsabilidades propias de los adultos quitándoles la protección que necesitan por su inmadurez relativa (Herrera, 2015)

Teniendo ya establecido un concepto de autonomía progresiva, podemos decir que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, ya que permite reconocer, que a medida que las niñas, niños y adolescentes

desarrollan mayores competencias, adquieren mayor capacidad para asumir responsabilidades y protagonismo en sus propias vidas. (Herrera, 2015).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que para advertir este proceso de madurez en cada niña, niño o adolescente en particular, es necesaria la interdisciplina, ya que como hemos visto, en este proceso evolutivo inciden factores biológicos, psicológicos y sociales que a su vez varía según la edad, el grado de estímulos y el contexto social, cultural y económico en el que cada niño se desarrolle. Por todo esto, no es posible establecer reglas generales y rígidas debido a que no todos los niños dejan de ser niños de la misma manera y a la misma edad (Herrera, 2015).

Es válido también, tener en cuenta que representación, asistencia y cooperación son tres figuras graduales, que dependen del desarrollo alcanzado por la niña, niño o adolescente. Es así que, mientras la representación implica la sustitución total de la voluntad del niño, por lo que solo se aplica en los supuestos en los cuales el niño, niña o adolescente posea una mínima capacidad de autodeterminación. Cuando el niño, niña o adolescente evoluciona un poco más aparece la figura de la asistencia que constituye un acompañamiento que se justifica en la protección del niño, niña o adolescente en desarrollo. Y ya cuando el niño, niña o adolescente no demuestra incapacidad, da lugar a la cooperación, donde el niño, niña o adolescente adquiere un protagonismo real, con el respaldo necesario, ya que no pierde su estado de niño, niña o adolescente. En síntesis, a medida que el niño, niña o adolescente adquiere mayor autonomía, menor es la necesidad de participación de un tercero como representante en el ejercicio de sus derechos y deberes (Minyerski, y Herrera, 2008).

3.2 Recepción normativa del Principio de autonomía progresiva

Es la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 5¹⁷ la que introduce la noción de autonomía progresiva, al recordarles a los padres su derecho a impartir a sus hijos, “*en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Es a partir de las nociones de autonomía progresiva y evolución de las facultades a las que hacen referencia tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Ley N° 26.061, que se reconoce que los niños y adolescentes, van adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos, conforme a la evolución de sus facultades. Esto garantiza, prioriza y brinda especial protección a los derechos del niño conforme con el principio rector del interés superior establecido en el art. 3¹⁸ (Minyerski y Herrera, 2008).

Tanto la Convención de los Derechos del Niño, como la Ley N° 26.061 establecen una capacidad indeterminada, la cual está sujeta a la madurez de cada niño y adolescente y a su facultad de alcanzar un juicio propio, que rige para el ejercicio de todos los derechos establecidos en ambas normativas. Lo cual los habilita a ejercerlos y reclamarlos ante una posible violación

¹⁷ Art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

¹⁸ Art. 3:1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

sin la necesidad de haber cumplido una edad establecida de manera previa. Esto invirtió el principio de incapacidad establecido en el Código Civil de Vélez Sarfield, derogado recientemente, y de esta manera también se invirtió la carga probatoria, ya que todo acto de un niño o adolescente que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, realizado en ejercicio de un derecho personal se presume realizado con discernimiento, intención y libertad y quien alegue lo contrario deberá probarlo (Minyerski y Herrera, 2008).

El régimen del antiguo Código Civil se basaba en la rígida idea de que durante toda la niñez y adolescencia la persona era incapaz de hecho, desconociendo el proceso durante el cual estas personas iban adquiriendo diferentes capacidades que poco a poco le van permitiendo independizarse de los adultos responsables de su desarrollo (Morcillo, S. y Torres, G. 2015). Este sistema era válido para determinar la capacidad patrimonial y otorgaba seguridad jurídica a las partes contratantes. Pero no resultaba igual cuanto se trataba de otra clase de actos, como los de disposición de su propio cuerpo o de sus derechos personalísimos. Es por esto que el nuevo código incorporó el principio de capacidad progresiva, dotando a las niñas, niños y adolescentes de una capacidad diferenciada y brindándoles a estos últimos una mayor autonomía en cuanto a las decisiones personales e incluso reconociéndoles capacidad jurídica plena en algunos supuestos. De esta manera, el sistema establecido en el nuevo Código Civil y Comercial fortalece el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (Medina, 2012).

Silvina Basso (2015), cita a Herrera quien sintetiza los diferentes sistemas normativos que pueden darse con respecto a la capacidad progresiva de niñas, niño y adolescente, quien los distingue de la siguiente manera:

- a) Según estipulaciones fijas de edad determinada;
- b) Mediante normas flexibles en las que se eliminan los límites de edad basándose en una previa evaluación individual de cada niña, niño o adolescente en cada caso particular;
- c) Estableciendo límites de edad, pero con cierta flexibilización que permita la demostración del discernimiento o madurez en el caso concreto;
- d) Haciendo una diferenciación de acuerdo a los derechos involucrados, estableciendo la presunción de madurez para el común de los derechos y fijando con la edad un límite para aquellos derechos que puedan ser violados o desatendidos.

Siguiendo esta sistematización, se puede decir que el nuevo Código Civil y Comercial adopta un criterio mixto en materia de capacidad progresiva.

El nuevo Código Civil y Comercial incluye normativa que reconoce la autonomía progresiva de la niña, niño o adolescente de manera expresa y le reconoce sus aptitudes a medida que evoluciona y se desarrolla; siguiendo a Elena Highton (2015), podemos comenzar la enumeración de los artículos en cuestión, con el art.25¹⁹ en el cual se diferencia entre niño y adolescente, reconociendo que a los 13 años la persona ya cuenta con un grado de madurez superior que le permite hacer mayor uso de su autonomía. También hace referencia a la autonomía progresiva el art. 26²⁰ en el que se establece que si bien la persona menor de edad

¹⁹ ART. 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

²⁰ ART. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, aquella que cuente con edad y grado de madurez suficiente podrá ejercer por su cuenta aquellos actos que el ordenamiento jurídico le permita. A demás podemos mencionar el art.679²¹ que autoriza al menor que cuente con la edad y el grado de madurez suficiente a reclamar a sus progenitores por sus propios intereses.

Conclusión

Habiendo estudiado la autonomía progresiva, podemos concluir que no existe un parámetro fijo que pueda establecer a ciencia cierta y de manera generalizada, cuan capaz o autónoma puede ser una persona de acuerdo a su edad, sobremanera cuando se trata de una persona en pleno proceso de evolución y aprendizaje como es el caso de las niñas, niños y adolescentes.

De esta manera, el principio de autonomía progresiva constituye un eje rector en cuanto a derechos del niño se trata, que se convierte en un parámetro de equilibrio, en la gradual adquisición de independencia de las niñas, niños y adolescentes, permitiéndoles adquirir

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

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

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

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

²¹ ART. 679.- Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

paulatinamente y conforme a su desarrollo mayores capacidades, sin que esto signifique empujarlos a la vida adulta.

Su importancia se ha visto también reflejada en el contenido del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya que atraviesa todo su articulado como parámetro para otorgarle al niño mayor capacidad que la que le reconocía el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield y evaluar el valor de la opinión del niño en cada caso.

A modo de cierre, podemos concluir que, a pesar de que nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establece un límite fijo, basado en la edad cronológica, que demarca la finalización de la niñez y el ingreso a la vida adulta con todo lo que ello implica, también es cierto que incorpora de manera transversal, el principio de autonomía progresiva ya reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, lo cual implica un reconocimiento al grado de madurez que puede tener un niño para tomar decisiones sobre determinadas cuestiones, más allá de su edad cronológica.

En definitiva, podemos advertir que el Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora en su articulado las Convenciones de Derechos Humanos y da nueva forma a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, reconociendo sus aptitudes en función de la edad, criterio y grado de madurez que su persona va adquiriendo.

Capítulo 4

El Derecho del Niño a ser Oído

Introducción

Escuchar al niño, es amparar su derecho de expresar libremente su opinión en todo asunto que lo afecte y que la misma sea tomada en cuenta.

Como hemos venido viendo a lo largo del presente trabajo, el derecho del niño a ser oído es la bisagra que marcó el fin de la concepción del niño objeto de derecho para dar lugar a la nueva teoría del niño sujeto de derecho. Esta característica entre otras ha llevado al Comité de los Derechos del Niño a considerarlo como uno de los cuatro principios generales de la Convención de los Derechos del Niño, y llevarlo a la práctica aparece como la mejor manera de desentrañar el verdadero interés superior del niño, cuya protección es el fin último de toda la legislación sancionada desde la Convención a esta parte; es por ello que hemos elegido el derecho del niño a ser oído como eje temático del presente trabajo.

Y en este próximo capítulo vamos a analizar el derecho del niño a ser oído tal como fue establecido en la Convención de los Derechos del Niño y luego tomado por la legislación nacional, tanto en la Ley N° 26.061 como en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. A fin de desentrañar su verdadero significado, y la manera concreta de llevarlo a la práctica.

4.1-El art.12 de la Convención de los derechos del niño según la Observación General N° 12

Para comenzar vamos a transcribir el art 12 de la Convención de los Derechos del Niño en el cual se consagra el derecho del niño a ser oído:

Art. 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de

un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.”

Para desentrañar el significado de la letra de la ley hemos recurrido a la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

1. Garantizaran: esto significa que los Estados parte tienen la estricta obligación de tomar las medidas que sean necesarias a fin de hacer efectivo el derecho del niño de expresar libremente su opinión y asegurar que existan los mecanismos adecuados para obtener esa opinión y tenerla en cuenta a la hora de tomar una decisión que lo involucre.

2. Que esté en condiciones de formarse un juicio propio: este enunciado, no debe tomarse como una limitación para el ejercicio del derecho a ser oído, sino que se debe interpretar como una obligación que asumen los Estados parte de permitir la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en cada caso particular, lo que supone que los Estados parte dan por supuesta la capacidad del niño de generar y expresar opiniones propias, por lo que no es tarea del niño probarla. Como hemos visto en el capítulo 3 del presente trabajo, está demostrado que el niño desde edades muy tempranas es capaz de formarse opiniones propias, por lo que el artículo en análisis exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación como la expresión, los juegos y dibujos mediante los cuales el niño puede expresarse. Esto implica que la letra del Art. 12 no establece límite de edad alguno para que los niños deban ser oídos y desalienta a los Estados a establecerlos, debiendo tomar todas las medidas necesarias para que el niño sea oído asegurando su plena protección.

3. El derecho de expresar su opinión libremente: al término libremente lo podemos analizar desde dos significaciones diferentes; por un lado, el niño tiene la facultad de decidir si quiere o no ejercer su derecho a ser oído. Y por otro lado, el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones, es decir que no puede ser manipulado ni estar indebidamente presionado o influenciado.

4. En todos los asuntos que afectan al niño: en la práctica esto implica que los Estados parte deben tomar en consideración las opiniones del niño incluso en temas sociales siempre que su opinión colabore con mejorar la calidad de las soluciones.

5. Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y grado de madurez: a este tema también lo hemos abordado en detalle a lo largo del capítulo 3 del presente trabajo, por lo cual solo vamos a decir que con estos términos, el artículo 12 deja claro que la opinión del niño no debe evaluarse de acuerdo a su edad cronológica ya que sus niveles de comprensión no están necesariamente ligados a la misma, por lo cual debe evaluarse en cada caso particular. Y con respecto a la madurez, se refiere a la capacidad del niño de evaluar y comprender determinado asunto. Lo cual suma responsabilidad al Estado ya que mientras mayor sea el efecto del resultado en la vida del niño más esencial va a ser la correcta evaluación de su madurez.

6. Ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño: esto significa que el niño tiene derecho a ser escuchado tanto en los procedimientos iniciados por él, como en los iniciados por otras personas y que lo afecten. Incluso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, anulara de oficio todo fallo en el cual el tribunal de alzada no haya dado cumplimiento a esta exigencia legal.

7. Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado: al respecto, el Comité de los Derechos del Niño aconseja que se le otorgue al niño la posibilidad de ser escuchado directamente, en la medida de lo posible. De no ser así, el representante deberá representar los verdaderos intereses del niño y no los de otras personas, instituciones u órganos. Esta cuestión ha sido subsanada a nivel nacional con la Ley N° 26061 donde se establece la obligatoriedad de la escucha directa del niño por parte del juez.

Como hemos dicho al comenzar este apartado, el mismo ha sido elaborado siguiendo específicamente la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Básicamente, el art.12 de la Convención de los Derechos de Niño, en su primer párrafo establece el derecho del niño a expresar su opinión de forma libre en todos aquellos asuntos que lo afecten; y en el segundo párrafo, lo hace extensivo a todo procedimiento judicial o administrativo en los que estén en juego sus derechos o intereses (Ludueña, 2002).

