

La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial

Kemelmajer de Carlucci, Aída Molina de Juan, Mariel F.

Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre) , 3

Sumario: I. Preliminares.— II. El lugar del niño y adolescente en el Código Civil y Comercial.— III. El punto de partida: la autonomía progresiva de niños y adolescentes.— IV. De la participación en el proceso al carácter de parte procesal.— V. El rol del Ministerio Público.— VI. El protagonismo del niño o adolescente en el proceso de adopción.— VII. Conclusiones

Cita Online: AR/DOC/3850/2015

Voces

El CCyC sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de "democratización" vivenciado en su interior; esta evolución ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales

I. Preliminares

El Código Civil y Comercial (de ahora en adelante, CCiv.yCom.) inserta expresamente el derecho privado argentino en el paradigma constitucional-convencional (arts. 1º y 2º) y, en ese contexto, reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho.

Correlativamente, diseña mecanismos de participación activa de las personas menores de edad en el proceso judicial. Elabora, así, un complejo normativo con diversidad de hipótesis que permiten realmente conocer y considerar sus intereses, opiniones y pretensiones cuando se ventilan cuestiones que los afectan.

Nos proponemos profundizar la interpretación de las nuevas disposiciones referidas a la participación procesal de niños, niñas y adolescentes, y formular algunas precisiones que esperamos sean útiles para la praxis judicial.

II. El lugar del niño y adolescente en el Código Civil y Comercial

El concepto y rol de la infancia y de la adolescencia depende de la construcción social, política y cultural que cada sociedad presenta en determinado tiempo y lugar. [\(1\)](#)

El CCiv.yCom. sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de "democratización"[\(2\)](#) vivenciado en su interior; esta evolución ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales.

Conforme esos instrumentos, al igual que los adultos, los niños y adolescentes titularizan una serie de derechos por su condición de seres humanos; y a esos derechos se suman otros, que ejercen por ser personas en desarrollo.

En este sentido, el CCiv.yCom. importa la concreción expresa de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento internacional que cambió el curso de la historia, al menos en su visión teórica sobre la niñez y la adolescencia. En consecuencia, la normativa local respeta la visión del niño como sujeto de derechos humanos [\(3\)](#); recepta [\(4\)](#) el principio del interés superior del niño, de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de la identidad, a los alimentos como derecho humano, etcétera.

Junto a estos principios troncales, ofrece un conjunto de reglas que garantizan la tutela efectiva [\(5\)](#) de los derechos implicados. Refleja, así, una verdadera toma de conciencia en torno a que la participación en el proceso [\(6\)](#) de las personas vulnerables [\(7\)](#) es un requisito indispensable para hacerla posible. [\(8\)](#)

La razón de incorporar reglas procesales en un código de fondo se encuentra plenamente justificada [\(9\)](#) y cobra especial relevancia en aquellos asuntos que involucran a los niños. La garantía de su mejor interés impone extremar los recaudos para la protección de sus derechos [\(10\)](#) de manera eficaz, lo que presupone que sea en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales. Por eso, a lo largo del articulado, el CCiv.yCom. incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos. [\(11\)](#)

III. El punto de partida: la autonomía progresiva de niños y adolescentes

El nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad-incapacidad (12) y se asienta en el principio constitucional-convencional de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos (arts. 3º, 5º, 12, CDN, opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH).

Los primeros párrafos del art. 26 indican: "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".

Está claro: a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante.

La norma continúa: "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 mayor participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a la intervención u opinión de sus representantes. Para estos casos, se permite al niño o adolescente defender su posición con el auxilio de asistencia letrada.

La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. (13) Es probable que esta disyuntiva sea un resabio del viejo binarismo que no alcanza a visualizar la dinámica del nuevo sistema. La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan edad y grado de madurez suficiente para la toma de decisiones en el caso concreto (art. 22 del CCiv.yCom.).

Sin embargo, el CCiv.yCom. no prescinde de todo límite etario, pues también utiliza la edad de 13 años (adolescentes, conf. art. 25 del CCiv.yCom.).

El concepto de "adolescencia" no es nuevo; estaba incluido en diferentes normas nacionales (14) y también fue reconocido por muchas legislaciones extranjeras. (15) En cambio, es una novedad el sentido jurídico con el cual se usa esta expresión.

