



Al rescate del Principio de Protección Especial para los Niños

DRA. MARÍA DEL CARMEN MUSA | Jueza de 1^{era} Instancia de Menores N° 1, Rosario (SF).
DR. OSCAR DAVINI | Juez de 1^{era} Instancia de Familia, Villa Constitución (SF).

myf

116





Introducción

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –Ley 26.994, promulgada el 7/10/2014– nos compele a estudiar su contenido a la vez que nos ofrece la oportunidad de reflexionar sobre cuestiones que aunque reguladas en el código, lo trascienden. Tal, el tema de los Principios del Derecho que se impone tener en cuenta a la hora de interpretar las leyes¹ en los casos² que involucran a personas menores de edad, entre quienes el Código distingue niños y adolescentes, y para los que no dedica una consideración general, lo que, a nuestro criterio, hubiera sido lo correcto desde la técnica legislativa, a la vez que un aporte de

significación al ordenamiento jurídico todo. Si bien el legislador enumeró algunos de estos principios en los institutos de la Responsabilidad parental y de la Adopción, omitió el derecho de los niños a recibir protección especial de parte del Estado, la familia y la comunidad, principio éste que subyace, sin embargo, en la nóbel normativa y que integra con otros, los principios generales del Sistema Infancia - Adolescencia.

De principios, directrices, reglas y derechos

Si bien los códigos han perdido la exclusividad protagónica decimonónica, en los Fundamentos del Anteproyecto de



Código Civil y Comercial de la Nación se admite como «presupuesto» que «el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado», y que, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema, sin dejar de respetarse los otros sistemas normativos autosuficientes.

Un sistema es según el Diccionario de la Real Academia, un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. Cada una de esas reglas está determinada por otra y ella, a su vez, determina a esa otra, en una interacción dinámica.

La regulación de las relaciones jurídicas que afectan a personas menores de edad, de modo directo o indirecto, constituye por sí mismo un sistema. Enseñaba Lorenzetti refiriéndose al fenómeno global de la decodificación que 'la explosión del código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, giran con su propia autonomía, su vida es singular; el código es como el sol, los ilumina, colabora en

su vida, pero no puede incidir directamente en ellos».³

El Sistema Infancia - Adolescencia incluye tanto el Derecho Privado como el Público, e impregna a ambos con principios propios que, al decir de Gardella⁴, fundamentan, completan y enjuician las normas de ambas ramas en su especificidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación no enumera estos principios en el Título Preliminar cuando se refiere, en cambio, a la buena fe, el abuso del derecho, el abuso de la posición dominante, la prohibición del fraude a la ley y a la renuncia general a las leyes (Capítulo 3. Ejercicio de los derechos. Arts. 9 a 14). No lo hace en el Título 1 del Libro Primero –Parte General– referido a la Persona humana. Tampoco lo hace en el Libro II atinente a las relaciones de familia, sino que inmediatamente comienza con la regulación del Matrimonio. Establece, en cambio, estos principios para la Adopción⁵ y la Responsabilidad Parental⁶, reiterándolos y confundiendo los alcances de

principios, directrices y derechos, tal como se advirtió en otra oportunidad⁷.

Así es que la identidad, enarbolada como principio para la Adopción, es un derecho humano que incluye la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares tal como lo reconoce la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 8.1. No puede escindirse de este derecho el de tomar conocimiento de los orígenes. Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial no le reconoce tal facultad de raigambre constitucional a las personas cuya gestación se hubiese logrado con el auxilio de técnicas de reproducción asistida, condicionando el acceso a la información sobre la identidad del donante de gametos a la autorización judicial por «razones debidamente fundadas» (artículo 564). En virtud de ese derecho, establece la incolumidad del prenombre del adoptado (art. 623) aunque la posibilidad de agregar o anteponer su apellido de origen al que le corresponde por adopción plena, sólo excepcionalmente (art. 626, C). Lo que no se comprende, pues a solicitud del niño con edad y grado de

madurez suficiente, la conservación del apellido de origen debería ser la regla, no la excepción.