4.2- Análisis del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño

Con la sanción del art.12 de la Convención de los derechos del niño, en el año 1989, se da por primera vez en la historia, que un instrumento internacional de derechos humanos hace ostensible la autonomía del niño y el peso que puede y debe tener su opinión en las decisiones que afecten su vida (Gutiérrez Ayesta, 2000).

El derecho del niño a ser oído, forma parte del conjunto de libertades fundamentales del niño, y por las que, se puede decir, se le reconocen derechos civiles similares a los que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² reconoce a los adultos (Ludueña, 2002).

Como habíamos dicho anteriormente, el art.12 de la Convención, en su primer párrafo establece el derecho del niño a expresar su opinión de forma libre en todos aquellos asuntos que lo afecten; y en el segundo párrafo, lo hace extensivo a todo procedimiento judicial o administrativo en los que estén en juego sus derechos o intereses. Esta libertad de expresión, es una exteriorización de la libertad de pensamiento, que solo aparece cuando el pensamiento se expresa, y el niño no puede ni debe quedar fuera de la protección de este derecho constitucional (Ludueña, 2002).

El derecho del niño a ser oído, concreta esta concepción del niño como verdadero sujeto de derecho, este derecho viene a ser el eje rector en cuanto a derechos del niño se trata y va mucho más allá de una mera ampliación de la capacidad procesal instalándose como la base de un conjunto de derechos elementales para que las niñas, niños y adolescentes logren su pleno desarrollo (Minyershi, y Herrera, 2008)

En la Observación General N° 12, el Comité de los Derechos del niño, señaló que el art. 12 de la Convención, es uno de los cuatro principios generales de la Convención de los Derechos del Niño, lo cual destaca que este derecho, no es solamente un derecho en sí mismo, sino que además debe ser tenido en cuenta para interpretar y hacer respetar el resto de los derechos consagrados en la misma Convención.

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entrado en vigencia el 23 de Marzo de 1976

Escuchar al niño, es preservar su derecho de expresar libremente su opinión en toda cuestión que lo afecte y que la misma sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, lo cual deberá ser valorado por el juez. Esto surge el inc. 1ro del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Ludueña, 2012)

La importancia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver, conozca a la niña, niño o adolescente sin importar su edad y que entre el niño y el juez no deban existir intermediarios. No menos importante es destacar, que lo que debemos oír del niño, es su propio juicio, su propia opinión sobre lo que es bueno y lo que es malo, conveniente o inconveniente, y hará esto de acuerdo a su modo particular de entender las cosas (Assef, 2014)

De igual manera, el niño no se encuentra obligado a ejercer su derecho a ser oído, si no que para él representa una opción, es decir que la niña, niño o adolescente, tiene derecho también a no ejercerlo (Observación General N° 12).

La norma apunta a que ni bien la niña, niño o adolescente cuente con edad suficiente para asumir una opinión propia, tiene derecho a expresarla, en relación a todas las decisiones que lo afecten, y a que todos los adultos, están obligados a tenerla en cuenta, y el Estado debe garantizar que esto funcione de esta manera, sobre todo dentro de los procesos judiciales (Higton, 2015).

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, constituye una disposición muy amplia y otorga el derecho a ser oído a todo niño, niña o adolescente con capacidad de entender y de diferenciar lo que está bien de lo que está mal; es decir que no basta que sepa expresarse si no que debe entender el asunto del que se trate (Kemelmajer de Carlucci. 1994)

Esto tiene tal importancia, que la Corte Suprema de Justicia anula de oficio el fallo, si el tribunal de alzada no dio cumplimiento a la exigencia legal de oír al niño. La gravedad de la sanción es la manifestación del sentido netamente tuitivo que caracteriza toda legislación que refiere a derechos del niño (Ludueña, 2012)

Esto así, ya que según destaco la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño del año 2009, resalto que no es posible una correcta aplicación del interés

superior del niño si no se respetan los componentes del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Herrera, 2015)

Entonces tenemos que, escuchar a la niña, niño o adolescente es proteger su derecho a opinar libremente en todo asunto que lo afecte cualquiera sea su edad biológica, y que esta opinión sea tenida en cuenta y valorada por el juez ya si en función de su edad y grado de madurez (Ludueña, 2002).

El método de escucha varia conforme a la edad y grado de madurez de cada niño, pero siempre es posible escucharlo valiéndonos de las ciencias auxiliares, ya que además de expresarse con palabras, un niño se expresa mediante dibujos, juegos, síntomas y reacciones (Assef, 2014)

Finalmente cabe aclarar, que oír al niño no implica consentir incondicionalmente sus deseos. O sea que, su palabra no conforma la decisión misma; si no que será el juez quien, teniendo en cuenta el interés superior del niño, quien decidirá (Ludueña, 2012)

4.3- Recepción a nivel nacional

La ley N° 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a lo largo de su articulado se ocupa de este principio estructurante de este sistema de protección integral que define al niño como sujeto de derecho, que es el derecho del niño a ser oído. Así, la voz del niño pasa a ser el eje para desentrañar de su verdadero interés superior, amén de que fuera contraria a la opinión de los adultos, y en el peor de los casos esto servirá para que el niño sea participe de sus propios ensayo y error, sirviendo esto para que el niño tome conciencia del efecto negativo que puedan acarrear sus decisiones (Minyerski, y Herrera, 2008)

Como decíamos, la ley N° 26.061 contiene varios artículos referentes al derecho del niño a ser oído, para mencionarlos vamos a seguir a Mauricio Mizrahi (2008), estos artículos son: 1) el art. 2²³ que decreta que; *“Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y*

²³ ART. 2º: APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.”. 2) el art. 3, inc. b el cual establece la obligación de *respetar “El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”*. 3) el art. 24, inc. a, que establece el derecho de las niñas, niños y adolescentes a *“Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés”*; y su inc. b que insta que también gozaran del derecho a *“Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”*. Incluso este derecho alcanza a todos los ámbitos donde la niña, niño o adolescente se desenvuelve. 4) el art. 27, inc. a, que precisa que el niño cuenta con el derecho *“A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”*. Y por último el art. 41²⁴, inc. a, que al hablar de la aplicación de las medidas excepcionales de protección que puede tomar los órganos competentes, establece la obligación de que se aplicaran *“en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”*.

Todo esto, teniendo en cuenta que la ley N°26.061, al igual que la Convención de los Derechos del Niño, no fija ninguna restricción para que el niño sea oído; esto es así porque cuando el art. 24 inc. b, de esta ley nacional hace referencia a la madurez y desarrollo, lo hace solo para regular la relevancia de su opinión, por lo cual el Juez está obligado a escuchar a la niña, niño o adolescente en todos los casos (Mizrahi, 2008)

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

²⁴ ART 41. APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;
- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;
- f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo

La ley N° 26.061 es sustancial al ponerle fin al riesgo que presentaba el art. 12 de la Convención, que para una parte de la doctrina, brindaba la posibilidad de que las niñas, niños y adolescentes fueran escuchados a través de sus representantes y no de manera directa. Esta ley nacional de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes contribuye en alcanzar la estructura familiar democrática, con determinados derechos y obligaciones, y sin perder de vista la participación activa de los niños, a tono con su evolución y madurez (Minyerski y Herrera, 2008)

Como ya hemos venido viendo a lo largo del presente trabajo, el actual Código Civil y Comercial de la Nación innova en esta materia ya que contempla el derecho del niño a ser oído en su articulado, por lo cual vamos a ir analizando cada uno de ellos desde la óptica de diversos autores a fin de conocer las modificaciones que se han realizado en esta materia. Así encontramos los artículos:

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

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

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

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

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

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

El presente artículo, tiene diversas concordancias con el antiguo Código Civil, aunque no nos detendremos en ellas a fin de no prolongar innecesariamente el presente apartado, ya que se refiere mayoritariamente al principio de autonomía progresiva que ya hemos analizado anteriormente. Lo que si vamos a decir es que este artículo corona el cambio de paradigma sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ya que como decíamos, las bases de la norma, se sientan en el principio de capacidad progresiva del niño, la predominancia de su interés superior y el reconocimiento de su derecho a ser oído y de participar en las decisiones que lo afecten (Bueres, 2014).

A demás, con respecto al tema que nos ocupa, este artículo guarda relación con el art. 639 referido a la responsabilidad parental, el cual analizaremos más adelante, que también establece el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, receptando también el principio de autonomía progresiva. De todas maneras, la modificación importante que introduce este artículo es la figura del adolescente y la noción de capacidad progresiva (Cobas, 2014)

Art. 113: *“Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:*

- a) oír previamente al niño, niña o adolescente;*
- b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;*
- c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.”*

El presente artículo no cuenta con antecedentes en el Código Civil de Vélez Sarfield, por lo que resulta innovador en su totalidad. Este art. 113 establece que ante cualquier decisión que involucre al niño, el juez tiene la obligación de oírlo, cualquiera fuere la edad del niño, siempre que esté en condiciones de comunicarse, y cuando se trata de una adopción, si el niño cuenta con la edad mínima de 10 años, no solo debe oírlo sino que además debe pedir su consentimiento. En el resto de los casos, si bien deberá tenerlo en cuenta, esto no significa que está obligado a cumplir con su pedido, sino que en cada caso concreto, el magistrado deber tener

en cuenta la edad y el grado de madurez del niño en cuestión a la hora de tomar una decisión (Bueres, 2014)

En este art. 113 se incorpora el principio de capacidad progresiva del art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto establece que todo niño debe ser oído según su edad y grado de madurez. Esta norma, toma el derecho del niño a ser oído como el reconocimiento legal de que todo niño participe y exprese libremente su opinión en todo asunto que lo involucre y en cualquier ámbito en el que se desenvuelva y el juez debe tenerlo en cuenta para el discernimiento de la tutela y para cualquier decisión que involucre al niño (Burundarena, 2014).

Art. 117: “Ejercicio. Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.”

Esta norma, encuentra concordancia en los arts. 380²⁵ y 411²⁶ del anterior Código Civil, referentes al ejercicio de la tutela, pero mientras en la legislación anterior el tutor era el representante legítimo del niño en todos los actos civiles, actuando en su nombre y sin su participación e incluso prescindiendo de su opinión, la normativa actual establece que la función principal de tutor es la de representar legalmente al niño, pero reconociéndole su derecho a ser oído y sus capacidades progresivas, de esta manera la nueva norma ratifica el paradigma que garantiza al niño su derecho a participar en todos aquellos asuntos que lo involucran (Bueres, 2014).

Este art. 117, crea un dialogo entre el tutor y el niño para todas las cuestiones de la vida cotidiana incentivando la reflexión conjunta. De esta manera crea entre el tutor y la niña, niño o adolescente, un nueva forma de vincularse ya que repara en la escucha del niño. (Burundarena, 2014)

Art. 595: “Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

²⁵ Art. 380. El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles.

²⁶ 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.

a) el interés superior del niño;

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.”

El presente artículo no cuenta con concordancias en el antiguo Código Civil. Por lo cual normativamente son completamente nuevos los principios que rigen la adopción que aquí se enumeran y entre ellos encontramos en derecho del niño a ser oído e incluso a tomar como obligatorio su consentimiento una vez cumplido los diez años de edad. (Bueres, 2014)

Si bien esta norma tiene mucho para analizar, nos vamos a detener a lo que refiere al derecho del niño a ser oído en lo que a su adopción se refiere. En este ámbito podemos encontrar dos cuestiones; por un lado el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, dentro del cual encontramos el derecho a ser oído en sentido estricto, o sea la escucha del pretense adoptado durante su proceso de adopción y cuya opinión será tomada en cuenta según su edad y grado de madurez y el de intervenir en el proceso en calidad de parte. Y por otro, la necesidad del consentimiento de su propia adopción cuando el pretense adoptado alcance los diez años de edad (Herrera, 2015)

Art. 598: *“Pluralidad de adoptados. Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente. La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con*

su edad y grado de madurez. Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí”.

Este art. 598, encuentra sus orígenes en los arts. 313²⁷ y 314²⁸ del Código Civil de Veles Sarfield, por lo cual no resulta del todo innovador, ya que en la legislación anterior también establecía la obligación del juez de oír a los hijos biológicos del adoptante, si estos existiesen, lo que incorpora en este aspecto es la obligación de que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, adhiriendo así al principio de autonomía progresiva ya desarrollado con anterioridad en el presente trabajo (Bueres, 2014).

Art. 617: *“Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:*

a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;

b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;

c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;

d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;

e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado”.

El presente artículo encuentra su antecedente en el art. 321²⁹ del Código anterior, en el cual el adoptado también tenía el derecho a ser oído por el juez. Lo que ha modificado la

²⁷ Art. 313. Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente.

Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

²⁸ Art. 314. La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez o el Tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere.

