

Título: Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible

Autor: Krasnow, Adriana N.

Publicado en: RDF 86, 10/09/2018, 85

Cita Online: AP/DOC/559/2018

(1)

I. Planteo del tema a desarrollar

Como todos sabemos, el derecho privado responde a un modelo que reposa en la protección de la persona humana en su unicidad, en sus relaciones de familia y en sus relaciones con lo social. En sintonía con esta perspectiva, la capacidad nace con la persona y ello permite dejar en el recuerdo los distinguos que llevaban a desplazar a ciertos colectivos —como personas menores de edad y con discapacidad— del ejercicio pleno de sus derechos. En sintonía con lo que decimos, cabe recordar una de las notas del Proyecto de Cód. Civ. y Com. de 1998: "[...] la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da falsa idea de que la personalidad de sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley, el derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin [...]".

En esta dimensión, debe ser analizado el universo de niños y adolescentes a la luz del concepto rector que los comprende, el interés superior del niño. Este término marco, que toma vitalidad con la Convención de los Derechos del Niño, establece tanto el deber de los padres y el Estado de garantizar la satisfacción de los derechos de la niña, niño y adolescente como el deber de respetarse la autonomía y protagonismo que este sector tiene en la familia y en la sociedad.

Es desde esta dimensión que me propongo en los apartados que siguen emprender un desarrollo que permita brindar una respuesta a las preguntas que paso a enunciar: ¿qué debe entenderse por interés superior del niño?; ¿cómo vincular el interés superior del niño con el principio de autonomía progresiva?; ¿cómo vincular el principio de autonomía progresiva con el derecho de participación de niñas, niños y adolescentes?; ¿qué motiva decir que interés superior del niño, principios de autonomía progresiva y derecho de participación son términos inescindibles?

Los invito a transitar juntos este camino.

II. El interés superior del niño

Este principio se vincula con el reconocimiento de la condición de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho en igualdad de condiciones con los demás y con este carácter tienen el derecho de participar en toda cuestión que involucre su persona y sus derechos (2). En sintonía con lo expuesto, el inc. c) del art. 706 del Cód. Civ. y Com. —en adelante, Cód. Civ. y Com.— dispone: "[L]a decisión que se dicte en un proceso en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estas personas".

En este sentido, el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño —en adelante, CDN— establece: "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 la que se atenderá será el interés superior del niño [...]".

También encontramos una referencia en el art. 18.1 del mencionado instrumento internacional, cuando, al referir a la responsabilidad de los padres, dispone que "[...] su preocupación fundamental será el interés superior del niño [...]".

Por su parte, el art. 3 de la ley nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes lo define como "[...] la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley [...]".

Sirviéndonos de los valiosos aportes que sobre el particular nos brindó Grosman, el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho. En cuanto a la calificación como "superior", sostiene que

"(F)undamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado [...]" (3).

En la misma línea se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— al decir que la expresión interés superior del niño (4) "[...] implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida. El alto tribunal aclaró, asimismo, que entre esos derechos estaban los económicos, sociales y culturales [...]".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su condición de máxima autoridad judicial a nivel nacional, dispuso como doctrina que (5) "[...] el interés primordial de los niños y adolescentes ha de orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos".

Del encuadre que precede surge que nos encontramos ante un concepto flexible que debe adaptarse a la realidad vivencial de una niña, un niño o un adolescente en concreto. En este sentido se expresó el Comité de los Derechos del Niño en su observación general 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (6): "(E)l concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3º, párr. 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general [...]".

III. El principio de autonomía progresiva

Abordar el principio de autonomía progresiva exige analizar el modelo de capacidad y el tratamiento de la persona menor de edad que instala el Cód. Civ. y Com.

III.1. La capacidad como derecho humano

El régimen de capacidad vigente está constituido por un conjunto de normas elásticas que responden a la regla general de que todas las personas son capaces. En este sentido, el art. 22 expresa en referencia a la capacidad de derecho: "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto a hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".

Como se desprende del enunciado, toda persona tiene la aptitud de ser titular de todos los derechos y deberes que le corresponden por su condición de persona, situación que pone de manifiesto que la capacidad hace a la dignidad, libertad y autonomía. La dimensión que se le reconoce hoy a la capacidad permite enmarcarla como un derecho humano de la persona.

Como se expresa en los Fundamentos de lo que en sus inicios fuera el anteproyecto de reforma, se buscó "[...] adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como 'edad y grado de madurez', la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas [...]".

En este marco, las limitaciones a la capacidad son excepcionales y sólo procederán cuando en miras a la protección de la persona concurren algunos de los supuestos que expresamente prevé la norma (art. 22).

En este marco, y en consonancia con el derecho francés, el sistema distingue la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. Respecto de la mencionada en último término, el art. 23 establece que "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código

y en una sentencia judicial".