El empleo de todos los medios en procura de que el niño permanezca con su familia, es un deber que el Estado argentino asumió cuando ratificó la Convención aludida y para lo cual mediante la Ley 26.061 y sus réplicas provinciales, ideó un sistema de medidas, incluída las llamadas «excepcionales» consistentes en la separación del niño de su grupo familiar con la finalidad de procurar su reintegro cuando las condiciones que vulneraban sus derechos hubiesen cesado, y en cuanto esto fuese posible. De manera que, dadas circunstancias excepcionales, no sólo es justificado sino imperativo separar al niño de su familia nuclear para procurar algún pariente que se comprometa con su cuidado o, en su defecto, una familia sustituta. El Estado asume la doble imposición de intervenir activamente en la familia de origen del niño y de procurarle otra familia cuando la primera no constituye el «ambiente de felicidad, amor y comprensión» para

«el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad», tal como el Preámbulo del Convenio establece en sus párrafos quinto y sexto.

Por su parte, la preservación de los vínculos fraternos, es una directriz; o sea, una instrucción, una norma general para ejecutar el discernimiento de la guarda sea ésta con fines adoptivos o no. Como sostiene Graciela Medina, la preservación de los vínculos fraternos sólo es viable siempre y cuando no suponga una revictimación⁸. Se procurará no separar a los hermanos, pero no se impone la no separación.

Los principios, en cambio, son aquellas pautas de justicia fundamentales, sea que se considere que emergen de la naturaleza humana social –como sostiene el jusnaturalismo–, o del proceso inductivo de generalización a partir de las normas particulares que integran el sistema –como enfatiza el positivismo–. Como tales, no admiten excepciones ni jerarquizaciones predeterminadas ya que todos y cada uno tienen la misma fuerza operativa.

Entonces, de los enumerados en el nuevo código para los dos institutos mencionados, **sólo constituirían principios generales el interés superior del niño, la autonomía progresiva, y la participación, integrando este último, aunque no agotándolo, el derecho del niño a hablar y el deber de la autoridad administrativa y judicial de escucharlo y tomar en cuenta su opinión.**

Estos principios generales que el Código Civil y Comercial menciona en los dos institutos referidos, lo son, en realidad, del sistema Infancia - Adolescencia, asumidos por todo el ordenamiento jurídico, sea éste referido a la esfera de lo público tanto como de lo privado. Los de especialidad, no discriminación y efectividad, que también integran el sistema, no tienen por qué aparecer en el Código Civil.

Lo que no se justifica es la omisión del principio de protección especial. Aunque, como analizaremos más adelante, este principio protectorio está presupuesto.

El principio de protección especial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, fuente primigenia de la jurisprudencia que conforma las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos a que alude el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, arriba al tratamiento de conflictos con involucramiento de niños, a través del art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica que reza: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

Disposiciones análogas las encontramos en todos los instrumentos de Derechos Humanos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales» (art. 25.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho de todo niño a «protección, cuidado y ayuda especiales» (art. 7); el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos regula que «Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (art. 24.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone a los Estados Partes el deber de «adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes» (art. 10.3); el Principio 2° de la Declaración de los Derechos del niño señala que el niño «gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios ... para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad»; y la Convención Internacional de los Derechos del Niño desde el Preámbulo reseña todos los instrumentos que reconocen tal necesidad de protección y reafirma en el art. 2.2 que «los Estados Partes toma-

rán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares», a la vez que especifica en el artículo 19, el deber de los Estados de adoptar medidas apropiadas para protegerlo contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual; en el artículo 20, el deber de protección y asistencia especiales del Estado para los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o que su interés superior exija que no permanezcan en ese medio garantizándoles –de conformidad con las leyes nacionales– otros tipos de cuidados para estos niños, como la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores; en el artículo 23, el reconocimiento del derecho del niño impedido a recibir cuidados es-

peciales gratuitos –en la medida que sea posible– tendientes a asegurar el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible; en el artículo 32, el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y cualquier forma de trabajo peligroso, nocivo para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, o que entorpezca su educación; para asegurar en el artículo 39 medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados.

Dado que la vulnerabilidad de los niños en su condición de tales y, por ello, personas en desarrollo necesitadas de

los adultos, se diferencian aquellos de las otras categorías de personas vulnerables que merecen las acciones positivas del Estado (art. 75 inc 23 Constitución Nacional).

La acción positiva del Estado para con los niños es la protección especial.

