



La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

Dr. Mauro Raúl Bonato

Prosecretario de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2, Rosario (SF)



«Hoy, en cambio, el hombre medio tiene las 'ideas' más taxativas sobre cuanto acontece y debe acontecer en el universo. Por eso ha perdido el uso de la audición. ¿Para qué oír, si ya tiene dentro cuanto hace falta? Ya no es sazón de escuchar, sino, al contrario, de juzgar, de sentenciar, de decidir. No hay cuestión en la vida pública donde no intervenga, ciego y sordo como es, imponiendo sus 'opiniones'».

ORTEGA Y GASSET¹

1. Introducción

Los tiempos que corren fluyen a una velocidad que impresiona. Y así como centurias atrás un modelo de sociedad podía permanecer sustancialmente inalterado, los últimos y cambiantes años dan muestra de lo flexible, fugaz, volátil y frágil que cualquier tipo de organización humana supone. Cambia lo superficial, cambia también lo profundo rezaba el poeta.

El derecho, como fenómeno de expresión social por antonomasia, no escapa a la mutación colectiva. Y, acercándonos más aún al objeto de estudio, el derecho administrativo como género y el procedimiento administrativo como especie alteran sus fisonomías al ritmo de una administración que por necesidad se supone cambiante.

Al mismo tiempo, muta también el perfil del derecho del menor, anclado siempre en la presunción a menudo incontrastable radicada en que el bien del niño, niña o adolescente se identificaba con lo que los padres -o representantes legales con mayor rigor técnico- querían sobre él.

Y de esta conjunción de cambios parciales, aparece hoy en el horizonte un procedimiento administrativo construido con una legitimación determinada -cuyo paradigma se puede resumir en la trilogía interés simple, interés legítimo y derecho subjetivo- que se enfrenta a una tendencia a incrementar la participación activa de niños, niñas y adolescentes por sí mis-

mos como sujetos activos legitimados.

A esta anómala situación de perplejidad es a la que tratarán de aproximarse estas líneas.

Porque si es cierto aquella máxima del derecho norteamericano de que para ser parte del procedimiento administrativo se necesita alguna «*connection*»² con la situación, no puede ser menos cierto que el menor muchas veces se halla en una conexión íntima, directa, personal, y hasta entendemos a veces insustituible con el caso que lo ocupa. El problema, como en la vida, radica en hasta dónde.

2. El procedimiento administrativo

De las posibles acepciones que la noción de procedimiento administrativo ofrece, por una cuestión un tanto pragmática a los fines de este trabajo, nos enrolamos en la corriente subjetiva, que tiende a encontrar procedimiento administrativo cuando las actuacio-

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

nes son llevadas ante la Administración Pública³.

No ignoramos que técnicamente un proceso necesita de un procedimiento, y hasta el procedimiento como sucesión de actos concatenados puede ser visto en ciertas ocasiones como un proceso, pero nos persuade más esta idea de que, en principio, si se está actuando la Administración Pública uno se inmiscuye en un procedimiento administrativo, más si la actuación es ante la sede jurisdiccional, nace un proceso⁴.

Se ha dicho al respecto, en palabras que se comparten, que «Proceso y procedimiento tienen en común que ambos son una serie o sucesión de actos convenidos, pero mientras que en el proceso esta serie de actos se desenvuelve ante un tercero independiente e imparcial que está por encima de las partes y termina en un acto judicial, en una sentencia que tiene la fuerza de la verdad legal, en el procedimiento la serie o sucesión de actos coordinados termina en un acto administrativo que no tiene por supuesto el carácter

de cosa juzgada. Por eso, se ha llegado a decir que todo proceso comporta un procedimiento, pero, en cambio, no todo procedimiento implica o comporta un proceso»⁵.

En suma, y a fin de aportar claridad sin perdernos en disquisiciones doctrinarias, si el niño, niña o adolescente posiciona su pretensión ante la Administración Pública, la cuestión se viste de procedimiento administrativo. Si, en cambio, es el Poder Judicial desarrollando actividad jurisdiccional quien ha de entender, el menor estará ante un proceso judicial. A la primera de las situaciones apuntan estas líneas.

El procedimiento administrativo entonces es el camino que conduce a la manifestación de la voluntad administrativa. Es la vía jurídica que permite nacer con legitimidad al acto administrativo, al reglamento, al contrato e incluso al hecho administrativo. El procedimiento administrativo es el puente que une la intención o la programación del administrador público con la realidad concretada. Y es también el gran concilia-

dor entre las prerrogativas públicas y las garantías individuales⁶.