No funciona como un parámetro absoluto o infranqueable, sino como un presupuesto para reconocer la creciente autonomía (16) de las personas que se encuentran en esta franja de edad. Pertenecer a la categoría jurídica de "adolescentes" permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender en sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra

relevancia el concepto de "competencia", que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona. [\(17\)](#)

A la regla general del art. 26 se suman otros ejemplos que demuestran una clara toma de posición del legislador por la valoración de la competencia específica para cada acto concreto. Entre otros:

— El hijo matrimonial con edad y madurez suficientes puede solicitar se agregue el apellido del otro progenitor (art. 64). La persona con edad y madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando (art. 66).

— Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez (art. 113).

— La decisión judicial que otorga la dispensa por falta de edad para contraer matrimonio debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial (art. 404).

— En la adopción [\(18\)](#): se enumera entre los principios generales el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y que su opinión se tenga en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 595); se valora su edad y grado de madurez a fin de garantizar su derecho a conocer sus orígenes (art. 596); si el adoptante tiene descendientes, deben ser oídos por el juez, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez (art. 598); el niño o adolescente es parte del procedimiento donde se resolverá sobre su situación de adoptabilidad si tiene la edad y grado de madurez suficiente y comparece con asistencia letrada (art. 608).

— El hijo puede estar en juicio contra sus progenitores si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada (art. 679), etcétera.

En forma paulatina, la jurisprudencia recoge la nueva visión. Por ejemplo, un tribunal de Corrientes dispuso que los ingresos por asignación universal por hijo sean percibidos y administrados por la adolescente —que vive con la tía paterna— en ejercicio de sus derechos. Consideró la solución como la más respetuosa de la personalidad de la adolescente y la que mejor se condice con su interés superior y su consideración como sujeto de derechos. [\(19\)](#)

IV. De la participación en el proceso al carácter de parte procesal

Cuando las pretensiones involucran los intereses de niños o adolescentes normalmente existe algún tipo de participación procesal. Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal (20); sin embargo, aun en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia.

En otras palabras, ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención.

Las circunstancias que rodean la actuación de un niño o adolescente en la justicia han sido objeto de análisis de la CIDH. La opinión consultiva OC-17/2002 destaca: "Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías". (21)

Por eso, **la actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal**, que se refiere a aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. (22) Con acierto, Fernández sostiene que el concepto de parte "calcado" del proceso de adultos puede resultar incompatible según la edad, excepto adolescente próximo a la mayoría edad. (23) El CCiv.yCom. desborda estos límites y regula a lo largo de su articulado diferentes mecanismos que le confieren protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos.

Es relevante recordar la noción de **competencia**, antes enunciada, pues involucra a todas las personas que no alcanzaron los 18 años. La opinión consultiva OC-17/2002 afirma acertadamente que **"hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse**

razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio". (24)

1. Niño que participa directamente con su voz o su opinión

Aunque la intervención del niño no sea directa, sino "indirecta" a través de sus representantes legales, en una gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa ejerciendo su "derecho a ser oído".

Este derecho, que se encuentra consagrado entre las reglas generales de capacidad (art. 26 del CCiv.yCom.) se reitera entre los principios del proceso de familia. El art. 707 dispone que los niños, niñas y adolescentes "con edad y grado de madurez suficiente" para formarse un juicio propio (...) tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso".

Para la observación general OG-12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

Conforme los textos constitucionales-convencionales y legales, para el ejercicio de este derecho no se requiere una edad determinada. En cambio, sí se exige tomar medidas adecuadas que canalicen sus manifestaciones.

Toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin restricciones; ello no quiere decir que su opinión sea vinculante para la decisión. En cambio, la autonomía progresiva juega un papel importante para valorar la opinión del niño (por ejemplo, no tiene el mismo impacto la negativa de un adolescente de 16 años a mantener la comunicación con uno de los progenitores, que la de un niño de 5 años, en el que probablemente exista algún grado de condicionamiento por parte del otro progenitor). (25)

En todos los casos, si bien la opinión de la persona menor de edad no es determinante de la decisión, cuando el Juez decide apartarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen.

Queda claro entonces que:

(i) el ejercicio de este derecho no se sujeta a una edad determinada;

(ii) la edad y madurez pueden incidir en la forma o las estrategias a adoptar para la escucha;

(iii) las competencias del niño o adolescente para el caso concreto condicionan la valoración que el juez hace de su opinión;

(iv) el niño debe ser escuchado toda vez que lo manifieste. La negativa del tribunal viola los mandatos constitucionales-convencionales. [\(26\)](#)

En cambio, existen algunas dudas sobre la naturaleza de la escucha. ¿Es una facultad o una obligación?