Compartimos la observación que formula Álvarez en cuanto a que «el deslizamiento que ciertas usinas de pensamiento están creando en América latina desde la histórica doctrina de la 'protección integral de los niños' hacia una 'protección de los derechos' es un paso sutil en el camino hacia la relativización del principio del interés superior».⁹ Idéntico criterio ha sostenido Cancado Trindade, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando refiere que «desde las perspectivas de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños, y no los llamados derechos de la niñez o infancia», a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de dere-

cho, dotados de personalidad jurídica internacional»¹⁰. No se trata de proteger derechos aislados sin soporte, sino de proteger al niño que es titular de todos los derechos de los adultos con más aquellos que le son propios como niño, como lo son el derecho a ser criado por su familia, el de que se le provea otra familia cuando su interés ha justificado la separación de la propia y la imposibilidad de la vinculación con la primera natural originaria, el derecho al juego, el derecho a alternativas distintas al encierro a la hora de procurar sanciones penales, el derecho a prescindir de un procedimiento penal prefiriéndose la remisión a organizaciones de la comunidad en pos de su reintegración, entre otros. La Corte vernácula, en oportunidad de resolver un conflicto negativo de competencia entre el fuero de Familia y el de Menores, sostuvo enfáticamente que el niño es el «*sujeto central, eje*» de toda intervención, siendo el móvil en cuestión «*su propio interés, su derecho como persona*» (Aguilar, Jeremías - Su situación s/ competencia. Expte. csJ Sta. Fe N° 232/2007; T222, pág. 117). Sin

embargo, «la condición de personas en desarrollo de los niños no justifica un sistema de cercenamiento sino de 'reconocimiento' de la titularidad de derechos fundamentales, legitimándolos a su ejercicio»¹¹, lo que implica por una parte la puesta en marcha de acciones para hacer efectivos esos derechos como, por otra, la prohibición del Estado de injerencias arbitrarias en la vida privada de los niños disponiéndolos como si se tratara de objetos carentes de voz, deseo y voluntad.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la protección especial debida a los niños, si bien elude formular precisiones en cuanto al modo y tiempo y características de las medidas que deben implementarse para tal protección, alude a que en todas las circunstancias, las mismas deben tener en cuenta el plexo de derechos del que el niño es titular en pos de garantizar su interés superior. Así, en la Opinión Consultiva N° 17/2002, producto de la consulta formulada al Tribunal por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la

interpretación de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica – referidos a garantías judiciales y protección judicial, respectivamente–, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 del mismo Pacto constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a niños, requiriéndole, además, al Tribunal la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana, advierte «que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales».¹² Y en especial referencia a las «premisas interpretativas» que autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judi-

ciales de éstos, la Corte sostuvo «que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños»¹³ «Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales...»¹⁴ «Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razo-

nablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos»¹⁵ «Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos»¹⁶. Estas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad, aún cuando ésta mute su nombre por «medida de internación» o «medida de protección» En la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño, es preciso considerar que la privación de libertad constituye la última ratio (art. 37 b Convención del Niño) y que, por ello, es necesario preferir medidas de otra naturaleza como las órdenes de orientación, la supervisión, la libertad vigilada o la colocación en hogares de guarda, inclusive alentándose la desjudicialización. (art. 40.3 y 4 CIDN).

Por su parte, en su Observación General N° 17 el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección especiales que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado, e indicó que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. «Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.»¹⁷

El entramado de los principios. Pesos y contrapesos

El profesor Lansdown del Centro de Investigaciones Innocenti¹⁸, propone acreditar una serie de capacidades en

el niño para justificar su «competencia» a la hora de tomar decisiones, a saber: **1.** Capacidad de comprender y comunicar informaciones pertinentes. El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas posibles, expresar sus preferencias, manifestar sus preocupaciones y plantear preguntas relevantes. **2.** Capacidad de pensar y elegir con un cierto nivel de independencia. El niño debe ser capaz de efectuar elecciones sin ser obligado ni manipulado y debe estar en condiciones de reflexionar por sí mismo sobre lo que significan las cuestiones en discusión. **3.** Capacidad de evaluar los beneficios, peligros y daños potenciales. El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, a qué riesgos lo expondrán y cuáles serán las implicaciones a corto y largo plazo. **4.** Posesión de una escala de valores relativamente estable. El niño debe contar con un cierto sistema de valores en base al cual pueda tomar una decisión.