Así, solo resta como introducción recordar que este procedimiento administrativo está gobernado por el cardinal eje de la tutela administrativa efectiva para el administrado, que supera el tradicional concepto de derecho de defensa y como afirma Perrino abarca, entre otros, el derecho a ser oído, a tomar vista de las actuaciones, a defenderse dentro de plazos razonables, a contar con asistencia letrada, a ejercer la defensa sin que la misma se vea impedida por cargas económicas, a ser debidamente notificado, a pedir y obtener tutela cautelar, a ofrecer, producir y controlar la prueba, a obtener una resolución fundada y expresa, y a que el procedimiento se resuelva dentro de un plazo razonable⁷.

3. Su proyección actual

Ahora bien, en los tiempos que corren el haz de garantías y derechos que supone un correcto procedimiento adminis-

trativo para el interesado posibilitó, por fortuna, una expansión del concepto.

Se trata de extender la noción de procedimiento administrativo a situaciones que técnicamente no tienen lugar frente a la Administración Pública en sentido estricto, todo pensado para otorgar más protección al interesado.

Luego, y sin pretensión de enumeración taxativa alguna, los usuarios de servicios públicos que son concesionados reclaman su derecho a una tutela administrativa efectiva, aun ante un prestador privado; los contratistas del sector público del Estado y hasta en ocasiones los del sector privado hacen lo propio; los consumidores buscan guarecerse en procedimientos administrativos para reclamar sus derechos ante poderosos reguladores del mercado; los beneficiarios de subsidios, exenciones o privilegios impositivos, promociones y demás actos de fomento también cuestionan sus derechos en el marco procedimental; las asociaciones profesionales se debaten en el marco del gobierno de la

matrícula de sus asociados; y hasta los alumnos de colegios o universidades privadas se pierden en procedimientos; todos insisten en contar con un procedimiento administrativo por el cual discutir su posición jurídica.

En este contexto de «fuerza expansiva» de la idea de procedimiento administrativo –arrogándonos la licencia idiomática del profesor Marienhoff– se encontraba esperando el menor su lugar en un procedimiento que parecería excluirlo.

Y dentro de ese paradigma surge, como veremos, una marea jurídica tendente a proteger e incluir al menor con proyecciones antes impensadas. Ello pues sí, como afirma D'Antonio⁸, existe un verdadero «estado de minoridad», el mismo debe estar secundado por un régimen jurídico protectorio del menor como condición de su supervivencia.

Siendo ello así, con un procedimiento administrativo gritando por salirse de los cauces en los que fue encorsetado por años, y un menor que secundado

por todo un marco jurídico en su apoyo solicitaba enfáticamente participación, la conclusión del silogismo parecía evidente: una mayor intervención de niñas, niños y adolescentes en el procedimiento administrativo.

4. El menor en el modelo clásico de procedimiento administrativo

Por regla general se ligaba siempre la intervención del menor al rol o calidad de «parte» en el procedimiento administrativo.

Desde tal atalaya, y como idea rectora a modo de síntesis, se concluía que no correspondía la identificación cabal entre el concepto de «parte» en un proceso jurisdiccional, y el de «parte» en sede administrativa, siendo este último, claro está, más abarcativo y contemplativo.

Al respecto, se ha discutido en doctrina si la capacidad para ser parte en el procedimiento, es decir, la denominada *legitimatío ad processum*, debe re-

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

girirse por las disposiciones sobre capacidad del Derecho Civil o si, por contrario, atento la autonomía del Derecho Administrativo se justificaría su tratamiento por esta rama del Derecho Público.

Más allá de las digresiones doctrinarias, el dato empírico es que la capacidad para actuar administrativamente es mayor que la capacidad civil⁹.

En este sentido, se ha sostenido que «...en una postura de superación de ambas concepciones y que comparativos... lo relevante en este aspecto no es la discusión antedicha, sino la regulación que contiene nuestro régimen jurídico y que demuestra que la capacidad en el procedimiento administrativo tiene mayores alcances que en derecho civil»¹⁰.

Así, ligado al concepto de «parte», se estudiaba el problema del menor y su intervención en un procedimiento administrativo.

Sabido es que en principio todos los

sujetos de derecho (sean personas individuales o asociaciones, corporaciones, etc) con capacidad civil, pueden ser partes en el procedimiento administrativo. No interesa su sexo, ni su nacionalidad¹¹.