La cuestión reviste cierto interés, no sólo en los procesos en que se ventilan relaciones familiares, sino también en el fuero civil en los asuntos patrimoniales que involucran los intereses de niños o adolescentes (por ej., sucesiones, reclamos de indemnización por daños, cuestiones de naturaleza societaria en la que los niños o adolescentes heredan participaciones, etc.).

La regla es que el niño tiene la facultad de peticionar o no. Si peticona, debe admitirse y ofrecerse las condiciones necesarias para que pueda manifestarse en un ámbito de contención y confianza.

Cuestión diferente es si **el juez tiene obligación de citarlo siempre**. Parece conveniente distinguir:

(i) Si las pretensiones se refieren a **derechos personales** del niño (convivencia, régimen de comunicación con los padres o con los parientes, etc.), la respuesta afirmativa se impone, pero él puede manifestar que no quiere comparecer. En este caso, es función del Ministerio Público (art. 103 del CCiv.yCom.) controlar que la negativa no responda a un condicionamiento de alguno de los adultos que lo rodean. Esta posición se refuerza con el argumento del art. 655 del CCiv.yCom. que se refiere al plan de parentalidad (por el cual los progenitores acuerdan las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado del hijo). Por mandato legal, los padres deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación, regla que se traslada al terreno judicial, si no hubo acuerdo entre ellos.

(ii) Si las pretensiones son **estrictamente patrimoniales**, no que puede anticiparse una respuesta única aplicable a todos los casos. En cualquier caso, **es una decisión del juez, sobre la base de un juicio de ponderación razonable del objeto del pleito, la edad del niño y adolescente, y las circunstancias que rodean el conflicto.**

2. Niño o adolescente como parte procesal

En estos casos, el niño o adolescente **puede** intervenir a través del Ministerio Público (cuando la ley autoriza su actuación en forma principal conf. art. 103 del CCiv.yCom.) o de un abogado de confianza.

Esta primera afirmación despeja una primera duda sobre la superposición de funciones entre uno y otro operador. Se trata de dos figuras diferentes que no deben confundirse. Volveremos sobre la función del Ministerio Público en el apartado siguiente. Aquí nos limitamos al análisis de la participación autónoma del niño con un abogado de confianza.

Se trata de la manifestación más compleja del derecho a participar, porque involucra dos aspectos en íntima relación: el derecho a la defensa técnica idónea, y el derecho a tener un abogado de confianza. Esta garantía procesal encuentra sustento en la propia CDN. El art. 12, inc. 2º, consagra el derecho a ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante; el art. 37, inc. d), reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica, y el art. 40, inc. 2.b), les garantiza el derecho a asistencia letrada en la preparación y presentación de su defensa.

En algún sentido, la ley 26.061 ha ampliado las garantías procesales de la Convención. El art. 27, inc. c), consagra el derecho del niño "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 el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

A pesar de que han transcurrido varios años desde su recepción legislativa, la puesta en práctica de esta figura no resulta fácil ni está exenta de polémicas. Ofrece múltiples aristas para el análisis, imposible de agotar en los límites necesarios de este trabajo. Por lo tanto, intentamos responder las preguntas más frecuentes.

(i) **¿En qué casos el niño o adolescente puede intervenir de manera autónoma?**

El CCiv.yCom. supedita la participación con abogado a la oposición de intereses del niño con sus representantes legales (arts. 26, 677 y concs.). [\(27\)](#)

(ii) ¿Cómo se define la capacidad procesal para la intervención? ¿Existe una edad mínima para el ejercicio de esta garantía?

Dado que la capacidad procesal es una manifestación de la capacidad de ejercicio, ¿se rige por las mismas pautas de la capacidad de ejercicio y entonces se aplica el

paradigma de la **autonomía progresiva** o sigue sujeta al viejo binarismo asentado en criterios rígidos de edad?

Como premisa, y a diferencia del derecho a ser oído, para que sea posible la actuación con defensa técnica, resulta coherente que la persona tenga un cierto grado de madurez.

Antes de la sanción del CCiv.yCom. se discutió si esa madurez se encontraba supeditada a la edad fijada para realizar actos jurídicos lícitos (art 921 del CCiv.) o si debían aplicarse las reglas emanadas de la ley 26.061 y la CDN, haciendo operativa la valoración de la autonomía progresiva de la persona y su capacidad para intervenir en ese caso concreto. (28) Con algunos matices, se han desarrollado tres posiciones que merece la pena recordar, con la advertencia de que la complejidad del tema es tal que ni siquiera la Corte Federal ha brindado una respuesta uniforme.