Atento a la descripción que precede, toda persona es capaz de ejercicio y en esta condición puede obrar con libertad y autonomía. Respecto de las limitaciones expresamente dispuestas en el Cód. Civ. y Com., comprende a niñas, niños y adolescentes que en función de la edad y madurez suficiente —principio de autonomía progresiva— podrán actuar con autonomía o con la asistencia de sus representantes legales. En relación a las limitaciones dispuestas por sentencia judicial, comprendería a las personas mayores de edad afectadas por una situación que legitime la restricción de la capacidad, previo proceso judicial en el que se constate que esta decisión atiende a la protección de su persona.

En este marco abierto, la restricción a la capacidad no importa una sustitución de la voluntad, puesto que las limitaciones siempre se medirán en cada particularidad concreta y el representante legal o el sistema de apoyos deberá, en todos los casos, proteger la autonomía de su representado o asistido. Es por ello que el art. 24 se ocupa de enunciar expresamente quiénes son incapaces de ejercicio: "[...] a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión".

Si bien en estos supuestos cabe recurrir al instituto de la representación legal, su funcionamiento responde al modelo en el que se inserta. Digo esto porque en el paradigma vigente el representante legal, respetando la autonomía de su representado, tiene una función orientada a la protección, acompañamiento, colaboración y asistencia (arts. 100 y ss.) (7).

III.2. La persona menor de edad

En concordancia con el régimen de capacidad, el Cód. Civ. y Com. clasifica a las personas menores de edad en dos sectores, insertándose en el texto legal el término "adolescente". Así, el art. 25 informa que "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" (8).

Conforme el texto legal, el universo de personas menores de edad que comprende a las personas hasta los 18 años las agrupa en: a) menor de edad: persona que no ha cumplido 13 años; b) menor adolescente: persona comprendida entre los 13 a los 18 años de edad.

El reemplazo de los términos "impúber" y "púber" por "menor" y "adolescente" se corresponde con la terminología que se fue consolidando desde hace años en la legislación destinada al universo que integran niños y adolescentes.

Como antecedentes que plasmaron estas denominaciones, pueden mencionarse leyes especiales, como: ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (art. 1º); ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud (art. 2); decreto reglamentario 1089/2012 (art. 2º, reglamentación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742); ley 26.743 de Identidad de Género (art. 5º); ley 26.657 de Salud Mental (art. 26).

La tendencia que esta nómima refleja a nivel nacional se replica en las legislaciones latinoamericanas, como entre otras, el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, (ley 17.823, 2004); Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (ley 8069, de 1990); Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739, 1998).

Resulta importante destacar que el cambio terminológico no sólo tiene como finalidad adecuar el lenguaje al modelo en el que se inserta el régimen, sino que la división también responde a mayores facultades que a lo largo del sistema se reconocen a los menores de edad comprendidos en el sector de "adolescentes". Nos limitamos en este espacio a un mero listado de ciertas prerrogativas y facultades: el adolescente de 13 años puede decidir por sí respecto de tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida (art. 26, Cód. Civ. y Com.); cuando se presente un conflicto de intereses entre el hijo y sus progenitores, el hijo adolescente puede actuar por sí con patrocinio letrado, en cuyo caso el juez puede decidir si procede o no el nombramiento de tutor especial (art. 109, inc. a, Cód. Civ. y Com.); el adolescente puede por derecho propio iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes en la adopción (art. 596, Cód. Civ. y Com.); el menor de edad con edad y madurez suficiente puede acceder a los expedientes administrativos, judiciales y a toda información registral que se vincule

con su adopción; los progenitores adolescentes tienen el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 644, Cód. Civ. y Com.); se presume que el hijo adolescente tiene autonomía para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677, Cód. Civ. y Com.); el adolescente puede iniciar un juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso con asistencia letrada (art. 678, Cód. Civ. y Com.); el adolescente puede actuar en un juicio criminal cuando es acusado sin necesidad de autorización de sus padres ni judicial y puede reconocer hijos (art. 680, Cód. Civ. y Com.).

Después de la distinción dispuesta en el art. 25, el Cód. Civ. y Com. precisa en el enunciado que sigue la regla de que toda persona menor de edad debe contar con un representante legal. Iniciar el enunciado con esta regla resulta acertado, puesto que se le debe garantizar una asistencia que coadyuve en el proceso de crecimiento y desarrollo integral. Sin embargo, y reiterando lo expresado en el apartado anterior, la representación legal debe ser entendida como una función que asume el representante en beneficio del representado, adaptándose en su dinámica y alcance al desarrollo madurativo que con el tiempo experimente el representado. Es por ello que el texto legal se flexibiliza a medida que se contemplan distintas situaciones en las cuales se reconoce el derecho de participación que tiene el menor de edad conforme a su edad y grado de madurez (principio de autonomía progresiva).

En esta línea se inserta el art. 26 del Cód. Civ. y Com.: "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 descripción que precede permite mostrar que las funciones del representante legal disminuirán en la medida en que la persona menor de edad con grado de madurez suficiente adquiera competencias que le permitan actuar por sí. El reconocimiento de autonomía y con ello la facultad del menor de edad de ejercer sin asistencia determinados derechos o realizar determinados actos no importa desplazar al representante legal, sino reconocer en este una función que consistirá en acompañar, colaborar y contener a su representado.