En el ámbito del derecho penal, a la capacidad de culpabilidad se la deno-

mina Imputabilidad. La Regla de Beijing N° 4 aconseja que la imputabilidad «no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual del niño». ¹⁹ En la República Argentina, la edad de imputabilidad es 16 años, no bastando la edad para ser persona menor de edad punible, sino debiéndose integrar a la condición el tipo de delito cometido. Es punible el sujeto que tiene 16 años de edad y comete un delito de acción pública que merezca pena de privación de libertad superior a dos años ²⁰.

En materia civil, el nuevo Código procede de modo similar al digesto penal y descarta la averiguación de la competencia caso a caso, estableciendo en algunos temas y para ciertas finalidades, edades predeterminadas. Así, el artículo 26 regula que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave

en su vida o integridad física, dejando a salvo que si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, resolviéndose el conflicto entre ambos teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. La novedosa regulación no peca de temeraria cuando en ella subyace la idea de sentido común sobre que los padres, primeros responsables en la protección de sus hijos, y salvo psicopatía severa, pretenderán para ellos un beneficio del que dará cuenta el cuerpo médico tratante. El mismo artículo establece que a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. El legislador pone fin de este modo a las remisiones profusas y contradictorias a las que han recurrido las leyes de salud mental 26.657²¹, y la de los derechos de los pacientes N° 26.529²² con su modifica-

toría N° 26.742 de Muerte digna²³. La ley 26.061 de protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, nada dice del consentimiento para tratamientos médicos.

La admisión de la progresividad en el tiempo para el logro paulatino de un despliegue autónomo supone el derecho del niño a recibir protección. De ahí que el nuevo código sostenga la incapacidad de ejercicio de los derechos para las personas menores de edad, aunque con permisos expresos para algunos actos; la necesaria representación de los padres o, en su caso, la de otro representante (tutor; delegado de la responsabilidad parental); y la sanción de nulidad para los actos jurídicos celebrados por personas menores de edad sin esa asistencia o representación.

El derecho del niño a recibir protección también está presente en el nuevo Código cuando establece como primer deber de los padres, cuidar al hijo (artículo 646.a) prohibiéndoles el castigo corporal y los malos tratos (artículo 647).

Vuelve a hacerse presente cuando limita los alcances del ejercicio de la responsabilidad parental por progenitores adolescentes (artículo 644), que requerirán el asentimiento de sus padres, abuelos del niño, cuando se trate de decidir cuestiones de trascendental importancia como la entrega del niño en adopción o la conformidad para intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro la vida. Los abuelos, a su vez, deberán tomar parte ante las omisiones graves de sus hijos, en favor del desarrollo adecuado de sus nietos.

Aparece nuevamente este derecho a recibir protección, que constituye un principio general del sistema, el deber del juez de considerar como primera alternativa con posterioridad a la ruptura de la pareja parental, la atribución del cuidado parental compartido con la modalidad indistinta (el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado), exigiendo a los progenitores se pongan de acuerdo pa-

ra distribuir funciones entre ellos, asegurándose mutuamente la comunicación fluida con el hijo, y obstaculizándose hacer de la criatura un botín de guerra (artículos 650 a 653). El juez debe tomar en cuenta la actitud facilitadora del vínculo filio-parental como parámetro de envergadura a la hora de discernir quién de los padres ejercerá el cuidado del hijo. La norma extiende el deber de cuidado al progenitor afín –cónyuge o conviviente del padre que ejerce el cuidado personal del hijo–, para quien el nuevo ordenamiento imparte sólo deberes, sin reconocerle ninguna facultad (lo que consideramos una falencia).

Se plasma el principio de protección especial en la regulación de la obligación alimentaria a cargo de ambos progenitores aún cuando el cuidado del hijo es compartido, advirtiendo que si los recursos de los padres no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares (artículo 666).

Al definir la adopción, aún valorando nosotros de manera negativa que se haya omitido como finalidad del instituto el crear entre adoptante y adoptado vínculo filiatorio análogo al biológico, el legislador hace hincapié en el principio protectorio cuando describe que «la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen» (artículo 594).