²⁹ Art. 321. En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

a) La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;

b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;

c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;

normativa hoy en vigencia es que le concede al adoptado la calidad de parte en su propio proceso de adopción permitiéndole comparecer con asistencia letrada en caso de contar con la edad y el grado de madurez suficiente, y el magistrado además de oírlo debe valorar su opinión de acuerdo a su edad y grado de madurez e incorpora la necesidad de contar con el consentimiento del pretense adoptado alcance la edad de diez años (Bueres, 2014).

El otorgarle carácter de parte en su proceso de adopción, es un modo peculiar de hacer efectiva la realización del principio de autonomía progresiva sostenida a lo largo de todo el Código Civil y Comercial de la Nación, que requiere garantizar el derecho del niño a ser oído en toda cuestión que lo involucre, en este caso su propio juicio de adopción (Herrera, 2015)

Art. 635: *“Nulidad relativa. Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:*

a) la edad mínima del adoptante;

b) vicios del consentimiento;

c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado”.

La presente norma concuerda con el art. 337³⁰ del Código Civil derogado, y si bien mantiene las causales de nulidad en materia de adopción, incorpora también como causal, la violación del derecho del niño a ser oído (Bueres, 2014).

d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;

f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes;

g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;

h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;

i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

³⁰ Art. 337. Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código:

1º; Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

a) La edad del adoptado;

b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

De acuerdo con las normas internacionales, este Código Civil y Comercial Unificado, recepta la calidad de sujeto de derecho de las niñas, niños y adolescentes en lo que refiere a la titularidad de sus derechos y desde el fomento del ejercicio personal de los mismos. Así, se configuran en este artículo algunos parámetros generales de este Código, relacionados con el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Herrera, 2015)

Art. 639: *“Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:*

a) el interés superior del niño;

b) 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;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Este artículo no cuenta con una norma similar en el Código anterior, en el mismo se receptan los principios que rigen la responsabilidad parental ya establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, es por esto que la interpretación de las normas y de las diferentes situaciones de hecho deben ser resueltas resguardando estos principios (Bueres, 2014).

El derecho del niño a ser oído posee un rol elemental en el régimen de responsabilidad parental; es un derecho personalísimo, que se erige como garantía de su condición de sujeto de derecho, y por consiguiente, la voz del niño no puede ser reemplazada por la de sus progenitores o por la de sus representantes legales (Herrera, 2015)

Art. 646: *Enumeración: Son deberes de los progenitores:*

c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres;

d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges;

e) la adopción de descendientes;

f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

2º; Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a:

a) La edad mínima del adoptante;

b) Vicios del consentimiento.

a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;

b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;

c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;

d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;

e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;

f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

Este artículo concuerda con el art. 265³¹ del Código Civil ahora derogado, esta norma imponía a los padres, el deber de cuidar, criar, alimentar y educar a sus hijos, de acuerdo a su condición y fortuna, hasta los 21 años de edad, a no ser que se demostrara que el hijo contaba con recursos suficientes. El art. 646 del Código Civil y Comercial Unificado que rige en la actualidad, a estos deberes básicos le suma el deber de vivir con él. Y como una verdadera innovación, le impone el deber de tener en cuenta las necesidades específicas de su hijo, de participar en su proceso educativo y lo que más importa al presente trabajo le incorpora la obligación de respetar el derecho del niño a ser oído, entre otros. Esta ampliación de los deberes de los padres, tiene como finalidad, dotar a la niña, niño o adolescente, de una mayor y más

³¹ Art. 265. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. (Párrafo incorporado art. 3° de la Ley N° 26.579 B.O. 22/12/2009)

efectiva protección, reconociéndolo como un sujeto de derechos individual y no como objeto de tales deberes (Bueres, 2014).

Art. 707: “Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Para comenzar con el análisis de este artículo decimos que en el código anterior no encontramos concordancias ni normativa similar, por lo que estaríamos frente a una verdadera innovación. A la luz del principio que reconoce a los niños como sujetos del derecho, esta norma les reconoce expresamente el derecho a ser oídos en todo proceso en el que se encuentren involucrados, haciendo operativas las normas de las convenciones internacionales que así lo contemplan. Y el valor que se le dé a su opinión dependerá de su grado de discernimiento y de la cuestión debatida (Bueres, 2014).

No basta con oír al niño, sino que es preciso escucharlo. Escuchar su opinión equivale a reconocerlo como sujeto de derecho y no como objeto de protección. Este derecho a ser oído se encuentra dentro del marco del derecho a participar, esto es, la obligación de tener en cuenta su opinión al momento de tomar una decisión que lo involucre, es decir, tener en cuenta su voluntad real. Este Código pone fin a las diferencias de opiniones enrolándose en una tesis amplia según la cual todo niño, niña o adolescente debe ser escuchado personalmente por el juez (Herrera, 2015)

Como podemos ver, el derecho del niño a ser oído atraviesa todo el Código Civil y Comercial Unificado de la Nación, rezeptando indudablemente el modelo de participación del niño que exige la Convención de los Derechos del Niño (Burundarena, A., 2014)

Conclusión

La posibilidad de expresarse y ser escuchado constituyen el respeto hacia la persona y colaboran con el desarrollo de su personalidad. Ahora, en el niño, este desarrollo intelectual y emocional están en pleno crecimiento y son varios los elementos que aportan a esa evolución. En este sentido, oírlos colabora con este proceso y aporta una mirada global de los asuntos que lo puedan afectar, colaborando a que en la toma de decisiones que ofrezcan una solución más adecuada y sobre bases fácticas auténticas.

A lo largo de este capítulo hemos podido dilucidar el significado y alcance del derecho del niño a ser oído no solo en la Convención de los Derechos del Niño, sino también la importancia y extensión que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación le ha reconocido a este derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes, dándole voz a los niños a lo largo de todo el articulado y rezeptando el principio de autonomía progresiva a la hora de darle valor a la opinión del niño.

Luego de todo lo visto, podemos concluir, que el Código Civil y Comercial de la Nación, si bien representa un gran avance de la legislación nacional, en lo que refiere a derechos del niño, no resulta del todo innovador, ya que se limita a rezeptar principios que ya estaban establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061

Capítulo 5

Intervención procesal del niño

Introducción

Ya hemos tenido la oportunidad de conocer cómo se ha dado el reconocimiento normativo de los derechos del niño a lo largo de la historia. También hemos analizado la normativa vigente en esta materia. Y hemos podido comprender que significa el principio de autonomía progresiva. Todo esto resulto necesario para llegar puntualmente a estudiar el derecho del niño a ser oído, el cual como hemos visto ha sido ampliamente receptado por nuestro Código Civil y Comercial.

Ahora bien, ya conociendo el significado y alcance normativo del derecho del niño a ser oído, resulta necesario estudiar cómo la legislación vigente, ha establecido que este derecho sea llevado a la práctica, de manera que se respete la libre opinión del niño y sin que su ejercicio o sobrevaloración resulten perjudicial para la niña, niño o adolescente que lo ejerza. Para lo cual, en el presente capítulo vamos a profundizar sobre la intervención procesal del menor, los principios que la rigen, el rol del abogado del niño y sobre la manera en la que esta escucha de la niña, niño o adolescente debe llevarse adelante.

5.1 Intervención procesal del niño

La falta de participación del niño en los procesos en los cuales se encuentren comprometidos sus intereses y las dificultades que encuentra para acceder a la justicia son cuestiones de antaño. Es probable que esto sea así por la etimología misma de la palabra infante, que precisamente alude a aquel que no habla, por ser demasiado joven, porque sus padres son quienes hablan en su lugar y lo representan (Kemelmajer de Carlucci, 1994)

La facultad de expresarse y la escucha, forman parte del respeto hacia la persona y colabora con el pleno desarrollo de su personalidad, ahora bien, el desarrollo intelectual y emocional de los niños, está en pleno crecimiento y evoluciona de manera progresiva de la mano de varios factores que contribuyen a dicha evolución. Entonces, oírlos permite colaborar con ese proceso y obtener un panorama integral de las cuestiones que pueden afectarlo, llevándonos a encontrar soluciones más convenientes fundadas en cuestiones fácticas legítimas (Aseff, 2014).

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, establece que el niño debe ser escuchado directamente o a través de un representante u órgano apropiado, el problema que se plantea es en la conjunción disyuntiva “o” que implica que sería indistinto que el niño sea oído directa o indirectamente, lo cual no coincide con el espíritu de la Convención, ya que no debe confundirse el derecho del niño a ser oído con el derecho a tener un representante, del cual también es titular, y el cual no suple ni subsana el contacto personal y directo con el niño (Ludueña, 2002).

Dentro de nuestro sistema normativo, esta ambigüedad planteada por el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, se encuentre subsanada por el art. 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, donde se establecen las garantías mínimas del proceso. Vamos a transcribir la mencionada norma de manera completa dada su importancia para el desarrollo del presente capítulo:

Art. 27: “Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los

Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Como hemos visto anteriormente, el inc. a del art. 27 de la Ley 26.061, establece dentro de los derechos y garantías que asisten a la niña, niño o adolescente, se encuentra el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que el niño lo solicite, por lo cual, en caso de mediar requerimiento formal, el Juez se verá en la obligación a tomar contacto directo con el niño en cuestión, so pena de provocar la nulidad de todo lo actuado. A pesar de que el Juez está obligado a tomar contacto directo con la niña, niño o adolescente, esto no quita que el tribunal además, cuenta con la facultad de oír al niño de manera indirecta, esto sería mediante organismos auxiliares como psicólogos, pediatras, asistentes sociales, etc., reiteramos, sin que esto sustituya el contacto directo entre el juez y el niño de que se trate (Mizrahi, 2008).

Esta exigencia de que el Juez tome contacto personal y directo, es decir de que oiga al menor, es una garantía elemental que emana de su consideración como sujeto de derecho; y ningún Juez puede tomar una decisión que afecte al niño sin haberlo escuchado previamente. Esta exigencia, va más allá del fuero donde se tramite la causa, ya que limitarlo al fuero de menores, por ejemplo, los pondría en una situación de desigualdad, más aún cuando el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño no establece distinción alguna. Sin olvidar que en estos asuntos debe prevalecer la finalidad protectora perseguida por el legislador (S/D 2002).

Esta obligatoriedad de contacto directo entre el Juez y el niño, no debe frustrar la finalidad protectora de la norma, por lo cual puede resultar que en algún caso particular sea imposible de llevar a cabo la mentada audiencia, ya sea por la excesiva onerosidad que la misma implique, por resultar inconveniente por la situación personal del menor, situación que deberá valorar el Juez, sin que la audiencia indirecta se convierta en regla y termine empañando la verdadera finalidad de la misma (Kemelmajer de Carlucci, 1994)

A demás de esto, la Ley de Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, no establece ningún tipo de restricción para que la niña, niño o adolescente sea oído en el proceso, ya que la madurez y desarrollo a la que se refiere el inc. b del art. 24 de dicha ley solo aplica a los fines de regular el alcance de su opinión, pero de ningún modo constituye un requisito excluyente para que la niña, niño o adolescente sea oído, ya que bien expresa la mencionada norma, “*que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo*”, por lo cual el Juez se encuentra obligado a escuchar al niño en todos los casos. Incluso, antes de la sanción de la Ley N° 26.061, importantes tribunales de nuestro país, como la Suprema Corte de Buenos aires, adoptaron una postura firme en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del niño; entendiendo incluso que

corresponde la nulidad de oficio de aquellas sentencias en las cuales el tribunal no ha dado cumplimiento del requisito de oír al niño, más allá de su edad. Es decir entonces, que más allá de la edad cronológica de la niña, niño o adolescente en cuestión, la única manera que tiene el Juez de protegerlo es viéndolo, conociéndolo, escuchándolo, ya que según entendió este tribunal, el Asesor de Incapaces no reemplaza, ni subsana, la omisión del contacto personal entre el Juez y el niño. En contrario a la opinión de este tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendía que escuchando al representante legal del niño se estaba escuchando al propio niño, dando por cumplido de esta manera el derecho del niño a ser oído (Mizrahi, 2008).

La posibilidad de ser parte en un proceso, es la consecuencia del reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y de la necesidad de defender estos derechos de los que es titular ante la justicia. Esto, es distinto a la capacidad procesal, a la cual Palacio define como la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos, según el autor citado la capacidad procesal equivale a la capacidad de hecho ya que supone aptitud legal para ejercer los derechos y cargas consustanciales a la calidad de parte (Basso, 2015)

La ley 26.061 le da al niño la categoría procesal de un adulto, diferenciando y privilegiando su condición de persona en desarrollo. Al respecto de esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el pleno ejercicio del derecho de defensa, exige que el litigante sea oído, para lo cual debe estar en condiciones de ejercer sus derechos, y en el caso de la niñez es menester compensar la desigualdad potenciando la garantía del más débil, garantizando la igualdad material, recurriendo, de ser necesario, al art. 75 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional³² (Morcillo y Torres, 2015)

³²CN Art.75: Corresponde al Congreso. inc. 23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

El mencionado art. 27, en su inc. d garantiza al niño su derecho a participar en todo el procedimiento de manera activa, lo cual significa que puede intervenir sin limitaciones en la causa, para lo cual sería necesario que revista la calidad de parte en el proceso, con el consecuente derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso incluso una formula diferente o contraria a la de sus progenitores, ofrecer pruebas y realizar las demás actuaciones pertinentes al proceso; incluso cuenta con el derecho de apelar ante un superior, lo cual le asegura al niño el mecanismo de la doble instancia. Igualmente, debemos tener en cuenta que de ninguna manera se apunta a la imposición de la voluntad del niño de manera arbitraria por lo cual su intervención debe responder a los fines del proceso, para lo cual tanto la participación del niño, como la de su abogado representante si bien debe ser activa, también debe ser prudente (Mizrahi, 2008).