En consonancia con lo expuesto, Fernández señala que "[...] en el Cód. Civ. y Com. la edad es tan sólo una pauta a considerar, atendiendo la norma más especialmente al concepto empírico-jurídico de madurez suficiente para el acto concreto de que se trate. ¿Por qué en la nueva legislación no basta la consideración rígida de edad? Sencillamente porque el Cód. Civ. y Com., observando las normas constitucionales, cumple el mandato que deriva de la obligación estatal de control de convencionalidad y, en consecuencia, regula el sistema de capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes a la luz del principio constitucional de autonomía progresiva (art. 5º, CDN; OC 17/2002, Corte IDH) (...)" [\(9\)](#).

III.3. Autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes

Los primeros avances en el desarrollo de un rol activo de las niñas, niños y adolescentes se observan en el derecho de participación en el proceso de familia, como surge de lo dispuesto en la opinión consultiva 17/2002 de la CIDH: "(E)l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso [...]".

En la misma línea, la observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño del año 2009 que refiere al "derecho a ser oído", establece en la primera parte del párrafo segundo: "[E]l derecho de todo niño a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha identificado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, siendo los otros el derecho a la no discriminación, derecho a la vida y el desarrollo, y el principal la consideración del interés superior del niño, que pone de relieve el hecho de que este artículo establece no sólo un derecho en sí, sino que también deben ser considerados en la interpretación y aplicación de todos los demás derechos [...]".

Asimismo, en la observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que

su interés superior sea una consideración primordial, se explica cómo este principio rector se construye con la efectividad del derecho de niños y adolescentes a ser oídos. Con este objeto, informa que "(L)a evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la observación general 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el art. 3º, párr. 1, y el art. 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El art. 3º, párr. 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el art. 3º, párr. 1, refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5º). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior [...]"

Como surge del párrafo del documento que se transcribe, el derecho a ser oído y el derecho de participación como una expresión de mayor alcance se vinculan con el principio de autonomía progresiva consagrado en los arts. 5º y 12 de la CDN (10), como así también en los arts. 3º y 27 de la ley 26.061, cuando se hace referencia a las aptitudes que todo niño adquiere durante su crecimiento y desarrollo (11).

Siendo así, considero oportuno acompañar el encuadre que de este principio proponen Lloveras y Salomón: "[L]a autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad [...] responsabilidad parental y capacidad progresiva van de la mano, y son los pilares de la formación y maduración de los NNA, que transitan el adiestramiento en el ejercicio de los derechos de que son titulares [...]" (12).

En este sentido, en un trabajo de UNICEF que refiere al equilibrio entre los derechos del niño y la familia en función de la autonomía progresiva, se establecen tres reglas: 1) los niños son sujetos de derecho y los padres, como titulares de la responsabilidad parental, tienen un conjunto de deberes y derechos que apuntan a la efectividad de los derechos de los primeros; 2) a medida que evolucionan las facultades del niño, gradualmente los derechos de los padres pasan al niño y este puede ejercerlos por sí mismo; 3) como los derechos pertenecen al niño, deben cumplirse donde él se encuentre o actúe. También se establecen criterios a tener en cuenta a la hora de definir la competencia del niño: a) habilidad de comprender y comunicar información relevante; b) habilidad de reflexionar y elegir con cierto grado de independencia; c) habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños; d) construcción de una escala de valores relativamente estable (13).

Teniendo en claro el marco, corresponde detener la atención en el cómo debe ser interpretado el art. 12 de la CDN, al decir: "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 afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño [...]"

Si uno analiza el enunciado en el limitado marco de su letra, diría que sólo aquellos niños y adolescentes que pueden hacer un juicio propio podrían ejercer el derecho a ser escuchados. Sin embargo, compartimos el pensamiento de Mizrahi cuando señala que "[...] el alcance del mencionado precepto es mucho más amplio a la luz de la interpretación de un órgano de singular importancia en la materia, como lo es el antes referido Comité de los Derechos del Niño [...] ha señalado ese organismo que el comentado art. 12 [...] no debe verse como una limitación sino como una obligación de los Estados parte de evaluar la capacidad del niño [...]" (14).

Entonces la definición del ejercicio de este derecho no se medirá en función de términos rígidos como la edad, sino que deberá analizarse en cada niño concreto cómo incidieron en el desarrollo de su capacidad madurativa la

formación, las vivencias y los acontecimientos que lo acompañaron a lo largo de su corta vida. El considerar las aptitudes de cada niño se vincula de forma directa con otra categoría conceptual que proviene de la bioética, como es la competencia.