En un extremo se ubica la postura amplia que admite la designación del abogado, cualquiera que sea la edad de ese niño; en el otro, la visión restringida, que exige discernimiento para los actos lícitos y se sustenta en el criterio cronológico. En el medio, buscando el equilibrio, la que se asienta en la valoración de la madurez del niño y su autonomía progresiva.

La posición más amplia sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal que protege a todos los niños y adolescentes. En este contexto, la designación de un abogado es siempre procedente, con independencia de la edad y madurez. En consecuencia, todo niño que se ve afectado por un proceso judicial tiene derecho a contar con un abogado de su confianza. En caso de que no lo designe él mismo, el Estado le deberá asignar uno de oficio. (29) Para esta línea de pensamiento, no habría diferencias con el ejercicio del derecho a ser oído. En ambos casos deben ser cumplidos, cualquiera que fuera la edad del niño; sólo cambia la consideración subjetiva del juzgador y no la viabilidad de tales derechos. Si el niño no puede dar instrucciones, la función del abogado es asumir la defensa de sus derechos y garantías (30); por ello, es muy importante que sea un profesional especializado. (31)

En el otro extremo se afirma que para poder intervenir con abogado, el niño debe tener capacidad para los actos lícitos. Antes de esa edad, el sujeto no puede dar mandato ni indicaciones y, por lo tanto, no puede ser parte en el proceso ni contar con la asistencia de un abogado. (32) En estos casos, la representación corresponde a los padres, el tutor o el asesor de menores. (33) Esta posición cuenta con el respaldo de algunos precedentes de la Corte Federal. (34)

Por último, la postura intermedia busca el equilibrio entre ambos extremos; rechaza la fijación de límites etarios excluyentes y aconseja dejar librado a la decisión judicial la procedencia o no de la designación. Parte del reconocimiento de la subjetividad de los niños, que exige considerar las posibilidades de cada uno, determinadas por sus propias circunstancias de maduración y desarrollo. Esta visión viene de la mano del reconocimiento de la autonomía progresiva [\(35\)](#), que rechaza la aplicación de criterios rígidos fundados en la edad.

¿Cómo se ejerce esta garantía en los casos en los que los niños no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente? Tanto el criterio restrictivo como el flexible sostienen que toda vez que exista conflicto de intereses entre el niño (sea por su edad en el caso de la postura rígida [\(36\)](#), o por su falta de desarrollo y madurez en la intermedia), debe designarse un **tutor ad litem**. En verdad, ambas figuras no son idénticas. El tutor ad litem es un instituto de protección que procede sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. Representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres —conf. art. 109 [\(37\)](#)— pero actúa exclusivamente para ese acto único y sin desplazarlos en las restantes esferas de la vida del hijo. [\(38\)](#) Defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. [\(39\)](#) El **abogado del niño**, en cambio, lo patrocina, lo escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado. Expresa "los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la actuación complementaria del Ministerio Público. [\(40\)](#)

El CCiv.yCom. se inclinó por un criterio flexible-mixto, que ofrece una variante muy razonable. Como regla, **si se trata de un adolescente, su "edad y grado de madurez" se presume. Si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones** necesarias para llevar adelante una participación autónoma.

Varias normas ejemplifican esta premisa: el art. 679 permite reclamar a los progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial si cuenta con la edad, grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Conforme el art. 677, esa autonomía y madurez se presume (con carácter iuris tantum), porque desde entonces puede intervenir en el juicio de manera autónoma con asistencia letrada. En consecuencia, la edad de trece años estaría indicando la capacidad para designar abogado. Los menores de esa edad, si cuentan con madurez suficiente previamente valorada por el tribunal, podrían actuar con patrocinio propio. Caso contrario, deben contar con la asistencia de un tutor especial (conf. art. 109 del CCiv.yCom.).

Un supuesto especial de intervención con carácter de parte se regula en el reclamo alimentario. El CCiv.yCom. confiere a la persona menor de edad legitimación activa para iniciar el proceso de alimentos (art. 661). En efecto, los alimentos pueden ser reclamados no sólo por el otro progenitor en representación del hijo, sino también por el hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada. Este supuesto configura una excepción, fundada en el principio de autonomía progresiva. No fija una edad mínima a partir de la cual el hijo está facultado para efectuar el reclamo; exige que tenga madurez suficiente, cuestión sujeta a prueba, aunque cabría presumirla por el solo hecho de formular la pretensión.

