

El interés superior del niño como garantía del debido proceso

Dra. Andrea Mariel Brunetti

Jueza Tribunal Colegiado de Familia N° 7, Rosario.



I. Introducción

El actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, vigente en América Latina, a partir de la consagración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la infancia, plasmado luego en la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los niños como sujetos plenos de derechos, es decir ni más ni menos que considerar a la niña, niño o adolescente como persona humana cualquiera fuere su edad.¹

En este entendimiento se les reconocen los mismos derechos y garantías que establecen las constituciones de los Estados de Derecho y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a cualquier persona, con un plus por su condición de vulnerables, como es el principio rector del «interés superior del niño» que, como expresa Cillero Bruñol, se trata de una «supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma sino fundada en la protección jurídica general».²

Relata la Convención en tal sentido, lejos de considerar incapaces a los niños, que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Por ello dispone que, «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

*las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».*³

*Principio general que atraviesa íntegramente el sistema de derechos y garantías a modo de guía de interpretación de normas y de resolución de conflictos, como así también para la formulación de políticas públicas de la infancia, considerando al interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos⁴, así lo define la Ley argentina de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes N° 26.061: « la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley».*⁵

En virtud de ello contemplamos un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso. Esto es su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigiéndose por ende, que el niño deba ser tenido como «parte» en el proceso.

Significa entonces, que en función del interés superior del niño, es decir, a fin de realizar la máxima satisfacción de sus derechos, se debe garantizar el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento de la tutela judicial efectiva de sus derechos, esto es poder ejercer su derecho de defensa a través de una asistencia

*letrada especializada, más allá de sus representantes legales y de la representación promiscua del Ministerio Público, reconociendo además la figura del Defensor del Niño como de interés público, en protección de los derechos específicos de determinado grupo de personas entre las que se encuentran los niños, esto es a fin del cumplimiento de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.*⁶

II. El nuevo paradigma de la protección integral de la infancia y la adolescencia. Su influencia en el proceso

Efectivamente luego del proceso de transformaciones legislativas sucedidas, primeramente en Brasil en la década del 80, y a partir de allí en el resto de América Latina, finalmente se concretó luego de varios años de tratamiento, con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, aboliéndose la doctrina de la situación irregular para dar paso a la llamada doctrina de la protección integral, que significa una transformación radical en la antigua concepción de «menores como objeto de tutela – compasión/represión – a una concepción que considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, como así también el fin de la perspectiva asistencialista y tutelar hacia una perspectiva en términos de ciudadanía y de derechos para los pequeños, que en definitiva ha significado reforzar el hecho de consi-

Claves Judiciales

El interés superior del niño
como garantía del debido proceso

derar a los jóvenes, básicamente, como seres humanos».⁸ Subraya García Méndez, que «Hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, la «legalidad minorista» y las políticas asistencialistas caminaron en la misma dirección. Es sólo a partir de 1990, que la ley y el asistencialismo tomaron caminos opuestos.»⁹

Así refiere específicamente la Convención en su preámbulo cuando reza que «de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

Ahora bien, lo trascendente de este proceso y su concreción a través de la Convención es que la misma establece un verdadero sistema universal de normas de la niñez y adolescencia. Dispone que, «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. Es decir, que la Convención establece un mecanismo de construcción de igualdad entendiendo la ciudadanía como sostiene Arendt como el derecho a tener derechos».¹⁰

Así se prevé un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, como estándares de cumplimiento obligatorio por parte de todos los Estados y, todo ello, en fun-

ción del principio rector en la materia cual es el interés superior del niño.

Sin dejar de advertir como señala Emilio García Méndez, que este nuevo derecho que ha objetivado las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado, entendiendo el autor objetivación como lo opuesto a discrecionalidad, apareja además un nuevo tipo de institucionalidad, así como también nuevos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad que implican una radical transformación en el sentido del trabajo de los operadores no solo jurídicos sino especialmente sociales. Destaca el autor, que «este nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad»,¹¹ por lo que resulta evidente y necesario entonces por parte de los Estados, la adecuación de normas internas tanto sustantivas como procesales, a los fines de asegurar dicho cumplimiento, y a la luz del principio rector del interés superior del niño.

Ante este paradigma de la protección integral de la niñez y adolescencia, los Jueces debemos aplicar la ley conforme los principios fundamentales, universales e inalienables que formula esta doctrina en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia, y así se asegura la democracia.¹²

A su vez, la incorporación de las normas internacionales a las constituciones de los Estados, otorgándoles la jerarquía constitucional, ha dado como resultado

el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho,¹³ al que no es ajeno el Derecho de Familia y el Derecho Procesal, donde la persona es el eje de protección, la persona en sus relaciones familiares, entendido esto en una acepción amplia del concepto de familia.¹⁴

Ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público sino que es derecho constitucional integrado con las normas propias del derecho de familia,¹⁵ y normas del derecho procesal, que demarcan el campo de acción de los operadores jurídicos como así también su tutela jurisdiccional.