La competencia se caracteriza por su elasticidad, puesto que se ajusta a parámetros que se miden en función de la comprensión que puede tener el niño o adolescente de la situación que lo atraviese o involucre. Esta autonomía merece y tiene que ser considerada con especial énfasis cuando se encuentran comprometidos sus derechos humanos, entre los cuales cobran especial relevancia, por contribuir con la realización de los otros derechos, el derecho a la dignidad y el derecho a vivir en familia (15). Esto indica que la definición de las aptitudes del niño puede medirse con el recurso de otros medios de expresión. En este sentido, el párr. 21 de la observación general 12 exige "[...] el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura [...]".

Ahora bien, garantizar la efectividad de este derecho no puede conducir a un exceso. En este sentido, el párr. 24 de la observación general 12 establece que "[...] el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de lo necesario, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de escuchar al niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño [...]".

Con un criterio similar, en las Reglas de Brasilia se aconseja "[...] evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de las prácticas de las diversas actuaciones en las que debe participar la misma persona [...]" (regla 69) (16).

Desde otro lugar, corresponde respetar el derecho del niño a no ser escuchado. En este sentido, el párr. 16 de la observación general 12 establece que "(P)ara el niño expresar sus opiniones es una opción, no una obligación [...]" (17).

A modo de cierre, y con el propósito de mostrar la vinculación que el Cód. Civ. y Com. trae de los temas expuestos, se acompaña una reseña que permite observar cómo se logra captar armónicamente la capacidad jurídica con el principio de autonomía progresiva. Un recorrido del texto legal permite confirmarlo.

Así, cuando dentro del Libro primero, "Persona humana", el capítulo 2 del título primero regula la "Capacidad", distingue la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio invirtiendo la regla respecto del sistema derogado: "[T]oda persona humana puede ejercer por sí mismo sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial" (art. 23).

Asimismo, en el art. 24 se vincula capacidad de ejercicio con autonomía progresiva, cuando define los supuestos de incapacidad de ejercicio: "(...) b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente [...]".

En relación a la persona menor de edad, como oportunamente señalamos, distingue dos sectores: a) menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y b) adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años (art. 25). Asimismo, el art. 26 parte de establecer como regla que "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 [...]".

Otra muestra de la importancia que el Cód. Civ. y Com. asigna a la autonomía progresiva se observa en su inclusión como principio en la adopción y la responsabilidad parental.

En este sentido, el art. 595 del Cód. Civ. y Com. comprende entre los principios que rigen la adopción: "[...] f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años".

Por su parte, el art. 639 del Cód. Civ. y Com. contiene entre los principios que rigen la responsabilidad parental: "[...] 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".

A modo de cierre, y como una forma de ilustrar cómo la ponderación del interés superior de niños y adolescentes en la particularidad de cada caso debe incluir el derecho de participación de la niña, el niño o el adolescente involucrado, trasladamos el sumario de dos casos.

Más cercana en el tiempo se ubica una historia de vida que motivó en la instancia de grado definir que el cuidado personal de cada hijo estaría a cargo de cada progenitor. En la alzada, dicho pronunciamiento fue revocado sobre la base del deseo contrario expresado por los niños, el cual se correspondía con el interés superior de estos: "[L]a sentencia que determinó que cada hijo de la expareja viva con un progenitor distinto es antifuncional en la armonización de todos los intereses puestos en juego, ello en razón de que ambos menores sostuvieron, de manera clara, seguros en su posición y con una madurez superior a la edad que poseen, que más allá de que quieren mucho a ambos padres, su deseo es vivir en la localidad donde vive su madre, ya que allí se sienten más seguros y contenidos —Moreno—, agregando que también quieren mantener un contacto estable con su padre [...] Para determinar el interés superior del niño debe evaluarse, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, su opinión, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y a la educación" [\(18\)](#).

Trasladando la atención a otra historia de vida, dos jóvenes de 13 y 15 años piden en la justicia que se suspenda la orden de restitución con su padre a España en cumplimiento de una sentencia firme. Para fundamentar la presentación, alegan que son parte en las actuaciones y que se les debió designar un abogado para que los represente, destacando que en las tres instancias no han podido participar en decisión alguna sobre sus personas. En este contexto, en la justicia se dijo: "[L]a restitución a España con su padre de dos jóvenes de 13 y 15 años, quienes manifestaron su deseo irreductible de quedarse en el país donde tienen a su madre, su colegio, sus amigos y familiares, debe suspenderse, en tanto aquéllos cuentan con grado de madurez suficiente para comprender los alcances de su voluntad en los términos del art. 707 del Cód. Civ. y Com., lo que supone en el caso una identificación con su superior interés y con el respeto a su capacidad progresiva, máxime cuando sus progenitores no hicieron más que sostener una batalla judicial internacional a expensas de los intereses que cada uno dice defender, lo que indudablemente otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura de sus hijos [...]" [\(19\)](#).