Con respecto a la influencia de la pretensión del niño en el proceso, sobre la sentencia que decide el juez, entendemos que debe ser igual a la de cualquier adulto que se encuentre en situación de litigio, ya que ejercer un derecho implica que su titular tiene la responsabilidad de asumir las consecuencias que dicho ejercicio acarrea. Esto sin perjuicio de la obligación que pesa sobre el juez, de tener que fundamentar porque se apartó de la opinión del niño, en caso de que esto haya sido así (Morcillo y Torres, 2015).

Para ser más precisos, la fundamentación debe explicar con exactitud todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que hayan sido tomados en cuenta para evaluar su interés superior, su contenido y la manera en la que han sido valorados para

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

determinar el interés superior del niño, el magistrado deberá exponer claramente la razón por la cual ha tomado determinada resolución y si por algún motivo excepcional la decisión asumida no atiende a primera vista el interés superior del niño, debe detallar explícitamente todas las consideraciones relacionadas con el caso y debe explicar los motivos que tuvieron más peso para así demostrar que el verdadero interés superior del niño si tuvo una consideración primordial. Apoyando esta moción la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *“cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito”* (Pages, 2015)

Al respecto de esto Aida Kemelmajer de Carlucci (1994) ha sido muy clara al decir y aclarar que oír al menor no implica aceptar su deseo incondicional mente, su palabra no se convierte en sentencia; si no que el juez es quien va a resolver priorizando el interés superior del niño, y para tomar esta decisión tendrá en cuenta los argumentos del niño, lo que no significa atenerse a ellos.

Este derecho del niño a participar en el proceso, también lo encontramos de manera explícita dentro del Capítulo de las Disposiciones generales en el Título de los Procesos de familia del actual Código Civil y Comercial de la Nación, que dentro de su articulado expresa que la niña, niño a adolescente, siempre que cuente con autorización judicial y abogado propio puede iniciar acción civil contra un tercero aun con la oposición de sus progenitores, y en el caso de que el proceso fuese en contra de sus representantes legales, está autorizado a reclamar incluso sin la previa autorización judicial, siempre que cuente con abogado propio y criterio suficiente. Y será en Juez quien al momento de tomar una decisión quien va a apreciar los argumentos y motivos de quien se oponga así como también la madurez y el criterio de la niña,

niño o adolescente. Cabe aclarar que siempre es necesaria la intervención del Ministerio Público de Menores. Todo esto surge de los arts. 707³³, que trata sobre la participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niñas, niños y adolescentes; del art. 678³⁴, que habla de lo que ocurre cuando los progenitores se oponen a que el menor reclame a un tercero y del art. 679³⁵ que trata del juicio del menor a sus progenitores.

Si bien nuestro Código Civil y Comercial es bastante amplio y casuístico a la hora de dar participación en el proceso a las niñas, niños y adolescentes, esto no implica que por cualquier motivo un niño pueda acudir por sí solo a un tribunal, sino que habrá que estarse al caso concreto. A pesar de esto, hay artículos de los cuales parece surgir claramente la posibilidad de la niña, niño o adolescente para estar en juicio.

Considero que los lineamientos generales en cuanto a participación están establecidos en el art. 26 del Código Civil y Comercial, el cual reza: *“Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

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

³³ ART. 707.- Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

³⁴ ART. 678.- Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

³⁵ ART. 679.- Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

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

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

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

Sin embargo, en este artículo el cual aparenta ser muy claro, deberíamos preguntarnos, que ocurriría por ejemplo si un niño de 13 años pretendiera realizarse un tratamiento no invasivo, ej., la colocación de un pircing, del cual sus padres no están de acuerdo, pero serian ellos los que abonarían dicha intervención. ¿Podría comparecer ante un tribunal reclamando por esto? ¿Con o sin asistencia letrada?

Y en el art. 707 que expresa: *“Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.*

A demás, el Código Civil y Comercial el claro a la hora de dar intervención en el proceso a los adolescentes en este caso cuando en su art. 30 nos dice: *“Persona menor de edad*

con título profesional habilitante. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.” En el cual, claramente le da al menor de edad, no solo la posibilidad de estar en juicio en temas referidos a su profesión, si no que consecuentemente con esto lo está haciendo afrontar las posibles consecuencias que puede acarrearle su obrar.

También tenemos una clara intervención de la niña, niño o adolescente en los procesos de adopción, ya que en el art. 617 del Código Civil y Comercial, en el cual se establecen las reglas del procedimiento de adopción, se exige que el pretense adoptado comparezca con asistencia letrada, e incluso si este niño, niña o adolescente ha cumplido los 10 años de edad es menester su consentimiento a la hora de determinar su adopción.

5.2 Principios rectores del proceso donde interviene un niño

Para la realización del presente apartado, vamos a seguir a Natalia Herrera (2015), quien nos dice que en cualquier proceso donde deba intervenir una niña, niño o adolescente, se deben respetar ciertos principios rectores entrelazados entre sí que garantizaran al niño involucrado el de los derechos que nuestra legislación les otorga como sujeto especialmente tutelado. A saber:

- a) El niño es un sujeto de derecho: la niña, niño o adolescente, ya no es un objeto de amparo si no, un sujeto de protección, esto implica que se le debe otorgar la debida participación en aquellos procesos que lo involucren. Esta condición de sujeto

de derecho está reconocida en el Art. 3 inc. a de la Ley N° 26.061³⁶ donde se establece directamente su condición de sujeto de derecho.

b) El niño posee autonomía progresiva: la autonomía progresiva aparece como la medida de equilibrio entre el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, con el privilegio de ser escuchados, respetados y de que se les otorgue cada vez más independencia en el ejercicio de sus derechos, sin perder por ello la protección que necesitan en función de su relativa inmadurez y minoría de edad. La autonomía progresiva es la base fundamental del respeto de la conducta independiente de los niños sin que por ello se los deba exponer de manera anticipada a las responsabilidades que les corresponden a los adultos.

c) Su interés superior es la meta a realizar: el interés superior del niño deja fuera toda otra consideración dogmática para atender exclusivamente las particularidades de cada caso, sobre manera cuando tratándose de niños, todo está marcado por la provisoriedad; esto nos lleva a que el tiempo constituya un factor primordial a la hora de hacer efectivo el interés superior del niño, ya que lo que pueda resultar adecuado hoy puede no serlo mañana y viceversa. La primordial consideración del interés superior del menor y el rango de los derechos vulnerados, deben ser la guía para restablecerlos llegando a la solución del caso con el menor costo posible.

d) El favor debilis o pro minoris: garantías-derechos fundamentales, conforme a este principio, en caso de un posible choque o conflicto entre los intereses y/o derechos de un niño y los intereses y /o derechos igualmente legítimos de un adulto,

³⁶ ART. 3° INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

prevalecen los que asisten al niño. Es decir que en pos del interés superior del niño y de la protección y defensa de sus derechos e intereses, quedan postergados razonablemente los que pudieren alegar los adultos, y el proceso desprovisto de todo ritualismo, para así atender de manera cuasi exclusiva al interés superior del niño.

e) Abordaje interdisciplinario: para que el juez pueda dictar sentencias más justa y que se adecuen a la realidad, es necesario que no trabaje solo, sino con la colaboración de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales especializados como asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, terapeutas y psicoanalistas de niños que le permitan averiguar la verdadera naturaleza de los conflictos y comprender más acabadamente las cuestiones sometidas a su conocimiento.

5.3 El abogado del niño

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no cuenta con una regulación específica que defina integralmente la actuación del abogado del niño, si admite el patrocinio letrado a niñas, niños y adolescentes, en los procesos civiles en general y de familia en particular (Basso, 2015)

Dentro del Código Civil y Comercial la figura del abogado del niño, está contemplada en los arts. 678, 679 y 707 de los que se desprende que el adolescente, previa autorización judicial y que cuente con abogado propio, puede iniciar acción civil contra terceros incluso con la oposición de sus padres. Empero, si la pretensión es contra sus representantes legales, contando con abogado propio, no precisa la habilitación judicial para instar el juicio (Highton, 2015)

Dentro de la Ley N° 26.061, la figura del abogado del niño está contemplada en términos muy amplios dentro del art. 27, según el cual basta con que la niña, niño o adolescente se encuentre afectado o incluido dentro de un proceso para que sea factible su participación con patrocinio letrado, con el propósito de que sea oído, de que se tenga en cuenta su opinión a la hora de tomar la decisión, y de petitionar su revisión ante el superior en caso de ser necesario (Basso, 2015)

La intervención del abogado del niño, implica que la posición del niño se considere de manera independiente y sin que sea absorbida por las otras ya que se trata de un interés autónomo que requiere la atención directa del órgano jurisdiccional. Esto así ya que el derecho del niño a ser oído carecería de algún valor si no pudiera ejercerlo de una manera útil y eficaz (Mizrahi, 2008)

De todas maneras, la figura del abogado del niño no aparece como esencialmente indispensable en cuanto proceso involucre un niño, ya que la naturaleza de las pretensiones puede no ameritar la designación del mismo, y en tanto y en cuanto se haya cumplido cabalmente con el requisito de oír al niño. No obstante, ante la sospecha del magistrado de que se están planteando intereses contrapuestos, deberá asignarle al niño un letrado de manera inmediata, para así evitar que se declare la nulidad de todo lo actuado ya que se vería afectada la defensa en juicio de este sujeto de derecho llamado niño. El mismo niño tendrá la posibilidad de designar su propio letrado, si cuenta con la madurez suficiente, designación que será evaluada por el juez, de lo contrario el mismo magistrado tiene la facultad de designarle un letrado preferentemente especializado en niñez, tal como lo indica el art. 27 inc. de la Ley N° 26.061. Ahora bien, el tribunal deberá tomar los recaudos necesarios para asegurarse de que el abogado que represente al niño no se encuentre influenciado por ninguno de sus progenitores, para de este

modo asegurar el desempeño independiente del letrado. Esto, sin perjuicio de que las costas que genere la intervención del abogado del niño, correrán por cuenta de sus padres. En los supuestos en que tanto el niño como sus padres carezcan de recursos económicos, el Estado solventara la intervención designando a un defensor oficial especializado. La diferencia entre una situación y la otra, radica en que, existiendo recursos económicos del niño o de sus padres, la designación recaerá sobre un abogado de la matrícula de lo contrario en la Defensoría Oficial (Mizrahi, 2008)

Incluso, dado la informalidad y simplificación de los procesos de familia, cuando una niña, niño o adolescente, realice una petición, que no cuente con la firma de un abogado matriculado, el tribunal no podrá recurrir a los art 56 y 57 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁷ y no podrá tener el escrito por no presentado ni devolverlo al firmante, sin perjuicio de que deba regularizar la situación de manera inmediata instando a la designación o designando un abogado. Inclusive, podrá el niño comparecer personalmente ante el tribunal para peticionar sin presentación de escrito alguno, en cuyo caso se deberá labrar el acta pertinente (Mizrahi, 2008)

Al disponer la Ley N°26.061 que sus preceptos son de orden público, irrenunciable e intransferible, obliga al juez a tener un rol más activo en la causa, disponiendo de

³⁷ Art. 56 CPCYCN: PATROCINIO OBLIGATORIO. Los jueces no proveerán ningún escrito de demanda o excepciones y sus contestaciones, a legados o expresiones de agravios, ni aquéllos en que se promuevan incidentes o se pida nulidad de actuaciones y, en general, los que sustenten o controviertan derechos, ya sea en procesos de jurisdicción voluntaria o contenciosa, si no llevan firma de letrado.

No se admitirá tampoco la presentación de pliegos de posiciones ni de interrogatorios que no lleven firma de letrado, ni la promoción de cuestiones, de cualquier naturaleza, en las audiencias, ni su contestación, si la parte que las promueve o contesta no está acompañada de letrado patrocinante.

Art. 57 CPCYCN: FALTA DE FIRMA DEL LETRADO Se tendrá por no presentado y se devolverá al firmante, sin más trámite ni recursos, todo escrito que debiendo llevar firma de letrado no la tuviese, si dentro del segundo día de notificada por ministerio de la ley la providencia que exige el cumplimiento de ese requisito no fuese suplida la omisión.