V. El rol del Ministerio Público

El transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales transformaron la figura del Ministerio Público. Nació junto con la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de derechos, y se mantuvo unido al sistema de incapacidades regulado en el Código Civil funcionado como una herramienta —a veces omnipotente u omnipresente— para suplir la incapacidad de las personas menores de edad, a las cuales había que proteger sin considerar su voluntad y autonomía. Con la reforma constitucional, su actuación debió acomodarse al nuevo paradigma del niño y el adolescente como sujeto de derechos. El CCiv.yCom. potencia esta redefinición.

El art. 103 del CCiv.yCom. distingue dos formas de intervención: complementaria o principal:

(i) La intervención es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. Es la manifestación más tradicional de su rol; por ejemplo, la participación en los procesos en que se ventilan cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental. El Ministerio Público debe dictaminar sobre el plan de parentalidad propuesto por los progenitores (art. 655) y en casos de desacuerdos reiterados en el ejercicio de la función (art. 642).

La ausencia de intervención causa la nulidad del acto. En forma expresa el art. 103 del CCiv.yCom. se pronuncia por la nulidad relativa, que puede ser confirmada. El argumento del carácter relativo de la nulidad fue utilizado en un fallo dictado en Corrientes, que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera (que tenía hijos menores de edad que habitaban con ellas). La sentencia rechazó el planteo de la nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención. El fallo —con voto dividido— mantuvo la medida atento a la urgencia y la provisionalidad de la decisión. [\(41\)](#)

(ii) Antes de la reforma, la intervención directa del Ministerio Público también era admitida por la doctrina y la jurisprudencia (42); de ahí el alto valor de su consagración expresa en el inc. b) de la norma, que enumera una serie de supuestos en los que asume una representación procesal diferenciada de los derechos de personas menores de edad (43).

a) Cuando existe inacción de los representantes y los derechos de los representados estén comprometidos. Así, el Ministerio Pupilar puede actuar en procura de la determinación de paternidad de un niño o adolescente (art. 583 del CCiv.yCom.); solicitar la afectación de la vivienda al régimen de protección general establecido a partir de los arts. 244 y ss., o pedir la inscripción de la afectación efectuada por actos de última voluntad (art. 245, párr. 1°).

b) Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; por ejemplo, solicitar la remoción del tutor (art. 136 del CCiv.yCom.), intervenir ante diferencias de criterio entre los tutores (art. 105 del CCiv.yCom.), demandar alimentos al progenitor (art. 661 del CCiv.yCom.) o a los demás ascendientes (art. 668 del CCiv.yCom.), etcétera.

c) Cuando los niños o adolescentes carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En estos casos, deben promover los procesos judiciales pertinentes a ese fin.

La intervención del Ministerio Público también adquiere protagonismo en aquellos casos en que se configuran situaciones de vulnerabilidad por estar comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los niños y adolescentes.

VI. El protagonismo del niño o adolescente en el proceso de adopción

Párrafo aparte merece el protagonismo que la nueva ley le asigna al niño o adolescente en los casos de adopción. (44) Este protagonismo se manifiesta, por un lado, en el "derecho a ser oído" y que su voz no sea una mera formulación teórica; por el otro, en las posibilidades de una actuación procesal concreta y efectiva, que ofrece una inestimable pauta de valoración de su real parecer.

Veamos qué implican estos mecanismos procesales:

(i) La escucha es necesaria tanto en el proceso administrativo como en todas las etapas del trámite judicial. Como se ha visto, según la edad y condiciones personales, puede tener ciertas connotaciones especiales.

La obligatoriedad está plasmada en diferentes disposiciones: (a) el art. 595, inc. f), recoge el principio del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según la edad y grado de madurez; (b) el art. 609, inc. b), entre las reglas del procedimiento de declaración de situación de adoptabilidad, dice que es obligatoria la entrevista personal del juez con el niño, niña o adolescente; (c) el art. 616, inc. b), obliga al juez a oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

Siguiendo las reglas generales, no establece una edad mínima para el ejercicio de esta facultad, razón por la cual, corresponderá garantizar su aplicación en todos los casos, debiendo generar estrategias para alcanzar el propósito según las particularidades de desarrollo y comprensión propias de cada etapa de la infancia.