Por último, se detiene la atención en un caso sustanciado en la etapa de transición comprendida desde la media sanción del Proyecto de Reforma de Cód. Civ. y Com. hasta la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. La causa se inicia por un pedido de restitución planteado por la madre de una joven, quien convivía con la ex pareja de su progenitora. Esta última manifestó en la justicia que su hija considera a su ex pareja como un referente en todos los aspectos de su vida como consecuencia de la manipulación que él ejerce sobre ella desde lo afectivo y económico. Señala que el progenitor legal tiene poco contacto con la hija por vivir en otra localidad, recayendo en ella el cuidado exclusivo. En una entrevista personal con la joven, surge el vínculo conflictivo que tiene con sus progenitores legales, su enojo por la ruptura de la pareja de su madre con quien ella considera su progenitor afín y su temor a perder su centro de vida. Admite la alternativa de vivir temporariamente con la familia de una amiga. Ante la imposibilidad de permanecer en la familia de una amiga y la negativa de vivir con alguno de sus progenitores, se dispone una medida excepcional y su alojamiento en una institución. La joven solicita que se le designe un abogado del niño. De la pericia psicológica surge que el nivel de disfunción familiar es alto y que a lo largo de los años se fortaleció el vínculo entre el progenitor afín con la joven, siendo genuino el deseo de la adolescente de vivir con él. En este marco, la jueza dispuso: "Si el vínculo socioafectivo entre una joven y la ex pareja de su madre tiene espacio propio y ha sido alimentado por los años de convivencia y no se ha evidenciado una manipulación que pudiera afectar la decisión de la joven, debe disponerse la responsabilidad de sus cuidados cotidianos a cargo de quien cumpliera el rol de progenitor afín, sin perjuicio de mantener supervisión del caso y que tanto la menor como sus padres biológicos deberán trabajar en el restablecimiento de los vínculos" [\(20\)](#).

III.4. El Ministerio Público

Recordemos que el Cód. Civil derogado contemplaba la intervención del Ministerio Público como representante promiscuo de menores e incapaces (art. 59). El Cód. Civ. y Com. introduce un cambio sustantivo que se corresponde con el modelo de capacidad que se consagra, desplazando la representación promiscua por una

actuación complementaria y, en determinados supuestos, principal (21).

Este desplazamiento coloca al Ministerio como un organismo que no sustituye la persona del menor de edad o incapaz, sino que asume una función de colaboración, asistencia y control de quienes asumen la representación legal de este universo. Es por ello que el art. 103 (22) refiere a la participación complementaria en vinculación con los representantes legales directos, mientras que en los supuestos de inacción, ausencia o incumplimiento de los deberes de los representantes legales su actuación será principal.

Referir en el presente a la actuación complementaria o principal del Ministerio Público tiene una connotación significativa, la cual se materializa en la exigencia de asumir una labor que valore la autonomía de la niña, el niño y el adolescente en consonancia con el principio de autonomía progresiva. Desde este lugar deberá respetar su derecho a expresarse y a participar en el proceso, como así también desempeñar una labor de asistencia y acompañamiento.

En esta dimensión, su intervención abarca la representación de las personas menores de edad, trátase de procesos de familia en los cuales se ventilen cuestiones vinculadas con derechos de niños y adolescentes, procesos donde niños y adolescentes litigan contra terceros —como podría ser el Estado— por la afectación de derechos o en procesos donde se define la separación del niño de su familia de origen (arts. 9º y 19, CDN). Su intervención también se extiende en los asuntos de salud mental, actuando en representación de las personas afectadas que fueran declaradas incapaces de ejercicio y también para los supuestos de restricción de la capacidad que requieren del sistema de apoyos (arts. 32 y 103, Cód. Civ. y Com.). Asimismo, se le reconoce legitimación para el planteo de acciones destinadas a la declaración de incapacidad (art. 33, inc. d, Cód. Civ. y Com.) y para solicitar el traslado extrajudicial o judicial de una persona con el objeto de definir su estado de salud mental (art. 42, Cód. Civ. y Com.) (23).

Para ilustrar, y a modo de cierre, se acompaña el sumario de un pronunciamiento judicial que se ajusta al sistema vigente: "(E)l Ministerio Público ejerce en el ámbito judicial la representación amplia para peticionar e impulsar las medidas pertinentes en defensa de los intereses de los menores de edad —en el caso, en un proceso de desalojo—, ya sea en defecto de la actividad de sus representantes legales o bien en conjunto con aquéllos, vale decir como principal o complementaria según lo prevé asimismo en forma expresa el art. 103 del Cód. Civ. y Com. [...]" (24).

IV. El derecho de participación activa de niñas, niños y adolescentes

El desarrollo previo permite avanzar en la distinción que corresponde hacer entre el derecho de la niña, el niño y el adolescente a ser oído y el derecho de estos a tener una participación activa en el proceso, como se desprende de las previsiones contenidas en la CDN, la ley nacional 26.061 y el Cód. Civ. y Com.

El derecho a ser oído encuentra consagración expresa en la CDN (art. 12), ley 26.061 (arts. 2º, 3º, 24, 27, inc. a, 41, inc. a) y en el Cód. Civ. y Com. (arts. 26; 113; 639, inc. c; 643; 646, inc. c; 653, inc. c; 655 y 707).