En el derecho español¹², se reconoce capacidad de obrar ante la Administración Pública no sólo a quienes la ostenten con arreglo a las normas civiles, sino también a los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos derechos nacidos de relaciones jurídicas cuya constitución permita el ordenamiento administrativo sin la asistencia de la persona que ostente la patria potestad, tutela o curatela. Así, afirma García de Enterría que en el derecho ibérico «...todos aquéllos que, a tenor de lo expuesto, gocen de capacidad de obrar en el ámbito jurídico administrativo pueden actuar por sí mismos en el procedimiento»¹³.

En nuestro derecho, a nivel nacional la regla es que: «*Los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos admi-*

*nistrativos como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos»*¹⁴, por lo que no existe ni la autorización paterna ni la dispensa administrativa que antiguamente se requería.

En la Provincia de Santa Fe, en cambio, no existe en el régimen general del Decreto ley 10.204/58 una disposición semejante, como ocurre en un importante sector del derecho público comparado provincial.

Cassagne advirtiendo esta anomalía opina que «...en el orden provincial, no todas las legislaciones han regulado con plenitud la actuación de los menores adultos, no obstante lo cual entendemos que, a falta de regulación expresa, se aplican por analogía, los principios que emergen de la legislación administrativa nacional, en virtud a que la capacidad de los menores adultos para intervenir en el procedimiento ante la Administración Pública es una materia que no pertenece al Derecho Civil sino al Derecho Administrativo que, por principio, es de naturaleza local»¹⁵.

En este contexto, y con el Código Civil vigente¹⁶, la doctrina iuspublicística supo distinguir las distintas posiciones de un menor frente al ordenamiento jurídico:

a) Menor impúber

Con relación al menor impúber, categoría que comprende a los menores cuyas edades no superen los catorce años, no tienen, en principio, capacidad administrativa, sin perjuicio de lo cual la *praxis* cotidiana legitima cierta capacidad, como la contratación y utilización de servicios públicos en carácter de usuario, regímenes específicos de escolaridad, o hasta algunos supuestos de relaciones de trabajo en la medida que sean legítimas.

De las tres posiciones clásicas que el Derecho Administrativo admite como desprendimiento del derecho a peticionar ante las autoridades, esto es, denuncia, reclamo y recurso, solamente se admite y con marcadas restricciones la posibilidad de denunciar de un niño que, según se entendía, carecía de discernimiento y no podía comprender

cabalmente el contenido y los alcances de la situación que estaba denunciando. Las posibilidades de interponer reclamos o recursos administrativos son derechamente descartadas.

b) Menor adulto

Entendiéndose por tal en el concepto clásico del término al sujeto mayor de catorce años pero menor de veintiuno, luego la legislación lo limitó a los dieciocho años¹⁷. Por ello, la persona con más de catorce años pero menos de dieciocho, como vimos, puede actuar en el procedimiento administrativo. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos lo legitima y en el derecho doméstico provincial, ante la ausencia de norma expresa, se aplica por analogía la normativa federal.

Ahora bien, con todo, la doctrina con fundamento en la legislación civil precisaba:

b.1.) Menor adulto funcionario público
El supuesto más frecuente del siglo pasado era el del menor que según los estatutos podía ingresar a la fun-

ción pública con dieciocho años, pero su capacidad civil se encontraba limitada hasta los veintiuno.

En estos casos, y aun en los reglamentos que permiten el ingreso con menos edad, como por caso supuestos de pasantías o practicantías, se entendía que el menor podía por derecho propio ingresar al procedimiento administrativo, sin asistencia de su representante legal. Así, tanto sea para denunciar, reclamar, o recurrir, el menor empleado o funcionario público tenía -y tiene- plena capacidad para ser parte en defensa de un derecho que le es propio y directamente relacionado con la función pública.

Explica Gordillo que «Igual solución estimamos aplicable, por extensión, a los menores adultos que están sometidos a cargas públicas personales, tales como el servicio público obligatorio cuando existía. Si bien la distinción entre 'función pública' y 'carga pública' se suele establecer en el sentido de que en el primer caso el individuo ingresa voluntariamente a los cuadros de

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

la administración y en el segundo su vínculo es obligatorio o legal, de todos modos en ambas hipótesis se trata de un órgano del Estado, con una doble situación jurídica: en cuanto órgano y en cuanto persona»¹⁸.

b.2.) Menor adulto que ejerce profesión o industria
En los términos del artículo 283 del Código aún vigente, se presume que el menor adulto que tiene una profesión o industria está autorizado para todos los actos y contratos concernientes a ella.

Por lo tanto, como expresa Hutchinson, es lógico considerar que si un acto administrativo lo afecta en esa profesión o industria (p. ej. una orden de clausura del taller), y el menor desea impugnarla en sede administrativa, ese acto de impugnación estará comprendido dentro de «todos los casos» concernientes al ejercicio de su industria¹⁹.