En consecuencia, el paradigma de la protección integral de la infancia y adolescencia, se convirtió así en un prisma mediante el cual el Juez debe observar todo el ordenamiento normativo y efectuar el respectivo control constitucional y convencional, y así instrumentar, integrar, en definitiva aplicar y garantizar el fiel cumplimiento de los Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia, en el entendimiento de que el ordenamiento jurídico es un todo. Es en este punto donde se revela la verdadera garantía jurisdiccional y donde el principio rector del interés superior del niño asume su rol protagónico de principal motor de la tutela de la niñez, en el sentido que le hemos otorgado.

Ahora bien, el Estado es responsable ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Es el principal obligado – junto con la

familia – a realizar las acciones positivas destinadas a dar satisfacción a los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Entendido el Estado como administrador, sin perjuicio de las obligaciones que tiene el Estado en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes, frente a la efectiva protección de los derechos de la niñez.

En el caso del poder judicial, reviste primordial importancia, pues el juez tiene el deber de aplicar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, descartar las normas internas incompatibles o contrarias a ellos y suplir los vacíos legales internos garantizando así la debida tutela jurisdiccional.

En el Estado Constitucional de Derecho, el Juez se erige como principal garante de los Derechos Humanos y «necesariamente de una manera muy concreta: por medio del proceso»,¹⁶ puesto que la herramienta idónea para la efectivización de todos los derechos humanos es precisamente el proceso judicial.¹⁷

Así los Tratados y Convenciones de carácter supralegal refieren un mínimo o estándar de garantías jurisdiccionales que conforman además la garantía del debido proceso legal, que no puede ser soslayado por las normas infraconstitucionales y que constituyen el marco de interpretación de las decisiones judiciales.¹⁸

Esto es en definitiva, la tutela judicial efectiva.

Precisamente, el Estado asumió el compromiso internacional de adecuar su derecho interno a este nuevo paradigma del derecho, con lo cual, toda evolución del Derecho Procesal deberá apuntar a los principios republicanos y democráticos, es decir a la Constitución misma, como medio de alcanzar la paz social.

Es indispensable en este contexto, que exige respuestas concretas, sencillas y expeditivas en protección de la dignidad humana, prescindir de meros tecnicismos que por el contrario producen el fracaso en la tutela de los derechos. Hoy se exigen nociones amplias y asegurativas de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, particularmente en niñez y adolescencia.

En virtud de la doctrina de protección integral que considera a los niños como sujetos de derecho y que, como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas, insistimos una vez más que debe garantizarse su libre acceso a la justicia en defensa de los derechos fundamentales de la niñez.

III. Determinar qué significa el interés superior del niño es el comienzo

Es preciso a este punto entonces, determinar qué debe entenderse por interés superior del niño. La importancia de su determinación no solo

radica en la necesaria reformulación de normas sustantivas y procesales a través de este principio, sino en la variada significancia que se le ha asignado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, y en humilde opinión, muchas veces errado.

Efectivamente, se ha intentado construir una definición de interés superior del niño desde un sentido de discrecionalidad del Juez y de operadores estatales, cuando precisamente la discrecionalidad, como se ha reflexionado más arriba, ya no es el eje del nuevo paradigma de la protección integral de la niñez y la infancia, que como tal refuerza el concepto de ciudadanía a través del reconocimiento de derechos.

Refiere Mary Beloff, que *«el interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un 'cheque en blanco' que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.»¹⁹*

Destaca Cillero Bruñol, que por lo general «se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como

Claves Judiciales

El interés superior del niño
como garantía del debido proceso

psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajudicial.» Apunta el prestigioso autor que ello se debe a la indeterminación de la noción que impide una interpretación uniforme y por ende hace que las decisiones que se adopten en su fundamentación, no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.²⁰

Precisamente, en el marco de su función consultiva,²¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», reconociendo por primera vez la Corte al niño como sujeto de derecho.²² En dicha oportunidad la Corte definió al niño como toda persona menor de 18 años,²³ Y luego refiriéndose al interés superior del niño declaró: «Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño» Con lo cual tenemos que la corte no lo define y tampoco la convención. En la Argentina la Ley de protección integral N° 26.061 lo define como la máxima satisfacción de los derechos que la Convención declara.