Lo mismo ocurre si se traslada la atención al derecho de participación activa.

Empezando el recorrido por la ley 26.061, cobra importancia lo dispuesto en los incisos c) y d) del art. 27 con el complemento de lo dispuesto en los arts. 26 y 31, inc. e).

Nos ocupamos sólo de trasladar en este espacio lo dispuesto en el art. 27 cuando reconoce el derecho: "(A) participar activamente en todo proceso [...]" (inc. d) y el derecho "(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 [...]" (inc. c).

Respecto del asesoramiento letrado, la ley nacional se completa en este aspecto con su decreto reglamentario 415/2006 (25): "El derecho a la asistencia letrada previsto por 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 Púpilar [...]"

En sintonía con la ley nacional, el Cód. Civ. y Com. dispone en el art. 677: "Los progenitores pueden estar en

juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada".

Completando lo que se establece respecto de la asistencia letrada, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad ordena promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable, previendo la creación de mecanismos de asistencia letrada, estableciendo un sistema de control de la asistencia y prevé la garantía de gratuidad para quienes carecen de recursos económicos (Reglas 30, 31, 53 y 65) [\(26\)](#).

Esta mención se prevé con el objeto de aclarar que, además del derecho que toda niña, niño y adolescente tiene de ser parte en toda cuestión que lo involucre, podrá extenderse su protagonismo cuando su madurez amerite su participación activa y autónoma.

Por tanto, en este supuesto el hijo actuará por derecho propio y, en principio, no necesitará de una representación legal. Decimos en principio porque en cada caso corresponderá determinar si tiene capacidad procesal. Si su madurez importa el reconocimiento de capacidad de ejercicio y con ello de capacidad procesal, su participación activa será directa y tendrá derecho a sumar el patrocinio letrado propio. En cambio, cuando su madurez y comprensión de la situación no permita reconocerle capacidad procesal (art. 24, inc. b), su participación será indirecta y tendrá que estar asistido por un tutor especial.

En referencia al tutor especial, el art. 109 del Cód. Civ. y Com. dispone que "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representantes y sus representados; 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 [...]".

El análisis que se acompaña permite decir que el nombramiento del tutor especial procederá cuando los desencuentros entre los representantes con sus representados puedan derivar en un compromiso de derecho de los segundos.

En cuanto al rol que debe asumir el tutor especial, compartimos el pensamiento de Mizrahi [\(27\)](#): "[...] no cabe duda que un deber primordial del tutor especial que se designe ha de ser respetar al niño como persona; lo que se traduce en la necesidad de que tenga con él un contacto dinámico para conocer sus reales necesidades [...]".

Retomando lo que reiteramos a lo largo del desarrollo, la capacidad de ejercicio no responde a términos rígidos como la edad, aspecto que se confirma cuando se enuncian los supuestos específicos de incapacidad de ejercicio. Entre estos últimos, tiene importancia en el tema que nos ocupa el supuesto comprendido en el inciso b, "la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente", por su directa vinculación con el principio de autonomía progresiva.

No obstante, en ciertos enunciados se fijan edades, con el fin de que funcionen como pautas orientadoras. Para explicar esto, resulta oportuno referir a un enunciado que incide en el tema que nos ocupa.

Nos referimos al art. 261 del Cód. Civ. y Com., que precisa los supuestos que tornan a un acto involuntario: "Es involuntario por falta de discernimiento: [...] b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido 10 años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo dispuesto en disposiciones especiales".

Si uno se limitara a una interpretación aislada y literal de la norma, arribaría a la conclusión de que el menor de trece años no estaría legitimado para realizar con autonomía un acto lícito. Sin embargo, y como lo venimos diciendo, las normas deben ser interpretadas en el marco de un sistema. Y este sistema nos enseña que el régimen de capacidad es elástico y la autonomía en el actuar debe medirse en cada caso concreto en función de las competencias y aptitudes (principio de autonomía progresiva). Una evidencia de esto se desprende del art. 23 del Cód. Civ. y Com., que parte de establecer la capacidad de ejercicio como regla.

Fortalece el desarrollo que precede lo expresado por la CIDH en el caso "Atala Riffo" [\(28\)](#): "[...] los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma

razonable e independiente [...] los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso [...]."

Retomando lo que reiteramos a lo largo del desarrollo, la capacidad de ejercicio no responde a términos rígidos como la edad, aspecto que se confirma cuando se enuncian los supuestos específicos de incapacidad de ejercicio. Entre estos últimos, tiene importancia en el tema que nos ocupa el supuesto comprendido en el inciso b, "la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente", por su directa vinculación con el principio de autonomía progresiva.

Como lo hicimos en el apartado III.3, cerramos este punto con el análisis de un caso que permite mostrar el carácter inescindible de la tríada en estudio, incluso cuando corresponde hacer lugar al reconocimiento de capacidad procesal de una niña, un niño o un adolescente en concreto.