Similar criterio puede adoptarse luego de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil, en virtud de la presunción

creada para hijos mayores de dieciséis años²⁰.

b.3) Menor adulto con título profesional habilitante
Según el artículo 128 del Código Civil vigente **«El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello»**.

Siendo ello así, con más ahínco se entiende que puede actuar en acciones administrativas vinculadas a su profesión que, según Gordillo debe tratarse de una carrera de mínimo cuatro años²¹.

Esta disposición, que es con algunas diferencias casi mantenida por el Nuevo Código Civil²², se ubicaba mejor en un contexto jurídico que contemplaba la mayoría de edad a los veintiún años. En la actualidad, con planes de estudio de nivel secundario avanzados hasta

alcanzar prácticamente la mayoría de edad, y carreras terciarias o universitarias –emisoras del título habilitante– que requieren como condición de ingreso estudios secundarios completos, la disposición no tiene mayores aplicaciones en lo que al procedimiento administrativo refiere.

b.4) Menor emancipado
En la concepción clásica del Código Civil, al menor emancipado, sea por matrimonio o bien por habilitación, se le confería capacidad plena.

En el mismo sentido, para el Nuevo Código Civil la persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas (art. 27).

La consecuencia que ahora más interesa a los fines de estas líneas es que, por ende, la emancipación habilita enteramente al menor para actuar en el procedimiento administrativo, sin necesidad de autorización de ninguna especie.

b.5) Menor adulto como usuario o administrado

Todo menor adulto que se encuentra en calidad de usuario de un servicio público tendrá también, en consecuencia, capacidad administrativa para discutir y defender sus derechos frente al concesionario o licenciataria, o frente a la administración prestadora del servicio²³.

Al respecto, no puede pasarse por alto que la Ley 26.061 en su artículo 19 establece que el derecho a la libertad de niños, niñas y adolescentes comprende también el derecho de «Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos» (el subrayado no es original del texto y nos pertenece).

A modo de síntesis Gordillo definía la situación del menor en el esquema clásico de procedimiento administrativo cuando afirmaba: «En suma: a) Tomando las reglas civiles de la capacidad (no de la incapacidad), resulta la plena capacidad administrativa de los menores en los supuestos ya enumerados; b) Cuando el menor adulto no tiene ca-

pacidad de acuerdo con la legislación civil, a nuestro entender, corresponde, por analogía, aplicar las disposiciones sobre la capacidad para votar y debe reconocérsele de pleno derecho capacidad administrativa en todos los casos, inclusive sin norma expresa que lo disponga en el derecho procedimental local. Lo mismo para tener otro tipo de participación política como habitantes (Delegados estudiantiles a los Consejos Universitarios, etc.); c) Existiendo regímenes especiales de derechos y deberes cabe reconocerles, una capacidad ad-hoc, igualmente sin autorización paterna o administrativa»²⁴.

5. El nuevo paradigma. Vientos de cambio

Hoy parece ya consolidado un nuevo paradigma destinado a la protección más acentuada de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Se ha dado, así, «...la bienvenida al denominado 'modelo de protección integral de derechos', cuyo eje rector son los niños y adolescentes como sujetos de

derecho y no meros objetos de protección, superándose así la concepción paternalista propia del llamado 'modelo tutelar', que consideraba a los niños como menores, incapaces y objeto de protección y representación a través de sus representantes legales y el Estado»²⁵.

La característica central del modelo tutelar, que ha sido superado, consistía en la negación de la participación del niño, tanto dentro como fuera del proceso judicial. Desde aquella perspectiva la representación legal sustituía al niño²⁶. La situación en la vía jurisdiccional no corría distinta suerte en el procedimiento administrativo previo, también gobernado por la idea de que el mejor interés para el niño era el interés de sus padres y de allí que, en su caso, sean ellos quienes tengan la legitimación para actuar.

En cambio, el nuevo sistema parece colocar al niño como sujeto con autodeterminación y capaz, con alguna limitaciones, de entender, valorar, reflexionar, y en su caso velar y discutir,

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

por sus propio derechos²⁷.

Tanto es así, que alguna doctrina entiende que, a partir de la sanción de estos plexos jurídicos acerca de los derechos del niño, se marca la afirmación de éstos como ciudadanos primordiales de la Nación, titulares y sujetos activos de aquellos con capacidad de ejercicio²⁸.

Este moderno y en desarrollo concepto de los derechos del niño se vio, tan rápida como potentemente, apoyado por una avalancha de normativas que ya no dejan dudas sobre el papel que al niño, niña o adolescente le cabe hoy en procedimientos administrativos y, con menos rigor, en procesos judiciales.