El derecho a ser oído comprende también una manifestación mucho más compleja de la actuación del pretense adoptado: el consentimiento para la adopción. La doctrina del consentimiento informado se ha desarrollado en el campo de la salud e ingresó al terreno jurídico de la mano de la bioética y el fortalecimiento de la doctrina de los derechos humanos. [\(45\)](#)

El inc. f) del art. 595 estipula la obligatoriedad de requerir el consentimiento del niño y adolescente a partir de los diez años, regla que reitera el art. 617 en el inc. d). La solución es razonable; si un niño de 10 años o más se opone a la adopción, es muy probable que este instrumento jurídico esté condenado al fracaso y no tiene sentido continuar, como si el principal protagonista no existiera. En este aspecto se ha considerado adecuado recurrir a un criterio etario rígido, siguiendo algunos antecedentes del derecho comparado. [\(46\)](#) Sin embargo, la regla no funciona de un modo insalvable ni absoluto, porque si un niño que no alcanzó los 10 años expresa su opinión contraria en oportunidad de ser oído por el juez, tampoco deberá ser ignorado. Por el contrario, su manifestación debería valorarse como un indicador de su madurez.

Asimismo, el protagonismo del niño y su consideración como sujeto de derecho se manifiesta en su intervención para la construcción de su apellido (conf. arts. 626, 627, inc. d], y 629, última parte).

(ii) La defensa técnica se traduce en la posibilidad de ser considerado parte y la consecuente actuación con patrocinio letrado, garantizada en todas las etapas del proceso adoptivo (arts. 608, 613 y 617).

En definitiva, la normativa muestra la relación directamente proporcional entre autonomía progresiva y participación activa en el proceso, relación que, por otro lado, impacta inversamente en la discrecionalidad judicial. A menor capacidad progresiva,

mayor discrecionalidad judicial porque cuando el niño no tiene la madurez suficiente (niños pequeños o personas que no estén en condiciones de expresar su voluntad a favor o en contra de la adopción), tal carencia debe ser suplida por el juez.

VII. Conclusiones

Hemos intentado indicar, en forma práctica, los diversos modos en los que los derechos de los niños pueden ser ejercidos en el proceso. Ciertamente, todo esto es inútil si los juicios se dilatan indebidamente.

Para evitar tamaño perjuicio deberíamos recordar más frecuentemente las palabras de quien fuera juez de la Corte Interamericana de Derechos humanos:

"Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya 'impregnado de historia' vive en la época; los que ya partieron, viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos". [\(47\)](#)

[\(1\)](#) (1) Compulsar GIL DOMÍNGUEZ, Andrés — FAMÁ, María Victoria — HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 529.

[\(2\)](#) (2) Fundamentos del Anteproyecto.

[\(3\)](#) (3) Dice la opinión consultiva OC-17/2002 de la CIDH sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: "Los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...".

[\(4\)](#) (4) Se suman la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24).

[\(5\)](#) (5) Conf. art. 8.1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).

[\(6\)](#) (6) Este derecho encuentra su fundamento en el art. 12 de la CDN, que establece: "1. Los Estados parte garantizarán que el niño que esté en condiciones de formarse un

juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los conciernan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a su edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante legal o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reguló el derecho del niño a participar, a ser oído y a contar con asistencia letrada (arts. 24 y 27).

(7) (7) Las 100 Reglas de Brasilia han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, pues presenta especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia (Regla 3). Esta condición de vulnerabilidad comprende todo niño, niña y adolescente (o sea, persona menor de dieciocho años de edad), excepto que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Indica que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5).

(8) (8) Ampliar en MIZRAHI, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", en KRASNOW Adriana (dir.), Tratado de Derecho de Familia, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 319 y ss.; y en Responsabilidad parental, Astrea, Buenos Aires, 2015, parágs. 26 y ss.

(9) (9) Las facultades provinciales no excluyen la posibilidad de que el Congreso de la Nación haga lo suyo a fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo. Para ampliar, PALACIO, Lino, Derecho Procesal Civil, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 42. En esta línea, la Corte Federal afirma que "si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos, estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar" (conf. Corte Sup., Fallos 138:157; 136:154).

(10) (10) Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Principios procesales en el Derecho de Familia contemporáneo", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 51, AbeledoPerrot, septiembre de 2011 (Informe presentado en la Comisión 3 sobre "Derecho Procesal de Familia" en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8-10/6/2011).