Ello tendrá lugar suscribiendo un abogado el mismo escrito ante el secretario o el oficial primero, quien certificará en el expediente esa circunstancia, o por la ratificación que por separado se hiciere con firma de letrado.

oficio todas aquellas medidas que resulten necesarias para el efectivo cumplimiento de la normativa, motivo por el cual, en esta materia cede el principio dispositivo (Mizrahi, 2008)

En cuanto a lo que ocurre específicamente en la provincia de Córdoba con respecto a esta figura, del abogado del niño, podemos agregar, que en este momento existe un proyecto de ley (Expte 19082/L/10), en el cual se crea para la provincia la figura del abogado de niños, niñas y adolescentes. Dicho proyecto contempla, como decíamos, la creación de la figura del abogado del niño, la creación de una Registro Provincial de Abogados del Niño, el cual deberá ser difundido a fin de garantizar su accesibilidad, en el que podrán inscribirse aquellos profesionales con matrícula habilitante para actuar en el territorio de la provincia de Córdoba que demuestren cierta especialización en derechos del niño o que formen parte de diferentes organizaciones civiles que trabajen sobre derechos y problemáticas de las niñas, niños y adolescentes. Además, establece como pautas rectoras de las funciones del abogado del niño, las de la defensa técnica, que sea libremente elegido por el niño, la defensa de los intereses particulares del niño, niña o adolescente alejándose de toda forma posible de paternalismo, la obligación de asistir, defender e informar al niño de manera independiente de cualquier otro interés que los pueda afectar, respetando la confidencialidad y lealtad hacia el niño. Y no menos importante es que establece la obligación del estado provincial de hacerse cargo de los honorarios que generen su actuación. Si bien esta ley aún no ha sido sancionada por el estado provincial, demuestra la firme intención de éste de adecuarse a la Convención de los Derechos del Niño y demás legislación internacional, nacional y provincial dictada en post de defender los derechos las niñas. Niños y adolescentes.

5.4- Sobre el modo de oír a las niñas, niños y adolescentes

Amplia doctrina de nuestro país se ha visto en la tarea de diferenciar entre participar, oír y escuchar, por un lado, tenemos que escuchar es una actividad que implica que existe una intención de parte del sujeto, es una acción que compleja que abarca muchas otras como, observar, preguntar, diferenciar lo manifiesto de lo latente, en cambio oír sería una actividad mucho más pasiva que solo se limita a percibir un sonido con el oído. Y finalmente, el derecho a participar es el derecho humano que engloba tanto a la escucha como a otras acciones dirigidas a reconocer que los niños se involucren activamente en todas aquellas situaciones y resoluciones que lo afecten en forma directa, teniéndose siempre en cuenta el principio de autonomía progresiva como límite de este derecho a participar (Herrera, 2015)

El modo de escuchar a las niñas, niños y adolescentes, varía de acuerdo a su edad y grado de madurez, pero siempre es posible escucharlos, incluso utilizando las ciencias auxiliares. El niño, además de expresarse mediante las palabras también lo hace a través de dibujos, juegos, reacciones, expresiones y sintomatología, por lo cual en esta materia el derecho no es autosuficiente y requiere ineludiblemente el refuerzo de otras ciencias auxiliares (Assef, 2014).

Con todo esto, cuando se escucha al niño, no concierne únicamente lo que diga con palabras, si no también interesan sus sentimientos, su forma de ver la realidad y sus deseos, ya que es todo esto lo que conforma la personalidad del niño y conforma su interés (Medina, 2012).

Ya reconociendo que las niñas, niños y adolescentes no son iguales que los adultos, debido a su desarrollo cognitivo, emocional y moral, es evidente que no pueden ejercer

su derecho a la justicia de la misma manera que aquellos, por lo cual para llevar a la práctica el derecho de las niñas, niños y adolescentes de participar en un proceso judicial, trae aparejada la exigencia de realizar algunos acondicionamientos procesales, antes y durante el transcurso del proceso. A los magistrados se les sugiere: a) informar al niño en cuestión sobre las etapas del juicio, lo que implica cada una, informarlo también sobre la importancia de su participación y lo que se espera conseguir con ella, esto es conocer su opinión sobre el tema en cuestión; b) incluso cuando no exista petición de parte, escuchar al niño de manera oficiosa; c) Asegurar las condiciones necesarias para la participación de las niñas, niños y adolescentes; d) Que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de la sentencia (Pages, 2015).

En cuanto a la escucha de las niñas, niños y adolescentes en los tribunales de argentina, encontramos tres posturas: 1) la que solo deja constancia de que existió dialogo entre el juez y el niño, ya que antepone ante todo el derecho a la intimidad; 2) la que solo deja labrada un acta donde consta la opinión del niño, la cual se reserva y solo se puede acceder a ella mediante autorización judicial; y 3) la que sostiene que los dichos del niño deben quedar labrados en un acta, como principio general (Pages, 2015).

Ahora bien, con todo esto ya resulta casi evidente, que no puede realizarse de cualquier manera el contacto entre el Juez y la niña, niño o adolescente, si no que el magistrado que vaya a tener contacto con el niño, debe satisfacer mínimas exigencias de capacidad y entrenamiento, ya que un encuentro malogrado puede acarrear graves consecuencias para el niño e incluso provocar la revictimización, cuando lo que se está buscando es una reparación, para lo que se necesita de una entrevista adecuada para recuperar la confianza del niño. Y para lograr esto, según el psicoanálisis, al niño, hay que hablarle mirándole a los ojos, usando palabras

simples y bien pronunciadas en un discurso corto, hay que hablarle con el corazón, libremente, con emoción y autenticidad (Mizrahi, 2008)

Existen actualmente diversos, tratados, convenciones, protocolos y reglas internacionales que buscan establecer las mejores maneras de llevar a la práctica este derecho del niño a ser oído, sin que esto implique exponerlo a situaciones que vulneren algún otro derecho entre ellos podemos mencionar a la:

Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos³⁸, del año 2008, la cual establece que la participación del menor en el proceso se caracteriza por varios factores. Que debe abordarse desde una premisa de máxima cautela, salvaguardando su identidad, imagen e intimidad. Y establece que el testimonio del niño y su contradicción, necesaria para que posea fuerza probatoria, debe ejecutarse evitando cualquier riesgo de revictimización, para lo cual deberán darse las siguientes cautelas:

- *“Acompañamiento del menor por persona vinculada familiarmente idónea para ello, en su caso, profesional calificado.*
- *Explicación clara y en términos idóneos de su circunstancia, sobre la necesidad de la actuación,*
- *Dirección del interrogatorio por profesional especialmente entrenado en el tratamiento con menores.*
- *Evitación de cualquier visualización o enfrentamiento material con cualesquiera otras personas implicadas en el procedimiento, especialmente el imputado.*

³⁸ Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos documento aprobado en la XVI Asamblea General ordinaria de la Asociación Ibero americana de Ministerios Públicos (AIAMP) – Julio 2008

- *Adecuación de las circunstancias de lugar y tiempo de la diligencia para evitar cualquier entorno hostil.*
- *Utilización del menor bajo un principio de excepcionalidad, procurando que sea un mínimo de veces (con tendencia hacia la vez única) aquél en que el menor sea interlocutor de cualesquiera actuaciones de investigación o procesales. Los procedimientos en los que estén implicados menores deben estar afectados por términos de celeridad para que el menor no tenga que soportar la pendencia y la tensión que ello supone, pudiendo iniciarse cuanto antes las actuaciones de reintegración personal y psicológica.”*

A demás encontramos las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, la cual establece en su sexto apartado, el cual trata de la participación de las niñas, niños y adolescentes en los actos judiciales, “*que los actos judiciales en los cuales participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral y en todos los casos:*

- *Se deberán celebrar en una sala adecuada.*
- *Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.*
- *Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares”.*

Conclusión

A lo largo del presente capítulo, hemos podido observar, que la falta de participación del niño en las cuestiones que lo afectan no es algo nuevo. Sin embargo, es sabido

que la posibilidad de expresarse y ser escuchado, permite obtener una visión general de aquellas cuestiones que lo afectan. Esto fue interpretado por la Convención de los Derechos del Niño y volcado en su art. 12, aunque éste no fue suficiente ya que dejaba una puerta abierta para que la voz del niño sea reemplazada por la de sus representantes. Cuestión que en nuestra legislación fue subsanada por el art. 27 de la Ley N° 26.061 en el cual se deja bien en claro que el contacto entre el niño y el juez debe ser directo; y a pesar de que el magistrado está obligado a tomar contacto con la niña, niño o adolescente, esto no impide que el tribunal pueda, además, recurrir a la colaboración de organismos auxiliares, sin que esto reemplace al juez; ya que viéndolo, escuchándolo y conociéndolo es la única manera que tiene de protegerlo y conocer su verdadero interés superior. Esta posibilidad de ser parte en un proceso, es el resultado del reconocimiento de su condición de sujeto de derecho. Ahora bien, oír al menor no conlleva a aceptar sus deseos incondicionalmente sino que la influencia de la pretensión del niño, debe ser la misma que la de un adulto en situación de proceso.

En virtud de esta participación del niño en el proceso, surge la figura del abogado del niño, la cual no es indispensable siempre que se cumpla con la obligación de escuchar al menor, pero ni bien el juez advierta que se están planteando intereses contrapuestos debe asignarle al niño en cuestión un abogado especializado en niñez, asegurándose que el letrado no se encuentre influenciado por ninguna otra postura, para así garantizar la independencia del mismo.

También hemos podido entender que el derecho a ser oído asiste a todos los niños independientemente de su edad, ya que el mismo art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, no impone un límite al respecto. Lo que varía, es el modo en que se va a escuchar a cada niño, lo cual puede llevarse a cabo incluso mediante el recurso de las ciencias auxiliares. Y como

bien establece el art. 24 de la Ley N°26.061, la edad y grado de madurez es lo que va a tener en cuenta el juez para dar valor a la opinión de la niña, niño o adolescente en cuestión.

A modo de cierre, podemos decir, que no basta con que la letra de la ley reconozca y garantice un sin número de derechos a las niñas, niños y adolescentes, sino que además es imprescindible contar con las herramientas y la formación necesarias para llevarlos a la práctica. Es por ello, que resulta de vital importancia comprender la necesidad de respetar este derecho de los niños a participar en los procesos, dentro de los cuales se encuentren en juegos sus propios derechos e intereses. Y no existe mejor manera de defenderlos que oyendo al niño en cuestión y teniendo en cuenta su opinión, ya que es la única manera mediante la cual se puede dilucidar su verdadero interés superior; pero esto no debe ser una mera formalidad sino que debe verse reflejado en la sentencia que da fin a la controversia.

Capítulo 6

El Código Civil y Comercial llevado a la realidad

Introducción

Habiendo ya estudiado todos los aspectos teóricos que rodean el derecho del niño a ser oído, en el presente capítulo nos proponemos mostrar cómo, toda esta evolución que hemos venido planteando, fue trasladada a la realidad de un caso concreto a muy poco de haber entrado en vigencia en Código Civil y Comercial de la Nación

Para esto vamos a compartir el primer fallo dictado luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, en la que fueron tenidos en cuenta e implementados estos principios rectores de los derechos de la niñez como son, el derecho a ser oído, el interés superior del niño y la autonomía progresiva.

6.1 – Fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala «A» del 21/08/2015

Servicio de Novedades - ACTUALIDAD JURIDICA 28.1.2016

http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=18463

Cód. Unívoco 18463 Revista Familia & Niñez. Número 138 Cámara de Apelaciones - Sala A - Trelew [Chubut] Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección.

ABOGADO DEL NIÑO. Diferencia con el Asesor de Incapaces. Fundamentación legal. Art. 26, CCCN. DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO. Consideración de su opinión en cuanto sujeto de derecho. INTERÉS SUPERIOR. CAPACIDAD PROGRESIVA. Concepto.*

Descripción

El Caso: En el marco de una medida de protección, el Juez de grado había autorizado a una adolescente de catorce años a permanecer en la casa de su tía abuela por tres meses, a la vez que ordenaba coordinar encuentros con la madre para concretar el retorno a su hogar. La Asesora de Menores e Incapaces apeló dicha resolución, agraviándose en las erróneas valoración de la prueba y aplicación de la doctrina de la protección integral e interés superior del niño. A su turno, la menor, quien contó con la asistencia de una abogada del niño, manifestó en la audiencia ante la Cámara que no deseaba verse sometida a maltratos como los que experimentaba con su madre. El Tribunal de Alzada resolvió, entre otras cuestiones, revocar parcialmente la sentencia apelada y disponer que no se obligue a la niña a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o malestar anímico. El fallo al que se arribó, tachó de prematura y coercitiva la revinculación dispuesta en primera instancia; y se vio apoyado en el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la aplicación del concepto de capacidad progresiva.