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos del niño, que vale recordar ha sido receptada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 23.849 del año 1990; y posteriormente con la reforma en el año 1994 de la Constitución Nacional Argentina, a través de su artículo 75 inciso 22, fue incorporada con jerarquía constitucional, al situar al menor como suje-

to de derechos, tiende a conseguir el «...máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respeto de las personas menores de edad, una actitud que incluye la consideración de que son incapaces de participar en el sistema jurídico»²⁹.

El artículo 12 del citado instrumento establece que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez y con ese fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

La opinión del niño, niña o adolescente pasa, así, a ocupar un lugar determinante.

Ello pues «el principio de audiencia al-

berga en su seno uno de los valores más arraigados en la conciencia social de todas las épocas: el de exponer la postura propia antes de que la autoridad pública adopte una decisión capaz de incidir de manera negativa en la esfera jurídica personal. Oír a la otra parte (*audi alteram partem*), no infligir un daño a nadie sin antes escucharle (*nemine damnatur sine audiatur*) constituye una de las columnas del derecho en general y del derecho administrativo en particular»³⁰.

Desde esta perspectiva, se ha situado el derecho del niño a ser escuchado en la piedra basal del sistema jurídico de protección desde que es el andamiaje insoslayable que permite que éste sea plenamente respetado y de esta forma, protegido. Se procura impedir que éste sea objeto de marginación por parte de sus progenitores o del tribunal en cuestiones cruciales de su vida³¹.

Así las cosas, a nivel nacional la ley 26.061, entre otros derechos de la niña, niño o adolescente, establece:

a) El derecho a la libertad que comprende, en lo que a los fines de este trabajo más importa, el derecho de expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; así como el derecho a expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos (art. 19, inc. «b» y «c»).

b) El derecho a opinar y ser oído que abarca, entre otras cosas, al derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (art. 24, inc. «a» y «b»).

c) Garantías mínimas de procedimientos administrativos o judiciales que deben asegurarse, como a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicita la niña, niño o adolescente, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a participar activamente en todo el

procedimiento, o recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (art. 27, inc. «a», «b», «d» y «e»).

Por su parte, el decreto N° 415/06 cuando reglamenta el artículo 27 de la ley 26.061 establece que «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 Pupilar». Esto dio lugar a la figura del «abogado del niño», que ha tenido una creciente importancia en procesos civiles o penales, pero siempre jurisdiccionales³².

En la Provincia de Santa Fe la ley 12.967 dispuso adherir a las disposiciones de la ley nacional N° 26.061 y, a su turno, agregar regulaciones propias.

En lo que ahora es de interés, se garantizan como derechos de las niñas, los niños y adolescentes:

a) Su derecho a ser oído cualquiera sea

la forma en que se manifieste y a que su opinión sea tenida en cuenta (artículo 4, inc. «b»);

b) En el marco del derecho a la educación de menores, el derecho a ser escuchado previamente a decidirse cualquier medida o sanción, las que únicamente deberán tomarse mediante procedimientos y normativas claras y justas establecidas con anterioridad a la conducta reprochable, así como el derecho a tomar conocimiento de sus derechos y de los mecanismos para su ejercicio y defensa (art. 15, inc. «e» e «i»). En este punto, no es ocioso recordar que tratándose de un instituto público la sanción nacerá a través de un acto administrativo, que coloca entonces necesariamente al educando en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio o disciplinario.

c) Dentro de la esfera de su derecho a la libertad, se comprende el derecho a expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en el grupo familiar, la comunidad y la escuela (art. 17, inc. «b»).

d) Derecho a opinar y ser oído en todos los ámbitos en que se desenvuelven,

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

que comprende su derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, su derecho a recibir la información necesaria y oportuna para formar su opinión, y su derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme su madurez y desarrollo (art. 21).

e) Como garantías mínimas que todo procedimiento judicial o administrativo debe asegurar, se imponen, entre otras la de ser oído por la autoridad competente cada vez que así lo solicite, la de participar activamente en todo el procedimiento, y la de recurrir ante el Superior cualquier decisión que lo afecte (art. 25, inc. «b», «d», y «h»).

f) En el caso de formular la niña, niño o adolescente denuncias, es deber del funcionario recepcionarlas. La ausencia de sus padres o representantes legales nunca podrá obstaculizar la recepción de las mismas (art. 28).

g) La aplicación de medidas de protección excepcionales puede ser solicitada por la propia niña, niño o adolescente, no siendo necesario que concurra con la asistencia de sus padres

o representantes legales (art. 53).

h) En el marco de dichas medidas, el propio menor puede denunciar la vulneración, impedimento o afectación de sus derechos ante cualquier agente público (art. 54), y luego el equipo interdisciplinario respectivo mantendrá una entrevista personalizada con la niña, niño o adolescente (art. 56), y la medida se adopta luego de un procedimiento escrito y breve con la participación activa de la niña, niño o adolescente (art. 58).