Refiere a una historia de vida que se traslada a la justicia al poco tiempo de entrar en vigencia el Cód. Civ. y Com. Conforme los hechos, S. y A. contrajeron matrimonio el día 8 de Julio de 1994. El 06/11/2001 nació M., quien fue inscripta como hija del matrimonio. Con el correr del tiempo, y ante la duda sobre la paternidad de M., ambos cónyuges deciden realizar la prueba de ADN, prueba que se realiza el 07/07/2007. Del resultado del estudio mencionado se comprueba que el Sr. A. no es el padre biológico de M. Posteriormente, el matrimonio se divorcia, quedando desde entonces M. al cuidado de su madre. Cuando M. contaba con 6 años de edad, toma conocimiento de que su padre biológico es el Sr. Á. L. P., pareja a ese momento de su madre. En el mes de septiembre del año 2015, M. concurrió a la Asesoría de Menores e Incapaces en compañía de su madre con el objeto de aclarar en sede judicial su realidad genética, manifestando su voluntad de ser emplazada conforme su verdad de origen. El Sr. Á. L. P. se allana en todos los términos a la demanda de filiación contra él incoada, manifestando haberse sometido a una prueba de ADN y reconociendo ser el padre biológico de M. Por su parte, M. P. S. también se allana a la demanda entablada y reconoce que M. no es su hija biológica, conforme el resultado de los estudios de ADN que fueran acompañados a la demanda. En función de los hechos relatados y la prueba acompañada a la causa, la justicia hace lugar a la pretensión de la adolescente: "[...] La acción de reclamación de la filiación paterna debe admitirse, ya que quien goza de presunción de la paternidad matrimonial se allanó a la demanda y reconoció como válida la prueba de ADN que lo excluyó como padre biológico; a la vez que la adolescente accionante goza de posesión de estado respecto del demandado, la cual es reconocida por todas las partes y toma relevancia conforme lo dispone el art. 584 del Cód. Civ. y Com. [...] La petición de una adolescente que promovió una acción de impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de la paterna, tendiente a ser inscripta con su apellido materno debe admitirse, pues quedó acreditado su grado de madurez suficiente y su firme decisión en dicho sentido [...]" (29).

V. Cierre

Como señalamos al inicio de este trabajo, nos encontramos ante un Código diseñado y destinado para la persona humana y que con esta impronta permite enmarcarlo como un "Código de la persona".

En esta dimensión, es misión de todo operador interpretar, integrar y aplicar la norma atendiendo a este paradigma y, desde esta visión, diseñar soluciones y herramientas destinadas a la realización de los derechos de cada persona en particular (arts. 1º a 3º, Cód. Civ. y Com.).

En relación a niños y adolescentes, siempre la decisión tendrá que encontrar sustento en el interés superior como principio rector, teniendo en claro que su alcance comprende tanto la realización de todos los derechos reconocidos a este universo, como así también el permitirles, conforme a la condición de sujetos capaces, el derecho a participar en toda decisión que los comprenda. Esta participación, que se medirá en función de las competencias que cada niño incorpore durante el proceso madurativo, se acompañará de la asistencia de los representantes legales en la medida en que la protección de su persona lo indique.

Como puede observarse de la ilación que precede, las categorías en análisis son inescindibles.

(1) Investigadora independiente Conicet. Doctora en Derecho. Profesora asociada, Derecho Civil V (Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora titular, Derecho Civil V (Familia), Facultad de Derecho, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, Rosario. adrikranow@gmail.com.

(2) Sobre el interés superior del niño, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, y "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007; Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

(3) GROSMAN, Cecilia P., "El interés superior del niño", en GROSMAN, Cecilia (dir.), Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 40.

(4) CIDH, 28/08/2002, opinión consultiva OC-17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(5) CS, 06/02/2001, Fallos 324:122; 02/12/2008, Fallos 331:2691; 29/04/2008, Fallos 331:941.

(6) Distri. General, 29/05/2013.

(7) No obstante, corresponde señalar que en situaciones excepcionales procede la declaración de incapacidad cuando la protección de la persona lo exija. En esta línea, el art. 32, in fine, del Cód. Civ. y Com. dispone: "Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador". Como surge del enunciado, se justifica en las situaciones de ausencia de conciencia e imposibilidad de comunicación con el entorno de la persona. Como en este supuesto la voluntad está dormida, procede el nombramiento de un curador como representante legal del incapaz (art. 138, Cód. Civ. y Com.).

(8) HIGHTON, Elena, "Capacidad de los menores de edad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Claves del Código Civil y Comercial", Número Extraordinario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 195 y ss.

(9) FERNÁNDEZ, Silvia E., "Arts. 22 a 50", en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 67.

(10) Este derecho también se reconoce en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1, y la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.1.

(11) Sobre el tema ver: KRASNOW, Adriana N., "La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva", en RDF, ps. 51-73 y ss., y "Capacidad, autonomía progresiva, representación legal y derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Un aporte que busca armonizar estos términos y así debilitar situaciones de vulnerabilidad", en BASSET, Úrsula (dir.), Tratado de vulnerabilidad, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, ps. 409/455.