1. «... el deber de priorizar la atención y cuidado de los niños y adolescentes no se encuentra exclusivamente a cargo de sus representantes necesarios (que ocasionalmente - voluntaria o involuntariamente- pueden operar en contra de sus asistidos) o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente. El Poder Judicial se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado en este sentido; mientras que la omisión en el dictado de las disposiciones pertinentes -ante jóvenes en estado de riesgo, como es el caso de autos- comportaría un directo incumplimiento de los deberes a su cargo, involucrando incluso la responsabilidad del Estado, habida cuenta los compromisos asumidos ante la comunidad internacional» (cfr. Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 15-12-2014, «T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización», en Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).

2. El abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos» (Cám. Apels. Civ. Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 19/4/2012, publicado en Microjuris, cita: MJ-JU-M-71818-AR). Se agregó luego en dicho fallo lo siguiente:

a) «La ley 26061 establece la participación del niño a través de un abogado como garantía procedimental en todos los procesos judiciales y aun en los procedimientos administrativos, con ello la ley nacional pretende observar las pautas constitucionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 12 de la CDN y 75, inc. 22 de la CN.). b) El art. 27 inc. c de la ley 26061 establece que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya -abogado privado, o a cargo del Estado en caso de carecer de recursos económicos- disponiendo sobre el particular el Decreto Reglamentario 415 que El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. c) El derecho incluido por la ley 26061, implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales (Ministerio Pupilar) de este último.

3. «El derecho a ser escuchado por quienes administran justicia se refuerza, cuando se reconoce el derecho a recurrir a un superior, si quien lo escuchó en primer término no le dio la

razón o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño avanza aún más cuando en su artículo 24 inc. d y e reconoce el derecho del niño, niña y adolescente de «recurrir a un superior» ya sea en un procedimiento judicial o administrativo. En consonancia, el artículo 27 de la Ley 26061 citada, reconoce el derecho a participar en todo procedimiento así como el derecho a recurrir ante el superior, pero amplía respecto de todo procedimiento administrativo o proceso judicial» (Cfr. ROBLEDO, Diego, «Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes. Reflexiones desde el derecho procesal», en «Revista de la Facultad», Vol. IV N° 1 Nueva Serie II, Córdoba, 2013, p. 268).

4. Resulta de aplicación al caso el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial, el que en su parte pertinente indica: «Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona».

5. «Para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de

autoridad sin el apoyo de la razón» (cfr. Pérez Manrique, Ricardo, «Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes», en «Justicia y Derechos del Niño» N 9, UNICEF, p. 252).

6. La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto (...) deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres...» (SCJ Mendoza, 8/4/2014, «G. R., S. A. L. P. S. H. M. V. S. G. R. en J° 510/10/6F/35.838 DYNAAF SOLICITA MEDIDA CONEXA s/INC.», publicada en [http://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia_09052014_dynaf_sollicita_medida_conexa.asp?Miga=1&CodSeccion=25](http://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia_09052014_dynaf_sollicita_medida_conexa/noticia_09052014_dynaf_sollicita_medida_conexa.asp?Miga=1&CodSeccion=25) y comentada por Celina N. Andriani en <http://www.infojus.gob.ar/celina-andriani-abogado-ninodacf150267-2014-12/123456789-0abc-defg7620-51fcanirtcod>).

7. «El niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro» (NIEVA FENOLL, Jordi. «La declaración de niños en calidad de partes o testigos», en «Revista de Derecho Procesal», tomo 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 552).

Fallo completo

Cám. de Apel. de Trelew, Sala «A», 21/08/2015, «Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección», (Expte. n° 145 - año 2015 cat). * Fallo reseñado por Melisa Diana Sema En la ciudad de Trelew, a los 21 días de agosto del año dos mil quince, se reúne la Sala «A» de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: «ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)» (Expte. N° 145 - Año 2015 CAT) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 194.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Presidente de la Sala A, Dr. Marcelo López Mesa, expresó:- Que a fs. 141/145 vta. la Sra. Juez de Grado autorizó a S. S. B. a permanecer durante el plazo de 3 meses en la casa de su tía abuela C. I.. Asimismo ordenó a la actora a coordinar las acciones junto al Servicio de Protección de Derechos, a fin de concretar encuentros de su representada con la madre y el gradual retorno de la niña a su hogar, debiendo informarse mensualmente al Juzgado de todo ello.

Que a fs. 151 la parte actora apela dicha resolución siendo concedido el recurso libremente y con efecto suspensivo a fs. 154, y cambiado el efecto del recurso al efecto devolutivo a fs. 156. Que a fs. 161/167 es fundado dicho recurso, agraviándose la apelante de la errónea valoración de la prueba, la errónea aplicación de la doctrina de la protección integral y el interés superior del niño al momento de sentenciar, la colisión de intereses entre el rigorismo formal y el interés superior del niño al momento de interpretar la aplicación de las medidas de protección de la Ley 26.061 y la prematura orden de revinculación de la niña con su madre.

Que corrido traslado del memorial a la contraria a fs. 168 el mismo es contestado a fs. 170/171, solicitándose se declare inadmisibile el recurso de apelación contra la sentencia de grado.

A fs. 172/175 se contesta el memorial de agravios por otra de las partes solicitándose también el rechazo del recurso.

Que a fs. 191 y 192/vta. se realizaron las audiencias de toma de conocimiento de la situación familiar con las partes y la menor, quedando la causa en estado de dictar sentencia.

Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a resolución de esta sede, que en esencia se reduce al cuestionamiento de la apreciación de la prueba rendida en autos y de la orden de revinculación coercitiva de la menor con su madre, he de decir liminarmente que luego de leer detenidamente la sentencia de grado y el memorial de agravios, así como las evacuaciones de los traslados, encuentro que -al contrario de lo que dicen apodócticamente quienes contestan tales vistas-, se constata en autos la falta de apoyatura jurídica real del decisorio de grado, así como que el recurrente ha logrado conformar un sólido embate contra él. Su cuestionamiento luce suficiente, coherente y enfocado, lo que amerita entrar al meollo de lo allí planteado y sus necesarias implicancias jurídicas.

En primer lugar, cabe esclarecer que habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial el 1 de Agosto y siendo ésta una cuestión de orden público, en los términos del precedente de esta Sala del 11/8/2015, in re «SANCHEZ, Nelson Omar y otros c/ DENADEI, Daniel Ángel y otra s/ Daños y perjuicios» (Expte. 67 - Año 2015 CAT) y del reciente fallo de la CSJN, de fecha 6/8/15, in re «Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. I. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las

Personas s/ amparo», corresponde aplicar el nuevo ordenamiento, sancionado por Ley 26994, cuya fecha de entrada en vigencia fue modificada por Ley 27.077.

Bien se dijo en un fallo capitalino, con cita de decisorios de esta Sala, que los procesos de familia son de tipo inquisitivo por lo que «no corresponde en casos como el traído a examen limitarse a la aplicación rigurosamente técnica de pautas formales que llevarían a desentenderse del hecho de hallarnos operando sobre derechos indisponibles. Nótese que la normativa los declara «irrenunciables» (art. 2, párr. 2º, de la ley 26.061), lo que lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes cederán paso a las facultades judiciales.... Vale decir, el orden público es el que se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente» (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 15-12-2014, «T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización», en Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).

Se adujo luego en él que los judicantes no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños o adolescentes atrapados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. La natural condición de dependencia en la que se hallan aquéllos hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que les asisten; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una «efectividad directa como mandato de la Constitución».

Y, después se indicó que «En definitiva, el deber de priorizar la atención y cuidado de los niños y adolescentes no se encuentra exclusivamente a cargo de sus representantes

necesarios (que ocasionalmente -voluntaria o involuntariamente- pueden operar en contra de sus asistidos) o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente. El Poder Judicial se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado en este sentido; mientras que la omisión en el dictado de las disposiciones pertinentes -ante jóvenes en estado de riesgo, como es el caso de autos- comportaría un directo incumplimiento de los deberes a su cargo, involucrando incluso la responsabilidad del Estado, habida cuenta los compromisos asumidos ante la comunidad internacional» (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 15-12-2014, «T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización», en Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).

Siendo exacto todo ello, no cabe siquiera dudar que en esta causa se aplica el nuevo Código Civil y Comercial, dado el carácter publicístico de la temática a resolver y, por ende, que el principio dispositivo y su derivación principal, el principio de congruencia, quedan aquí inicialmente de lado.

En segundo lugar, cabe aclarar que la menor ha suscripto un acta solicitando la asistencia de una abogada del niño; si en una causa debía nombrarse un abogado del niño era en esta, al ser un caso «de Manual». Respecto de esta figura se ha dicho en un fallo marplatense que «el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos» (Cám. Apels. Civ. Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 19/4/2012, publicado en Microjuris, cita: MJ-JUM-71818-AR).

Se agregó luego en dicho fallo lo siguiente: a) «La ley 26061 establece la participación del niño a través de un abogado como garantía procedimental en todos los procesos judiciales y aun en los procedimientos administrativos, con ello la ley nacional pretende observar las pautas constitucionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 12 de la CDN y 75, inc. 22 de la CN.).

b) El art. 27 inc. c de la ley 26061 establece que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya -abogado privado, o a cargo del Estado en caso de carecer de recursos económicos- disponiendo sobre el particular el Decreto Reglamentario 415 que El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

c) El derecho incluido por la ley 26061, implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales (Ministerio Pupilar) de este último.

En casos como el presente donde se ha constatado un claro conflicto de intereses entre la madre de la menor y el Sr. B., por un lado, y la propia menor, por otro, sin duda que le asistía el derecho de buscar asistencia letrada para sí.

Resulta fundada su presentación en autos a controvertir las pretensiones y afirmaciones de su madre, que en algunos casos se han apreciado de visu en la audiencia llevada a cabo en la alzada como artificiosas, desenfocadas, negadoras de la realidad, hasta incluso, con

actitudes tan cambiantes respecto de la propia menor, que muestran una falta de serenidad, compostura y estabilidad anímica, por parte de los adultos, que debieran permanecer alejados de esos excesos.

Indudablemente la menor tenía derecho a ser oída y a ser sujeto activo de la decisión, que ella juzgaba traumática y perturbadora de su vida. A la luz de las pruebas colectadas en la causa, no le faltaba razón.

Por eso esta Sala la ha recibido, la ha escuchado y se ha interiorizado debidamente de su problema, no ha dicho que lo hacía ni ha declamado abundante y abstractamente sobre su interés superior o su derecho a ser oída, sino que ha puesto manos a la obra y ha hecho efectivamente lo que debía hacer.

Bien se ha expuesto que «El derecho a ser escuchado por quienes administran justicia se refuerza, cuando se reconoce el derecho a recurrir a un superior, si quien lo escuchó en primer término no le dio la razón o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño avanza aún más cuando en su artículo 24 inc. d y e reconoce el derecho del niño, niña y adolescente de «recurrir a un superior» ya sea en un procedimiento judicial o administrativo. En consonancia, el artículo 27 de la Ley 26061 citada, reconoce el derecho a participar en todo procedimiento así como el derecho a recurrir ante el superior, pero amplía respecto de todo procedimiento administrativo o proceso judicial» (Cfr. ROBLEDO, Diego, «Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes. Reflexiones desde el derecho procesal», en «Revista de la Facultad», Vol. IV N° 1 Nueva Serie II, Córdoba, 2013, p. 268).

Sentado ello, resulta de aplicación al caso el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial, el que en su parte pertinente indica: «Ejercicio de los derechos por la persona menor

de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona».

La norma es de tal claridad que exime de comentar directamente sus términos, como que de ella emana prístino el derecho de una menor no solo a ser oída, sino a participar de las decisiones que la involucren, lo que es lo menos que puede decirse de una situación a la que se la quiere exponer y la que le hará revivir recuerdos traumáticos. Es más, de la audiencia de vista de causa tomada por esta Sala y cuya acta está glosada a fs. 192/vta. surgió patente que la madre de la menor no se halla en dominio de sus emociones y que no tiene al presente estabilidad anímica como para lidiar eficazmente con una menor en las condiciones en que se encuentra S., pudiendo hacerle más mal que bien el contacto con ella, en tanto se mantengan las actuales condiciones.

Y toda vez que en el caso de autos la menor ha expresado en audiencia ante esta Cámara que no desea verse sometida a maltratos, como los que experimentaba de su madre y del Sr. B. -vid. Acta reservada- lo que sumado a la prueba colectada en la causa respecto de las repercusiones negativas que la revinculación con la madre tendría para la menor, al menos en las actuales condiciones (cfr. fs. 77, 87, 125vta, 131, etc.), se patentiza que el punto II de la resolución apelada deviene apresurado, imprudente, pasible de revocación, máxime cuando no se dan en la sentencia en crisis fundamentos bastantes para apoyar debidamente tal medida, inconveniente para la niña, según las constancias de la causa y la propia percepción de este juez en la audiencia tomada en la Sala.