Luego, el rol activo del menor se observa también en el Nuevo Código Civil:

a) Ante todo, cabe aclarar que para la nueva normativa «menor» es la persona que no ha cumplido dieciocho años y, a la vez, se denomina «adolescente» a la persona menor de edad que cumplió trece años (art. 25).

b) El principio general se mantiene, y 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 ju-

rídico, y en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (art. 26).

c) La persona menor de edad tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26).

6. A modo de colofón

Un aluvión de doctrina y normativa, más un tímido e incipiente aporte de jurisprudencia, han colocado al niño, niña o adolescente en un lugar antes insospechado.

Ante este estado de cosas, y por mayor autonomía que quíerásele otorgar como parte procedimental de un derecho esencialmente local, el Derecho Administrativo, el procedimiento no puede hacer oídos sordos al nuevo compás protectorio del menor.

Ahora bien, ello no implica que deba, así sin más, reconocérsele a todo niño,

niña o adolescente idéntica participación que si de un adulto se tratara, pues ello conspiraría contra su propio interés y desarrollo. Si confiamos a cualquier niño la defensa de su derecho ante la Administración Pública se cuidaría ciertamente al menor del yerro de los padres pero, atención, ¿quién lo cuidaría de los avatares del Estado?

La relación entre grado de madurez e intervención que especialmente desde las aguas del derecho de familia y la minoridad se han vertido, tienen por principal objetivo proteger al niño, niña o adolescente en su estado de abandono y desamparo. Y allí alabamos el cambio.

Sin embargo, trasladar esa inteligencia a todo el sistema de procedimiento nos parece cuanto menos precipitado. Lamentablemente, confiar la defensa de su interés al menor cuando la Administración le impone una limitación a su propiedad en el interés público, o cuando mediante la técnica de utilización de servicios públicos se le desnaturalice un derecho determinado, o cuando se pretenda imponerle cargas

tributarias en alguna actividad o en su patrimonio, o cuando se le limite el uso del dominio público, o bien cuando pretenda encontrar responsabilidad en el Estado para fundar una demanda, por nombrar algunos supuestos, lo puede situar frente al Estado en la situación de desamparo que precisamente se quiere eludir. Pecamos en esto, confesamos, de cierto pesimismo pero basado en datos empíricos que muestran cómo la Administración no encuentra en la vía administrativa previa al proceso contencioso administrativo los acuerdos conciliatorios que desde la pura y vacía teoría se propone lograr. Y no es ocioso recordar que muchas veces, por la naturaleza revisora de la instancia jurisdiccional, lo pedido en sede administrativa en un primer recurso –en su caso, el menor solo y por sí mismo– congela el reclamo, y la pretensión será la misma para siempre, aunque vía principios de informalismo a favor del administrado y buena administración pueda matizarse en algo.

Por ello la temática es compleja y en el horizonte se asoman ríos de tinta que

tratarán de construir una legitimación de la niñez y adolescencia que hoy recién se inicia.

Nuestro grano de arena va en esta oración: nos parece que debe diferenciarse derecho a ser oído, de legitimación para impugnar.

El derecho a ser oído lo tiene todo niño, niña o adolescente, sea que se canalice a través de una denuncia, una audiencia, o una simple entrevista. Más aun, en algunos procedimientos administrativos parece un requisito de validez escuchar al menor, interpretar su propio punto de vista –y no el parental–, incluso como elemento del acto administrativo anterior a su dictado, cuya ausencia podría generar la nulidad del mismo³³.

Por otro lado, la legitimación para impugnar a través de recursos y reclamos entendemos que se mantiene limitada. La novedad sería, quizás, que cuando el decreto reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos refiere a menores adultos,

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

para una armónica, dinámica y en definitiva mejor interpretación del texto con el resto del ordenamiento jurídico, debería leerse menores mayores de trece años, es decir, adolescentes.

En suma, celebramos la bienvenida del menor al mundo del procedimiento administrativo con su activo rol. Simplemente somos cautos, y desde esa cautela auguramos que al niño, niña o adolescente situado en soledad frente el Estado no le suceda lo que a Pandora con su Caja. Como a ella, nos queda la esperanza³⁴. ■

CITAS

¹ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. «La Rebelión de las Masas», pág. 84, Ediciones Orbis S.A., Buenos Aires, 1983.