Entendemos, en cambio, que en aras de acentuar la participación del niño, se debilita la protección debida cuando ubica al niño como parte en el juicio de declaración de su situación de adoptabilidad (artículo 608), confundiendo el ser parte de la relación jurídica material con el carácter de parte procesal, suponiendo este último que pretendiente y resistente deben exhibir un claro antagonismo, en perfecta e irrestricta igualdad –para lograr la

contradicción—²⁴ lo que resulta imposible en el caso, siendo que los niños nunca están en pie de igualdad con los adultos, ni los hijos de cualquier edad con relación a sus padres.²⁵

Sin embargo, vuelve al camino correcto cuando advierte a los padres que deben procurar la participación del hijo en la elaboración del plan de parentalidad y sus modificaciones (artículo 655 in fine). Sobre el particular, la Corte Interamericana circunscribe casi con exclusividad el derecho de participación del niño al derecho a ser escuchado: «...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 el concepto niños. 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. En definitiva, el 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 éste según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso»²⁶.

El art. 668, relativo al reclamo de alimentos a ascendientes, mejora la protección del niño en este aspecto ya que recepta la teoría de la subsidiariedad atenuada o relativa, al permitir que sean pedidos en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso.

En idéntico sentido, como manifestación del principio protectorio en el proceso, el art. 716, dentro del capítulo que trata las reglas de competencia en materia de familia, recepta la pauta establecida pretorianamente por la CSJN en cuanto a que en los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes,

es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

Dijimos antes, que el principio de protección especial lo es del sistema Infancia - Adolescencia; no sólo del derecho civil. De allí que en materia de responsabilidad penal juvenil puede advertirse su presencia en el artículo 4 de la ley 22.278²⁷ que establece para el juez el deber de evaluar el tratamiento tutelar impuesto al menor punible acusado de haber cometido delito para, según sea el resultado del mismo, aplicar o no pena, la que puede reducirse como si el delito hubiese sido tentado²⁸. Más allá de la indiscutible necesidad de reforma de este régimen cuya lógica se enmarca en el Patronato derogado, incompatible con el nuevo paradigma que la Convención Internacional de los Derechos del Niño corona como «expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico - cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia»²⁹, paradigma que justifica la actuación «persecu-

toria, punitiva, readaptora»³⁰ del Estado cuando menores o adultos realizan hechos punibles en las leyes penales, siempre que se respeten los principios y actos del debido proceso legal, los que constituyen un «conjunto irreducible y estricto» y que están establecidos, «principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokyo y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia»³¹; resultaría muy beneficioso que la nueva normativa (esa que algún día ocupará la agenda política partidaria) no pierda de vista la finalidad de la intervención de la agencia penal minoril puesta de manifiesto en el artículo 40.1 de la Convención del niño: procurar que éste asuma una función constructiva en la sociedad, respetuosa de los derechos y garantías fundamentales de terceros, en el fomento del sentido de la dignidad y valor del niño como persona. Una reforma que sólo tenga en miras la aplicación de pena en

el marco de un proceso legal, ubica al adolescente infractor en idéntico lugar al del adulto, privándolo así del tratamiento que su condición de sujeto en formación merece, dando cauce legal a la vindicta que el clamor popular reclama, y desconociendo su derecho a recibir protección especial. Implementar un sub sistema de responsabilidad juvenil integrado en el sistema Infancia-Adolescencia «implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas, sean tomadas en cuenta»³².

En esta línea de pensamiento, una reforma integral y superadora de este sub sistema penal deberá contemplar de modo particular el derecho del niño a ser oído, permitiéndole que su palabra –que según Lacan, es demanda– circule libremente, sin que pueda ser utilizada como prueba de cargo en su contra. De allí que habrá que tratar de modo distinto la declaración del niño en el proceso, del hablar libre del niño, con motivo del proceso, pero al margen

de él. Escuchar al niño implicará abandonar el lugar de poder para reemplazarlo por el deseo de la escucha, la que en sí misma es reconocimiento del sujeto que habla como un par en humanidad y dignidad, a la vez que asunción por éste de quien es tal como es. Escucharlo es actualizar una vez más el principio de protección especial.

Conclusión

La protección especial integra la nómina de principios generales del sistema Infancia-Adolescencia. Su actualización en el caso concreto facilita la ponderación de respuestas posibles en procura de la que de modo más acabado tribute al interés superior del niño, el que comprende todos y cada uno de los derechos humanos del niño, incluido el derecho a recibir protección especial de parte de su familia, de la sociedad y del Estado. ■

CITAS

¹Art. 2° CCCN. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

²Art. 1° CCCN. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...