[\(11\)](#) (11) FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina — BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia — DE LOS SANTOS, Mabel, "Comentario art. 705", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa — LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de Derecho de Familia, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 425; ROSALES CUELLO, Ramiro — MARINO, Tomás, "Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?", LL del 16/9/2014, p. 1; AR/DOC/3211/2014.

[\(12\)](#) (12) Conf. FERNÁNDEZ, Silvia, en HERRERA, Marisa — CARMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 69.

[\(13\)](#) (13) La cuestión ha sido tratada por la Comisión 1 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015). El Despacho A (Mayoría): En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio (Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlavan, Chiappero, Plovovich, Valente, Muñiz, Laferriere, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, González, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rapoport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda). El Despacho B (Minoría) propuso: En materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción, la incapacidad de ejercicio (Wallace, Curti, Lotrica, De la Torre, Wolkokics, Lloveras, Loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat).

[\(14\)](#) (14) Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; ley 26.529 de Derechos del Paciente (art. 2º); ley 26.743 de Identidad de Género (art. 5º); ley 26.657 Nacional de Salud Mental (art. 26).

[\(15\)](#) (15) Entre otros, Código de Niñez y Adolescencia de Paraguay (ley 1680/2000); Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739/1998); Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (ley 100/2003); Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela (2007); Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (ley 8069, año 1990); Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay (ley 17.823/2004)

[\(16\)](#) (16) FERNÁNDEZ, Silvia, "El rol del Ministerio Público en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, nro. 16, 2015; Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

[\(17\)](#) (17) MIZRAHI, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", en KRASNOW Adriana (dir.), Tratado de Derecho de Familia, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 403.

[\(18\)](#) (18) La normativa citada en el texto muestra el articulado referido a la edad y grado madurez; téngase presente, también, que un niño que alcanzó los 10 años no puede ser adoptado sin su consentimiento (art. 595, inc. f)]. Ver infra, parág. 6.

[\(19\)](#) (19) Juzg. Primera Instancia Corrientes, 3/9/2015, www.juscorrientes.gov.ar.

[\(20\)](#) (20) MIZRAHI, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", cit., p. 392.

[\(21\)](#) (21) CIDH, opinión consultiva OC-17/2002, párrs. 96 y 98

[\(22\)](#) (22) GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 2ª ed., Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 170.

[\(23\)](#) (23) FERNÁNDEZ, Silvia, "El proceso justo constitucional de niños y adolescentes y la construcción de la tutela judicial efectiva de sus derechos. Reformulación de las nociones de defensa jurídica, representación legal y asistencia de los menores de edad a partir de las leyes de protección integral de derechos de infancia", APBA 2009-3-262.

[\(24\)](#) (24) CIDH, opinión consultiva OC-17/2002, párr. 101.

[\(25\)](#) (25) Compulsar, C. Apels. Trelew (Chubut), sala A, 21/8/2015; la cita no implica compartir la solución ni todos los argumentos vertidos por el tribunal.

[\(26\)](#) (26) Parece contradecir esta regla, al menos desde la teoría, el voto mayoritario de la C. Civ. y Com. Corrientes, sala 3ª, 1/9/2015, "R., M. E. v. H., A. V. A. s/ medida cautelar (Exclusión de hogar)", Rubinzal Online 3600/2014 RC J 5927/15.

[\(27\)](#) (27) La opinión consultiva OC-17/2002: "No existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores... no están en condiciones de ejercerla sin riesgo... debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior".

[\(28\)](#) (28) Para abundar, MOLINA DE JUAN, Mariel, "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar", LL del 16/6/2014; LL 2014-C-2014.

(29) (29) RODRÍGUEZ, L. "Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes", RDFyP 2011-10-11.

(30) (30) SOLARI, Néstor, "Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño", LL del 1/12/2010; LL 2010-F-422.

(31) (31) Corte Sup., 26/10/2010, "G., M. S. v. J. V., L. s/ divorcio vincular", LL del 19/11/2010, p. 7; LL del 1/12/2010, con nota de SOLARI, Néstor, "Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño", LL 2010-F-422, y JÁUREGUI, Rodolfo G., "Supuesto abuso sexual de niñas cometido por su padre y prohibición provisional de contacto", LL del 7/2/2011, p. 8; LL 2011-A-215.