²«Typically, a person who can show some connection between his or her situation and the matter under consideration will be allowed to participate at the hearing. But remember, if you wish to participate, you normally have to ask to» (FOX, William F., «Understanding Administrative Law», pág. 211, Fifth Edition, Matthew Bender & Company Inc, Lexis Nexis, New York, 2008). Para ampliar sobre las diferencias entre el procedimiento de «rule-making» y el procedimiento de «adjudication», donde es diferente la participación del interesado en el «hearing» respectivo, véase TAWIL, Guido, «Administración y Justicia», Tomo I, Capítulo V, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

³Y, aun cuando pueda parecer a simple vista contradictorio y un tanto confuso, para definir Administración Pública nos parece más propio la teoría objetiva, que encuentra actividad administrativa -Administración Pública- cuando se de una determinada clase de

actividad que ontológicamente pueda resultar tal, prescindiendo de si la misma es emanada del Poder Ejecutivo, Legislativo, o Judicial. Así, entendemos que puede existir procedimiento administrativo en la actividad de los tres poderes del Estado (Cfr: MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. 84 y ss., Quinta Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995).

⁴Decimos en principio porque como una consecuencia lógica de enrolarnos en la teoría objetiva respecto de definir Administración Pública, entendemos que puede existir procedimiento administrativo ante el Poder Legislativo o ante el Poder Judicial. Por el contrario, también podría existir actividad legislativa o jurisdiccional en el propio Poder Ejecutivo, aunque siempre sujeta a «control judicial suficiente». Respecto de esto último, véase C.S.J.N., «FERNANDEZ ARIAS, ELENA Y OTROS C/ POGGIO, JOSÉ », del 19.09.60, en Fallos 247:646.

⁵NAVA NEGRETE, «Derecho Procesal Administrativo», México, 1959, pág. 73, citado en DIEZ, Manuel María, «Manual de Derecho Administrativo», Tomo II, pág. 482, Sexta Edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

⁶NALLAR, DANIEL, «Notas conceptuales del Procedimiento Administrativo», en «Derecho Administrativo, Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica», Casagagne, Juan Carlos (director), Año 23, 2011, pág. 165, Primera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

⁷PERRINO, PABLO E., «El derecho a una tutela administrativa efectiva», en «El Derecho Administrativo hoy. 16 años después», Jornadas organizadas por la Universidad Austral de Derecho, Primera Edición, Editorial RAP, Buenos Aires, 2006. Para una recogida jurisprudencial del principio mencionado véase C.S.J.N., «ASTORGA BRACHT, Sergio y otro c/ Comfer Dto. 310/98 s/ Amparo ley 16.986», del 14.10.04, en Fallos 327:4185.

⁸D'ANTONIO, DANIEL HUGO, «Las distintas etapas de la minoridad: menores impúberes; con discernimiento y adultos», en Revista de Derecho de Daños, Tomo 2002-2, Menor dañado y menor dañado, RC D 123/2012.

⁹DROMI, ROBERTO, «El procedimiento Administrativo», pág. 180, Primera Edición, Primera Reimpresión, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

¹⁰OBERDA, GASTÓN DARÍO, «Las partes en el Procedimiento Administrativo», en Tawil, Guido Santiago, (director), «Procedimiento Administrativo», pág. 216, Primera Edición, Primera Reimpresión, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

¹¹HUTCHINSON, TOMÁS, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Tomo II, pág. 39, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

¹²Artículo 30 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

¹³GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO - RAMON FERNANDEZ, TOMÁS, «Curso de Derecho Administrativo», Tomo II, pág. 494/495, Primera Edición Argentina, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

¹⁴Artículo 3 in fine del Decreto Reglamentario de la ley 19.549 -Decreto N° 1759/72.

¹⁵CASSAGNE, JUAN CARLOS, «Derecho Administrativo», Tomo II, pág. 684/685, Octava Edición Actualizada, Editorial Lexis Nexis

Claves Judiciales

La intervención de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

¹⁶Considerando el estado de la cuestión al momento de escribirse estas líneas, se entenderá por «Código Civil Vigente» el Código clásico de Vélez Sarsfield con sus sucesivas reformas; mientras que por «Nuevo Código Civil» se alude al cuerpo normativo adoptado por la Ley N° 26.944.

¹⁷Ley 26.579.

¹⁸GORDILLO, AGUSTÍN, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo IV, pág. I-4/5, Novena Edición, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006.