Bien se ha dicho que «para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón» (cfr. Pérez Manrique, Ricardo, «Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes», en «Justicia y Derechos del Niño» N 9, UNICEF, p. 252).

Esta Sala no caerá en tales abismos ni intentará cubrirlos con un manto de declamación.

Cabe recordar un agudo fallo de la Suprema Corte mendocina que resolvió, siguiendo a la Corte Suprema (cfr. CSJN, «A.F.», 13/03/2007) que ... la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto (...) deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres...» (SCJ Mendoza, 8/4/2014, «G. R., S. A. L. P. S. H. M. V. S. G. R. en J° 510/10/6F/35.838 DYNAF SOLICITA MEDIDA CONEXA s/ INC.»), publicada en

http://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia_09052014_dynaf_soli

cita_medida_conexa/noticia_09052014_dynaf_solicita_medida_conexa.asp? M

iga=1&CodSeccion=25 y comentada por Celina N. Andriani en

<<http://www.infojus.gob.ar/celina-andriani-abogado-nino-dacf150267-201412/123456789-0abc-defg7620-51fcanirtcod>>).

Ello así, dada la violación constatada a las normas sobre el interés superior del niño que recepta la ley 26061 y la contradicción de lo resuelto en el grado con el art. 26 CCC, procede el derribamiento parcial de la sentencia apelada, para dar paso al dictado de un decisorio conforme a derecho y de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Se indica a la a quo que en dicho decisorio no deberá adoptar decisiones traumáticas que expongan a la menor a nuevos episodios de violencia o maltrato, ni tomar medidas voluntaristas o de compromiso, que se contrapongan a las constancias de la causa y a los deseos de la menor y que puedan afectar su integridad física o anímica.

En esta línea ha indicado un reconocido experto internacional en materia de protección de menores que «el niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro» (NIEVA FENOLL, Jordi. «La declaración de niños en calidad de partes o testigos», en «Revista de Derecho Procesal», tomo 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 552).

Por las diversas razones explicitadas supra, propongo la revocación del punto II de la sentencia apelada, disponiendo que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto la misma no esté plenamente de acuerdo con ello y en tanto persistan las situaciones que

puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir con tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, los que quedaron patentes en la audiencia tomada en esta Cámara. Y, además, dejar sin efecto, en tanto no se revierta la situación de un modo claro y trascendente, la idea de que la menor retorne al hogar de su madre en un plazo breve y perentorio, como el fijado en la resolución de grado, que parcialmente se revoca.

Las costas de alzada se impondrán en el orden causado, atento tratarse de una cuestión de orden público, en la que están involucrados intereses de una menor (art. 72 CPCC).

Sin embargo, dado que ha surgido en la audiencia respectiva (cfr. acta de fs. 192/vta.), que el Sr. B. percibe el salario familiar correspondiente a la niña S. S. B., sin que se le hayan entregado tales sumas a ella desde que no vive con su madre y el Sr. B., en uso de las facultades conferidas a la magistratura por el art. 553 CCC, procede sin más trámite y a fin de asegurar los medios de subsistencia de la niña, mandar intimar al Sr. R.I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas. Diferir la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado.

Habiendo en sus contestaciones de traslados dos de las partes reservado caso federal, se les esclarece que tal manifestación ritual no llena los requisitos para la introducción de una cuestión

constitucional en esta causa; ello, ya que conforme inveterada jurisprudencia de esta Sala y de otros tribunales, en especial la clarísima advertencia realizada en el caso «PORMAN, Javier Celestino c/ MUNICIPALIDAD de TRELEW y Otro s/ Acción de Amparo», (Expediente: 113/2015), sentencia de esta Sala del 20/04/2015, donde se puntualizó «en cuanto al caso federal y su «reserva» que aun soslayando que esta Sala -con el voto del Dr. López Mesa- ha sostenido que los derechos no se «reservan» sino que se ejercen (sentencias del 15/12/2008, in re «Weinberger, Stella M. c/ Metropolitan Life Seguros SA s/ Cobro de pesos», expte. n° 22879-2008; 14/04/2009, «Peralta, María E.c/ Almaretti, Silvia s/ Cobro de pesos», expte. n° 125-2009), cabe precisar que si estamos ante un debido planteo del caso constitucional, la referida «reserva» huelga y si el planteo concreto y adecuado no existe, la «reserva» no cumple ninguna finalidad útil (esta Sala en la c. 20397/05, S.I.C. n° 148 de 2005)».-

Se agregó allí que en el caso en examen se advierte que se invocaron derechos constitucionales por mera implicancia, en forma genérica, y que las cuestiones federales no fueron postuladas expresamente por el interesado (pues no hay desarrollo fundado que vincule la posible solución de la causa como dependiendo de una decisión acerca de la validez de un acto o norma federal, de un acto o norma provincial frente a una norma federal o de la inteligencia que se asigne a esta última; doc. art. 14, Ley 48) (conf. S.T.Chubut, 23/09/2011, S.I. n° 25/S.R.O.E./2011; esta Sala en la c. 529/10, S.I.C. n° 73 de 2010, c. 362/10, S.I.C. n° 39 de 2010; conf. López Mesa~Rosales Cuello, «Código procesal civil y comercial de la Nación», AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, T. II, p. 362). Lo propio cabe decir en este caso, respecto de las sendas «reservas» del caso federal explicitadas.

De modo que tales planteos, no obstante la reserva, resultan ineficaces para su examen concreto, lo que hace innecesario ingresar a su tratamiento o realizar manifestación alguna a su respecto.

Por lo expuesto, a esta cuestión voto por LA NEGATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Spoturno dijo:

Los antecedentes de la causa han sido suficientemente expuestos por el colega que me precedió en el voto de modo que ingresaré directamente al tratamiento de los agravios expresados por la recurrente contra la sentencia apelada.

En primer término debo decir que de la lectura de la causa, de las pruebas, informes, y luego de haber escuchado a S. en la audiencia celebrada en esta instancia, llego a la misma conclusión que la parte actora en sus agravios. La sentencia parece dictada para otra causa. No se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los consejos de los profesionales intervinientes.

El Dr. Diego Giannandrea, médico psiquiatra tratante de S., fue muy claro en su informe (obrante a fs. 77): «se sugiere tener en cuenta la voluntad de la paciente antes de pautar las medidas de revinculación madre-hija». Es allí donde radica el verdadero quid de la cuestión. La sugerencia del médico tratante, hecha desde el punto de vista de la medicina, es la misma que hace el derecho.

El derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta posee jerarquía constitucional desde la reforma constitucional del año 1994.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) introduce un nuevo concepto a nuestra legislación vigente, ya que el artículo 12 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. 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». Esto significa que los niños y adolescentes tienen un derecho humano fundamental a ser escuchados por quienes tomarán las decisiones que afectarán su vida.

Este derecho de rango constitucional fue receptado por la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (artículos 2, 3, 24, 27 y 41) y también por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26). No puede negarse entonces la importancia que tiene este derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de tomar una decisión que los afecte.

La CDN ha impuesto un cambio de paradigma constitucional respecto de la niñez y la adolescencia. La nueva visión constitucional axiológica de la niñez y adolescencia concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y centro de atención prevalente y prioritaria, conforme a lo ordenado tanto por la CDN como por el articulado de la CN (LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, «El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional», Editorial Universidad, 2009, pág. 119).

La CDN establece que este derecho a ser oído lo será considerando su «edad y madurez». Esto nos remite al concepto de «capacidad progresiva» receptado por la convención (arts. 5 y 12 CDN) y también por nuestro derecho interno (art. 24 inc. b de la Ley 26.061).

La faz dinámica consiste en otorgar al niño intervención activa en toda cuestión que atañe a su persona y sus bienes, de acuerdo a su madurez y desarrollo; asimismo, que esa voluntad sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad. En ello consiste la capacidad progresiva. (SOLARI, Néstor E. «La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad», publicado en La Ley 03/06/2011, Cita Online: AR/DOC/1341/2011).

El concepto de autonomía progresiva permite reconocer, a medida que los niños adquieren mayores competencias, más capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de protección. (HERRERA, Natalia Soledad, «La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial», publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas de Editorial La Ley, Año VII, Número 3, Abril de 2015, pág.15 y ss).

Pues bien, S. S. B. cuenta en la actualidad con 14 años de edad. En la audiencia celebrada en esta instancia se mostró madura, serena y conocedora de la situación que la tiene como protagonista. Es así que, tal como aconsejó su médico tratante y también su psicóloga, es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo. Considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del vocal preopinante, que no se respeta su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada -o no lo esté su madre-.

Será ella también quien, en uso de su capacidad progresiva y acompañada por su psicóloga tratante así como por el ETI, determinará el momento en que se encuentre preparada para retornar al hogar materno. Es por ello que también debe dejarse de lado la idea de que vuelva al hogar en un breve -e impuesto- plazo.

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir, antes que el interés de los padres biológicos, antes que el interés de los hermanos, antes que el interés de los guardadores, antes que el interés de los tutores, antes que otros «intereses»; no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos (LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, «El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional», Editorial Universidad, 2009, pág. 121).

Observo en los informes obrantes en la causa, tanto el expedido por el Dr. Giannandrea como por la licenciada Jimena Burés (su psicóloga), que S. se encuentra en la actualidad en mejores condiciones que cuando estaba con su madre.

Recomienda Burés escuchar la palabra y los deseos de la joven, respetando sus tiempos «siendo contraproducente una actual revinculación sin tener en cuenta los aspectos antes mencionados» (fs. 100 y vta).

Es por ello que, ordenando una revinculación coercitiva -como hizo la jueza de grado- se atiende más al interés de la madre que al de la propia adolescente. Esto es inadmisibles a la luz de las normas legales y constitucionales antes citadas.

Otro agravio de la actora al que se hará lugar es el referido al tratamiento terapéutico individual de los Sres. B.-H.. Surge de manera clara de los informes obrantes en la causa que

ambos deben someterse al mencionado tratamiento. Esta necesidad quedó demostrada, además, en la audiencia celebrada en esta Sala. La Sra. H. debe lograr, a través de un tratamiento adecuado, reconocer cual es el interés superior de su hija y desligar sus problemas personales con C. I. de su vínculo con S..

Por ello ambos padres deberán someterse a los tratamientos psicológicos o psiquiátricos correspondientes y deberán acreditar el cumplimiento de los mismos en esta causa.

Es por ello que la revinculación ordenada en la sentencia de grado así como también «el gradual retorno de la niña a su hogar» lucen como prematuros (como expresa la parte actora en sus agravios) razón por la cual, ese aspecto del fallo habrá de ser revocado.

Por los motivos antes expuestos, acompañaré al Dr. López Mesa en su propuesta y también propiciaré la revocación del punto II de la sentencia apelada. Se dispondrá en su reemplazo que no se obligará a la adolescente a tener contacto con su madre hasta tanto ella no esté plenamente de acuerdo y en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico. En cuanto a la Sra. H. y el Sr. B. deberán seguir un tratamiento psicológico o psiquiátrico a fin de revertir situaciones que puedan afectar a la adolescente.

En cuanto a las asignaciones familiares correspondientes a S. S, B. que percibe el Sr. B. conforme quedara de manifiesto en la audiencia celebrada en esta alzada, entiendo que corresponde mandar intimar a Rubén I. B. y a G. H. para que depositen dentro de las 72 horas de notificados personalmente o por cédula a la orden de autos las sumas que hayan percibido por tal concepto rindiendo cuenta documentada de las sumas percibidas. Dicha intimación se hará bajo apercibimiento de remitirse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal por retención indebida.

En cuanto a la «reserva del caso federal» dado el modo genérico en que fue introducido resulta ineficaz para su examen de modo que no ingresaré en su tratamiento.

Las costas de alzada serán impuestas en el orden causado considerando la índole de cuestión debatida y los intereses comprometidos (art. 72 CPCC). La regulación de honorarios se difiere para el momento en que regulen los honorarios de grado.

Me expido en esta cuestión pues por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Presidente de la Sala A, Dr. Marcelo López Mesa, expresó:

De conformidad con lo resuelto en la primera cuestión, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma.

2) DISPONER, por ende, que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, lo que deberá ser acreditado en esta causa.

3) IMPONER las costas de alzada en el orden causado.

4) INTIMAR al Sr. R. I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las

sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.

5) DIFERIR la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado.

6) REGISTRESE Y NOTIFIQUESE. Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Spoturno dijo: El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - N° 17).

Trelew, 21 de agosto de 2015. En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala «A» de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:

SENTENCIA:

REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma.

DISPONER, por ende, que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, lo que deberá ser acreditado en esta causa.

IMPONER las costas de alzada en el orden causado.

INTIMAR al Sr. Rubén I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.