(12) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 418 y 419.

(13) LANSDOWN, Gerison, "La evolución de las facultades del niño", en Innocenti Insight, Ed. Unicef, Italia, 2005, p. 21.

(14) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 57.

(15) Sobre el derecho de participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso, ver, entre otros: SCHERMAN, Ida A., "El derecho a ser oído. Los niños y adolescentes en los procesos y la tarea de los adultos", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derecho de niñas, niños y adolescentes, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 2601 y ss.; GILARDONI, Victoria, "La autonomía progresiva, las 100 reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad", RDF, ps. 155 y ss.; PETTIGIANI, Eduardo J., "La voz del niño en el proceso de familia. Perspectivas desde el derecho comparado", en FERNÁNDEZ, Silvia E.

(dir.), Tratado..., ob. cit., t. III, ps. 2619 y ss.; CASTRO, Susana - NICOLINI, Graciela, "La voz del niño en el proceso de familia: interdisciplina, derechos y campo jurídico", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado..., ob. cit., t. III, ps. 2646 y ss.; CULACIATI, Martín M., "El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en el proceso de familia", Revista Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, año 2, nro. 5, ps. 26 y ss.; FAMÁ, María V. - HERRERA, Marisa, "Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina", en KIELMANOVICH, Jorge - BENAVIDES, Diego (comps.), Derecho procesal de familia, Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; MORENO, Gustavo D., "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF 35-55 y ss.; MORELLO de RAMÍREZ, María S., "El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal", RDF 35-47 y ss.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nro. 7, ps. 157 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., ps. 55 y ss.; "El proceso de familia que involucra a niños", LL, 2012-F-1101; "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Ed. Del Puerto - Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. 82 y ss.; "Los derechos del niño y la ley 26.061", en LL, 2006-A-858; KIELMANOVICH, Jorge, "Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)", LL, 2005-F-987; GOZAÍNI, Osvaldo, "El niño y el adolescente en el proceso", en LL, 2012-D-600; "La representación procesal de los menores", en LL, 2009-B-709; LUDUEÑA, Liliana G., "El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior", RDF 28-97 y ss.; PELLEGRINI, María V., "Derecho constitucional del menor a ser oído", LL, 1998-B-1336; CARRANZA CASARES, Carlos A., "La participación de los niños en los procesos de familia", LL, 1997-C-1384; GUAHNON, Silvia V., "El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en el proceso de familia", LL, 2004-I-826.

(16) Aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo de 2008, Brasilia, República Federativa del Brasil. La CS, según la acordada 5 de 2009, adhirió a las Reglas de Brasilia y dispuso seguirlas como guía.

(17) Destaco que el mismo criterio siguió la CIDH en el caso "Atala Riffo e hijas c. Chile", 29/11/2011.

(18) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 01/03/2018, "M., P. R. c. A., E. s/ cuidado personal de hijos", LL, AR/JUR/1442/2018.

(19) Juzg. Nac. Civ. N° 4, 10/07/2017, "D., H. A. c. L., E. M. s/ restitución internacional de menores", LL, AR/JUR/68924/2017.

(20) Juzg. Familia Bariloche n. 9, 01/07/2015, "Expte. nro. 10551-15", LA LEY Online AR/JUR/27938/2015.

(21) Sobre el tema, ver, entre otros: MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., ps. 110 y ss.; MORENO, Gustavo D., "La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del 'asesor de menores e incapaces'", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado..., ob. cit., t. III, ps. 2695 y ss.; ITALIANI, María I., "El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa", en RDF 62-183 y ss.; POLVERINI, Verónica, "El Ministerio Público en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Revista Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre 2014, ps. 144 y ss.; COLEF, Gabriela, "Funciones del asesor de los menores de edad", en RDF 62-115 y ss.; SCHERMAN, Ida A., "El rol del asesor de incapaces, los derechos del niño y la reforma constitucional", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (dir.) y HERRERA, Marisa (coord.), La familia en el nuevo derecho, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires — Santa Fe, 2009, t. II, ps. 325 y ss.

(22) "La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de la capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de

intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representados; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales".

(23) MORENO, Gustavo D., "La representación...a", ob. cit., p. 2703.

(24) CNCiv., sala C, 07/07/2016, "R. C., D. B. c. R. C., A.", en LL, AR/JUR/47119/2016.

(25) Publicado en el Boletín Oficial el 18/04/2006.

(26) Trasladando la atención a otra realidad, el Consejo de Europa elaboró directrices sobre justicia que fueron adaptadas por el Consejo de Ministros respecto de la necesidad de que los niños y adolescentes "gocen del asesoramiento jurídico y representación legal que mejor convenga a sus intereses".

(27) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., p. 95.

(28) CIDH, "Atala Riffo e hijas v. Chile", 29/11/2011. En www.cidh.or.cr.

(29) Juzg. Civ. Com. y Lab. Curuzú Cuatiá, 28/06/2016, "Asesora de Menores c. S. M. P. y otros", AR/JUR/47163/2016.