¹⁹HUTCHINSON, TOMÁS, «Ley nacional...», op. cit., pág. 40/41.

²⁰Artículo 683, primera parte: «Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años. Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria».

²¹GORDILLO, AGUSTÍN, «Tratado de...», ob.

cit., pág. I-6.

²²Artículo 30. «Persona menor de edad con título profesional habilitante. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede esta en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella».

²³GORDILLO, AGUSTÍN, «Tratado de...», ob. cit., pág. I-8.

²⁴Ibidem, pág. I-9.

²⁵MORENO, NATALIA, «Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», en DFYP 2013 (abril), 35.

²⁶SOLARI, NÉSTOR, «El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial», La Ley, 2005-F, 1127.

²⁷Y aun cuando para velar por sus propios derechos encuentre apoyo en otras personas, se ha distinguido en doctrina que «Así, la re-

presentación quedaría reservada (de manera restringida) a los supuestos donde los niños cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. Cuando se avanza un poco más, entraría a escena la figura de la asistencia (principalmente, por parte de los padres o representantes legales). De manera amplia, todo otro supuesto donde no se demuestre la incapacidad, constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación» (MINYERSKY, Nelly y HERRERA, Marisa, «Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061», pág. 43 y ss. en García Mendez, Emilio, «Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061», Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006).

²⁸JUNYENT DE DUTARI, PATRICIA, «La palabra como derecho de niños y adolescentes», en octubre), DFYP 193; JOFRE, GRACIELA DORA, «Los niños y la justicia», La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, n° 3, abril de 2012, pág. 38; PINTO, GIMOL, «Los derechos de niños, niñas y adolescentes y la defensa jurídica», en Acceso a la justicia de Niños, niñas y adolescentes, pág. 58, Unicef, Imprenta Ya, Buenos Aires, 2011.

²⁹MINYERSKY, NELLY, «Derecho a la defensa de niños, niñas, adolescentes y víctimas», pág. 90, en Graham, Marisa (directora), «Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, una mirada crítica y contemporánea», Primera Edición, Infojus, Buenos Aires, 2014.

³⁰CIERCO SEIRA, CÉSAR, «El principio de audiencia y contradicción», pág. 328, en Santa María Pastor, Juan Alfonso (Director), «Los principios jurídicos del derecho administrativo», Editorial La Ley, Madrid, 2011.

³¹MIZRAHI, MAURICIO LUIS, «Familia, matrimonio y divorcio», pág. 720, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

³²Si bien auguramos su desarrollo, participamos también de la inteligencia relativa a que, en el estado actual de la cuestión, estando el procedimiento administrativo gobernado bajo la idea de que es innecesario actuar con patrocinio letrado pero siendo a la vez un laberinto de normas dispersas y no pocas veces confusas, más feliz resultaría la creación de un «abogado del administrado», pues la niña, niño o adolescente no es el único sujeto vulnerable y vulnerado en el procedimiento administrativo de hoy. Claro está que ideal sería la creación

de ambas figuras, bajo el amparo de aquella profecía según la cual lo que abunda no daña.

³³En este sentido, se consideró que el procedimiento administrativo por el cual se aplicó una sanción a una alumna de un establecimiento educativo y no se le permitió la matrícula para el año siguiente ante la supuesta comisión de un ilícito durante un viaje de estudios en la ciudad de Mendoza, vulneraba la ley nacional 26.061 afectándose su derecho de defensa. Ello así pues «...si bien en el reglamento escolar y general no se prevé para la aplicación de sanciones (14 amonestaciones)... se impone una resignificación en la aplicación de la normativa vigente, adecuándola a lo normado por los tratados internacionales con jerarquía internacional y conforme la ley 26.061» (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Trabajo y Familia de Cruz del Eje, Sala Unipersonal, m.v. C/ Instituto Nuestra Señora del Rosario s/ Amparo, del 06.06.12, en La Ley Cuyo, 2012 (diciembre).

³⁴Pandora, en la mitología griega la primera mujer que existió en la Tierra, contrajo matrimonio con Epimeteo; en su casa había una Caja que éste había prohibido abrir, pero Pandora, no pudiendo resistir la curiosidad,

la abrió y de ella salió la hueste de males que infligen a la humanidad. Sin embargo, logró volver a cerrar la Caja a tiempo para impedir que escapase de ella la Esperanza. Cfr: *Diccionario Enciclopédico Abreviado*, Séptima Edición, Editorial Espasa-Calpe s.a., Tomo VI, Vocablo «Pandora», pág. 249, Madrid, 1957.