DIFERIR la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo: LOPEZ MESA – SPOTURNO

Conclusión

Lo expuesto precedentemente, nos grafica cómo el ejercicio y el respeto de los derechos del niño, y más precisamente el respeto por estos principios rectores que han sido también tomados por el Código Civil y Comercial de la Nación como lo son el derecho del niño a ser oído, el interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva, llevados a la práctica, aplicados en la vida real, nos permite conocer y comprender de mejor manera las necesidades y deseos de las niñas, niños y adolescentes y con esto poder tomar decisiones que verdaderamente estén en consonancia con su verdadero interés superior.

Este fallo, nos demuestra la importancia del ejercicio del derecho del niño a ser oído. La importancia de escuchar a los niños, entendiendo la escucha como una actividad que conlleva intencionalidad por parte del sujeto. Entendiendo la escucha como una acción compleja que abarca muchas otras como observar, saber preguntar, distinguir lo evidente de lo implícito. Así como nos demuestra la importancia de recurrir a las ciencias auxiliares para que nos permitan interpretar aún mejor los deseos y necesidades de cada niña, niño o adolescente en particular.

Y no menos importante, a lo largo del fallo podemos comprobar, que no es una tarea imposible dejar un poco de lado los límites cronológicos de edad establecidos por la ley, para dar lugar al principio de autonomía progresiva del niño y evaluar sus opiniones en base a su grado de madurez.

Entonces, podemos concluir que es de vital importancia la formación y predisposición de nuestros jueces y de nuestro sistema de justicia en general para que la ley no sea una letra muerta si no que pueda ser llevada a la vida cotidiana de cada niña, niño o adolescente, para así poder ofrecerles una mejor calidad de vida que satisfaga su verdadero interés superior.

Conclusión final

Como hemos podido ver, los derechos de la niñez no han sido igualmente reconocidos en todos los tiempos, sino que esto fue el fruto de una lenta pero firme evolución en las relaciones entre la familia, la sociedad y el Estado con el niño. Esto se fue plasmando en la letra de la ley reconociéndole en un primer momento, un núcleo de derechos básicos, que en busca de su protección, no dejaban de conceptualizar al niño como un objeto, propiedad de sus padres carentes de toda capacidad. Hasta que en 1989, con la sanción de la Declaración de los Derechos del Niño, se introducen el principio de autonomía progresiva, el interés superior del niño, y su derecho a ser oído, esto le abre las puertas a una nueva concepción de la niñez, en la cual la niña, niño o adolescente es capaz de participar activamente en su propia vida, debiendo ser respetado y escuchado en su calidad de persona, que se encuentra en un estado de evolución continuo, lo cual le posibilita ir adquiriendo mayor independencia, autonomía y capacidad a medida que se va desarrollando. Esto implica que ya no se considere al niño como un incapaz absoluto, como ocurría por ejemplo en nuestro anterior Código Civil, redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield, si no que los actos de los niños se entienden como actos realizados por personas capaces, por lo cual, quien alegue lo contrario deberá probarlo.

Actualmente, en defensa de los derechos del niño, contamos desde 1989 con la Convención de los Derechos del Niño, la cual sentó las bases mínimas para la protección de la niñez, la adhesión Argentina a esta convención implicó la necesidad de modificar la legislación interna para adecuarse al marco internacional, lo cual dio origen a la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes la cual vino a complementar a la convención y a cumplir con los compromisos adquiridos al respecto por la Argentina. Pero esto no era suficiente, ya que nuestra normativa de fondo, el Código Civil

vigente en ese entonces, quedaba obsoleto, ya que había sido redactado bajo una concepción diferente de la niñez. Esta deficiencia fue subsanada con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia se dio en agosto de 2015. Este nuevo código, si bien significó un avance en el camino hacia la adecuación de nuestra legislación a la normativa internacional, no introduce nuevos avances en la protección de la niñez, sino que simplemente incluye en la legislación de fondo los principios ya establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061, como el principio de autonomía progresiva, el interés superior del niño y es derecho del niño a ser oído incorporándolos como ejes que atraviesan todo el articulado del nuevo código.

Cómo decíamos, uno de los principios incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación, es el principio de autonomía progresiva, el cual se incorpora como un eje transversal a todo el articulado del código, convirtiéndose en un parámetro de equilibrio, en la gradual adquisición de independencia de las niñas, niños y adolescentes, permitiéndoles adquirir paulatinamente y conforme a su desarrollo mayores capacidades, sin que esto signifique empujarlos a la vida adulta. Aunque esto sólo se dé de manera parcial ya que el mismo código no deja de tener un parámetro fijo, como es la edad, para adquirir la mayoría de edad y acceder al ejercicio de determinados derechos.

Otro de los principios receptados en el Código Civil y Comercial es, el derecho del niño a ser oído, el cual resulta ser la bisagra que marcó el fin de la concepción del niño objeto de derecho para dar lugar a la nueva teoría del niño sujeto de derecho. Esta característica entre otras ha llevado al Comité de los Derechos del Niño a considerarlo como uno de los cuatro principios generales de la Convención de los Derechos del Niño, y llevarlo a la práctica aparece como la mejor manera de desentrañar el verdadero interés superior del niño, cuya protección es el fin

último de toda la legislación sancionada desde la Convención a esta parte. Este derecho trajo consigo el derecho del niño a participar en los procesos en los cuales se traten cuestiones que lo afecten. A demás de la obligación del juez de tomar contacto directo con el niño en cuestión, sin perjuicio de poder recurrir a ciencias auxiliares para reforzar el cumplimiento de este derecho, sin importar la edad del niño, ya que tanto su edad y grado de madurez solo sirven de parámetro al juez a la hora de dar valor a la opinión del niño, niña o adolescente. Esta participación procesal, dio lugar a plantearse nuevos principios rectores de estos procesos, que garanticen los derechos del niño y su ejercicio respetando la función tuitiva de los mismos. En este contexto aparece la figura del abogado del niño como medio para garantizar la independencia de las pretensiones de las niñas, niños o adolescentes, garantizando que lo que se escuche sea la verdadera opinión y pretensión del niño.

Con todo esto, lo más importante es que podamos llevar a la práctica este derecho del niño a ser oído, para lo cual no solo se necesita de la letra de la ley, sino que además, se necesita de un sistema de justicia preparado para ello. Preparado y dispuesto a escuchar a las niñas, niños y adolescentes independientemente de su edad cronológica, que como hemos visto no representa la madurez ni capacidad con la que realmente cuenta cada niño, además, este sistema de justicia debe de estar acompañado de la ciencias auxiliares, que le permitan comprender e interpretar al niño, sus necesidades y su realidad. Para así poder tomar las decisiones más justas y beneficiosas para él, lo cual no significa tomar sus opiniones ni deseos como una sentencia, ya que en definitiva quien debe decidir luego de haberlo escuchado, y valorado su opinión, es el juez.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- Apfelbaum, L. (1994) Convención Internacional de los Derechos del Niño en Argentina. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Revista de Victimología N° 11, pág. 139 a 150 Córdoba – Argentina.
- Assef, M.S. 2014. El Tiempo de los niños. Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas. [Versión Electrónica] Revista Jurídica La Ley. DJ10/12/2014,1. Cita online: AR/DOC/3371/2014
- Basso, S.M., (2015). La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial. [Versión Electrónica] Revista Jurídica La Ley. DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015,31Cita online: AR/DOC/2709/2015
- Bermejo, P. (2015). El Proceso de Familia – (2015). *Voces el Fénix*. Recuperado el 03 de octubre de 2015 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-proceso-de-familia>
- Bueres, A. J. (dirección). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Tomo 1*. Buenos Aires – Argentina
- Burundarena, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo 1(1° Ed)*. Ricardo Luis Lorenzetti (Director). Santa Fe – Argentina: Rubinzal Culzoni
- Cataldi, M.M. (2012). La responsabilidad parental. J.C. Rivera (1ª Ed), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. (pág. 463 - 491). Buenos Aires Argentina: Alberedo Perrot
- Cobas, M. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo 1(1° Ed)*. Ricardo Luis Lorenzetti (Director). Santa Fe – Argentina: Rubinzal Culzoni
- Comité de los Derechos del Niño, 2009. Observación General N°12. Convención Sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas.

- Correira, V.R., (2015). El niño, el derecho a ser oído y la participación activa en procesos. Derecho de Familia. *Utsupra*. Recuperado de (17 - 02- 2016) http://server1.utsupra.com/site1?ID=articulos_utsupra_02A00391081030
- Crescente, S.M., (2008). De la vigencia normativa a la vigencia social de la Ley 26.061. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061* (2da ed. Pp. 29 a 42). Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto
- Di Marco G., Altschul M., Brener A., Méndez S., (2005). Democratización de las familias - Guía de recursos para talleres. *Unicef*. Recuperado de (14 -07- 2016) http://www.unicef.org/ecuador/Democratizacion_de_las_familias_Argentina.pdf
- Ferreyra Viramonte, L. (2014). *Los Derechos Humanos del Niño y la Ideología de Género. Análisis Ley 26.061*. Córdoba, Argentina. Ed. Corintios 13
- González del Solar, J. (sin fecha) El interés superior del niño en situación de conflicto. Presentado en la página *Derecho minoridad*. Recuperado el 08 de septiembre de 2015 de <http://derechominoridad.galeon.com/aficiones2461013.html>.
- Gutiérrez Ayesta V. El derecho de los niños a ser escuchados aplicados a los procesos en los tribunales de familia. Laje, M.I; Reartes, J. Libro de ponencias de Investigación social sobre la Infancia y Adolescencia. (453 – 464)
- Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo 5 (1° Ed)*. Ricardo Luis Lorenzetti (Director). Santa Fe – Argentina: Rubinzal Culzoni
- Herrera, N.S., (2015). La participación del niño a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial. [Versión Electrónica] *Revista Jurídica La Ley* 2015 (abril), 06/04/2015 cita online: AR/DOC/874/2015
- Highton, E.I. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial. [Versión electrónica] *La Ley* 2015, el 13 de abril de 2015. Recuperado el 13/05/2015

de <http://www.nuevocodigocivil.com/los-jovenes-o-adolescentes-en-el-codigo-civil-y-comercial-por-elena-i-highton/>

- Kemelmajer de Carlucci, A., (1994) El derecho constitucional del menor a ser oído. *Revista de derecho privado y comunitario* N°7. Pag.157 a 187
- Ludueña, L. G., (2002-02). Derecho del niño a ser oído... Intervención Procesal del Menor. [Versión Electrónica]Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni Tomo 2 2002-2 (pág. 157 a 179). Recuperado de <http://www.rubinzal.com.ar/libros/derecho-procesal-de-familia--ii/3045/>
- Medina, G. (2012). Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial. J.C. Rivera (1ª Ed), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. (273 – 313). Buenos Aires Argentina: Alberedo Perrot
- Medina, G. (2012). El proceso de familia. J.C. Rivera (1ª Ed), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. (491 – 513)). Buenos Aires Argentina: Alberedo Perrot
- Minyerski, N. y Herrera, M. (2008). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061* (2da ed. Pp. 43 a 70). Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto
- Mizrahi, M.L. (2008). La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.016. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061* (2da ed. Pp. 71 a 92). Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto
- Morcillo, S.; Torres, G. (2015/xx). Capacidad progresiva y los derechos procesales de niñas, niños y adolescentes. [Versión Electrónica] Revista Familia & Niñez nro. 70 (pág. xx)
- Musa, L.C. (2008). La dimensión política de la ley 26.061. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la*

Ley 26.061 (2da ed. Pp. 1 a 13). Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto

- Parrilli, E.N (2015). Breves reflexiones sobre los procesos de familia y el interés superior del niño en el Código Civil y Comercial. Recuperado el 20/08/2015 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1712-breves-reflexiones-sobre-procesos-familia-y-interes-superior-del-nino>
- Pagés Ll., R. M. (2015). El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos. ¿Cómo deben ser oídos? [Versión Electrónica] *Revista Jurídica La Ley. Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2015 (septiembre), 08/09/2015, 61. Cita online: AR/DOC/2189/2015
- Piaget, J. (1ª Ed) (1991) *Seis Estudios de Psicología*. Barcelona, España: Labor S.A.
- Sabsay, D.A., (2008). La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061* (2da ed. Pp. 15 a 27). Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto
- Sortino, C., (2015). Nuevo Código Civil y Comercial: cambios a favor de los niños [Versión Electrónica]. *El Diario de la Republica*. 30 de agosto de 2015. <http://www.eldiariodelarepublica.com/provincia/Nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-cambios-a-favor-de-los-nios-20150830-0026.html>

Legislación:

- Código Civil Argentino (Vélez Sarfield) (1871)
- Declaración de Ginebra (1924)
- Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)
- Reglas de Beijing- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (1985)

- Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989)
- 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008)
- Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos
- Constitución Nacional (1994)
- Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (2005)
- Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Pérez, Natalia Noelia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	29110223
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El Derecho del Niño a ser oído
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	natalianperez@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que la tesis
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.