³LORENZETTI, RICARDO R.; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, pág. 14.

⁴GARDELLA LORENZO A; *Manual de Introducción al Derecho*, 2ª edición, Rosario, 2007, págs. 160/161.

⁵Título VI - Artículo 595. Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. el respeto por el derecho a la identidad; c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d. la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e. el derecho a conocer los orígenes; f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión

sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años.

⁶Título VII - Artículo 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

⁷MUSA, M. DEL C. - ROMÁN, M G; *Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia de Santa Fe* N° 3, 2013, pág.319. La Dra. Kemelmajer de Carlucci ha reconocido esta ambivalencia en Conferencia pronunciada en la Universidad Siglo 21 el 21/4/2015. Se encuentra en <https://www.youtube.com/watch?v=-3ASnyLQxmK>

⁸MEDINA GRACIELA; *La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Rev. De Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, 2012.

⁹ALVAREZ ATILIO; *La adopción*, en *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial* 2012, de, pág. 335.

¹⁰CANCADO TRINDADE ANTONIO A.; Voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-17, 28 de agosto de 2002.

¹¹MINYERSKY, NELLY. «Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño». GROSMAN, CECILIA Y HERRERA MARISA (comps), «Hacia una armonización de derecho de familia en el Mercosur».

¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC – 17/2002, del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, N° 9.

¹³CIDH, Op. Cons 17 cit. N° 3.

¹⁴CIDH, Op. Cons. 17 cit. N° 8.

¹⁵CIDH, Op. Cons. 17 cit. N° 10.

¹⁶CIDH, Op. Cons. 17 cit. N° 13.

¹⁷Comité del PIDCP, Observación General N° 17; N° 53.

¹⁸LANDSOWN, GERISON; La evolución de las facultades del niño, UNICEF; <http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/EVOLVING-E.pdf>

¹⁹Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

²⁰Ley 22.278. Régimen penal de la minoridad. Publicada en el Boletín Oficial el 28/8/1980. Artículo 2.

²¹Ley 26.657.Art. 26. En caso de internaciones

de personas menores de edad se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20 a 25 de la presente ley (internaciones involuntarias). En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

²²Ley 26.529. Art. 2. Derechos del paciente. e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

²³Ley 26742. Art. 1º - Modificase el inciso e) del artículo 2º de la Ley 26.529 - Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud - el que quedará redactado de la siguiente manera: e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

²⁴ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; *Estudio del Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia.*

de Sta. Fe, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Tomo I, 2014, págs. 417 - 8.

²⁵«El amor de un hijo es amor de vinculación. El hijo se vincula para bien y para mal con su familia, con amor. No importa lo que se le exija, el hijo lo cumplirá con amor, aunque cueste la felicidad y la vida. Ese es el amor primario, el amor ciego»; Bert Hellinger, filósofo, teólogo y pedagogo alemán, estudioso e impulsor del método terapéutico sistémico fenomenológico denominado *Constelaciones familiares*. La cita se extrae de «El manantial no tiene que preguntar por el camino» EdAlma Lel-pik, 3a. edición, Buenos Aires, 2011, pág. 169.

²⁶CIDH; Op. Cons. 17 IX - 101/102.

²⁷Ibidem nota 22. Ley 22.278. Artículo 4. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1- Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; 2- Que haya cumplido 18 años de edad; 3- Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.

²⁸CSJN, causa M: 1022.XXXIX «Maldonado Daniel .E. Y otro s/ robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado. N° 1174. La Dra. Argibay sostuvo que la posibilidad de reducción de pena de un tercio a la mitad, deja de ser una facultad de los jueces de menores para tornarse un deber, a la luz de las valoraciones que debe hacer de las condiciones personales del infractor a tenor del art. 41 CP. El voto del cuerpo, sin comparar este criterio, reclama a los jueces el agotamiento de otras vías alternativas al encierro y a este último como último recurso y con eficacia resocializadora.

²⁹BELOFF, MARY; *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina*, en Defensa Pública: garantía de acceso al a justicia, Defensoría General de la Nación - La Ley 2008, pág. 360.

³⁰CIDH, Op. Cons. 17 cit, IX - 108.

³¹CIDH, Op. Cons. 17 cit. IX - 116.

³²Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.