(32) (32) C. Nac. Civ., sala K, 28/9/2006, "R. M. A. s/ protección de personas", AP 70056938; C. Nac. Civ., sala B, 19/3/2009, "K., M. y otro v. K., M. D.", LL del 15/4/2009, AR/JUR/3038/2009; Trib. Familia Mar del Plata, n. 2, 18/2/2009, "M., C. A.", AP 1/70058594-1; C. Nac. Civ., sala I, 15/10/2013, "B. L. A. E. v. G., Y. A. s/ régimen de visitas", AP AR/JUR/69621/2013; APJD del 20/2/2014.

(33) (33) MORENO, Gustavo, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF nro. 35, ps. 56 y ss.

(34) (34) Corte Sup., 26/6/2012, "M., G. v. P., C. A. s/ recurso deducido por la defensora oficial de M. S. M.", LL del 24/7/2012; LL del 8/8/2012; con nota de GOZAÍNI, Osvaldo A., "El niño y el adolescente en el proceso", LL del 9/8/2012, p. 4; LL 2012-D-600; JÁUREGUI, Rodolfo G., "La Corte Suprema y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño", RDyFP 2012 (noviembre), 271. Ver también LEONARDI, Celeste, "El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo 'M., G. v. P., C. A.'", <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/revistas/Revista-numero3.pdf>; Corte Sup. 27/11/2012, "P., G. M. y P., C. I."; APJD del 6/12/2012, AP AP/JUR/3498/2012.

(35) (35) FAMÁ, María Victoria, "La competencia del adolescente para reconocer hijos", RDF 2009-I-113.

(36) (36) C. Nac. Civ., sala I, 15/10/2013, "B. L. A. E. v. G. Y. A. s/ régimen de visitas", AP AR/JUR/69621/2013, APJD del 20/2/2014.

(37) (37) "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial...".

[\(38\)](#) (38) Por ejemplo, C. Civ. Com. y Laboral Gualeguaychú, 31/5/2012, "C. J. M. v. G. M. s/ ordinario", MJ-JU-M-72995-AR | MJJ72995 | MJJ72995. Ver también Juzg. Familia Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. v. F. C. C. R. — ordinario", MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

[\(39\)](#) (39) PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "La participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, "Los derechos humanos en la familia hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur", celebrado el 24 y 25 de agosto de 2006, Facultad de Derecho, UBA, ps. 12 y 13.

[\(40\)](#) (40) Art. 1º, ley 14.568, provincia de Buenos Aires.

[\(41\)](#) (41) C. Civ. y Com. Corrientes, sala 3ª, 1/9/2015, "R., M. E. v. H., A. V. A. s/ medida cautelar (Exclusión de hogar)", Rubinzal Online 3600/2014 RC J 5927/15.

[\(42\)](#) (42) Reconocida desde hace largo tiempo por la Corte Federal; Corte Sup., 1/11/1999, O.28.XXXII, "Recurso de hecho, O., S. A. v. O., C. H."; Corte Sup., 13/2/2001, M.354.XXXIV, "Recurso de Hecho. M., S. M. v. M., M. A. y otros".

[\(43\)](#) (43) FERNÁNDEZ, Silvia, "El rol del Ministerio Público en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, nro. 16, 2015.

[\(44\)](#) (44) Para ampliar sobre este tema, remitirse a HERRERA, Marisa, "La voz del niño en su proceso de adopción", JA 2007-IV-1095.

[\(45\)](#) (45) Ha sido recogida expresamente en el art. 59 del CCiv.yCom.

[\(46\)](#) (46) Si miramos estas experiencias, vemos que en Cuba la conformidad con la adopción se exige a partir de los 7 años; en Puerto Rico a los 10 años; el Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana requiere la conformidad del adoptado a partir de los 12 años (art. 126, párr. 2º); también establecen como edad límite los 12 años Paraguay (art. 18, inc. c], Ley de Adopciones) y España (art. 177, punto 1º, ley 21/1987). En Francia, a partir de los 13 años; otros países lo ubican a los 14 años (México, Alemania, Malta e Italia). En Chile se da una peculiaridad porque el art. 3º de la ley 19.620 exige el consentimiento por parte de los menores adultos, que para las mujeres se establece a los 12 años y varones 14 años. Ampliar en la completa investigación de HERRERA, Marisa, "La voz del niño en su proceso de adopción", JA 2007-IV-1095.

[\(47\)](#) (47) Voto concurrente Cançado Trindade, opinión consultiva OC-17/2002, párr. 69.