Y así ha sido entendido por presti-

giosa doctrina. Al respecto señala el destacado profesor chileno Ricardo Garrido Álvarez, que el interés superior del niño más que atribuírsele un contenido normativo, significa una regla o principio para decidir, y refiriéndose al razonamiento jurídico que, «un uso no trivial del principio de interés superior, significa adjudicación de derechos preexistentes, y que ello implica situarse en un contexto de aplicación, es decir, con uso de los criterios dogmáticos y precedenciales pertinentes. Por otro lado, que la aplicación del principio y su utilización como premisa de justificación, supone identificar el tipo de norma en que se contiene el derecho adjudicado, lo que proyecta específicos requerimientos en la explicitación del argumento justificatorio.»²⁴ Coincidentemente con ello, consideramos que *el interés superior del niño tal como se manifiesta en la Convención, refiere al reconocimiento de derechos fundamentales a los niños en un lugar de privilegio frente a otros derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas, y de este modo cumple una función amplia, esto es, la de principio rector o guía de interpretación de las normas y de resolución de los conflictos jurídicos que involucran a los niños, en todo ámbito estatal y/o familiar, entendiendo además que sin lugar a dudas implica reconocer a la vez la autonomía de los propios niños a ejercitarlos.*²⁵

Partimos entonces del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos.²⁶

Compartimos asimismo la tesis sustentada por Cillero Bruñol en cuanto a considerar que *el principio del interés superior del niño es además una garantía, ya que significa que toda decisión que deba tomarse en cualquier ámbito fundamentalmente estatal, pero también familiar, que involucre a una niña, niño o adolescente, debe considerar en primer término a sus derechos.*²⁷

IV. El interés superior del niño y el proceso

Decíamos al comienzo que acorde a este nuevo paradigma de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y en función del principio rector de su interés superior, es preciso garantizar el libre acceso a la Justicia de los niños y adolescentes a fin de poder efectivizar los derechos que la propia Convención reconoce.

Pues bien, en tal sentido la Convención reconoce un mínimo de garantías jurisdiccionales que dan lugar a una verdadera defensa material y técnica de los niños y adolescentes.

Efectivamente, la Convención a través de su artículo 12, reconoce el derecho de los niños «que estén en condiciones de formarse un juicio propio» a expresar su opinión, que la misma sea tenida en cuenta en todas las decisiones que los afecten en función de su edad y madurez y a ser oídos en cualquier instancia en forma directa o a través de representantes o

de un órgano apropiado, todo conforme las leyes de procedimiento local (defensa material).

Todo lo cual constituye la garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprensiva del derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal.

A tal fin, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 17 punto 98 expresó que, *«En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.»*²⁸

Sentado ello, no nos cabe duda al respecto que, a partir de dichas previsiones, *no existe restricción alguna en base a edad o capacidad progresiva.*²⁹

Ahora bien, cabe distinguir dos cuestiones fundamentales, por un lado el tema relativo al derecho a ser oído y, por el otro, el derecho a participar activamente en el procedimiento.

En efecto, respecto de la primera cuestión, entendemos que garantizar el acceso a la justicia de los niños implica su derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo requieran, en opinión personal, sin distinción de edad, y no sujeto a discrecionalidad judicial o administrativa sobre su conveniencia, este derecho significa dar su propia opinión más allá de la de cualquier adulto. Por otra parte, una vez oído, el niño tiene derecho a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en cualquier decisión que se tome a su respecto, y esto sí conforme su edad y grado de madurez (principio de capacidad progresiva) lo que a su vez debe ser interpretado y valorado a la luz del principio rector del interés superior del niño.

En lo que atañe a la participación activa de los niños en el procedimiento, compartimos el criterio por el cual se considera el *«reconocimiento de un estatus especial»* del niño al respecto, mediante el cual, *«en su carácter de parte (procesal), está facultado para actuar en cualquier proceso e instancia»*,³⁰ y a *«contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle.»*³¹

Al respecto ha dicho la Corte Interamericana en la referida opinión consultiva 17, punto 102, *«En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condicio-*

nes 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 ».

Sin embargo, en el sistema legal sustancial y procesal argentino, no se ha adecuado aún conforme la doctrina constitucional de la protección integral de la niñez y adolescencia, corriendo grave riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños y adolescentes.

Partiendo de la noción de que es parte aquel *«que debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito en un caso concreto»*,³² tenemos que para el Derecho Procesal, *se requiere capacidad procesal para actuar en el proceso, y en tal sentido distinguimos entonces la capacidad jurídica para ser parte procesal que la tiene toda persona física desde el momento de la concepción hasta la declaración o comprobación de su muerte, y las personas jurídicas conforme la regulación legal correspondiente; y la capacidad procesal es decir la aptitud que debe tener la parte para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso.*³³

Conforme ello y en lo que respecta estrictamente a la Convención, *en función del principio de capacidad progresiva, y del interés superior del niño, los niños tendrán esa capacidad procesal conforme su grado de madurez y desa-*

Claves Judiciales

El interés superior del niño
como garantía del debido proceso

rrollo,³⁴ no determinándolo en base a una franja etaria.

Definitivamente, *el principio de autonomía progresiva consagrado primeramente por la Convención de los Derechos del Niño, ha venido a reformular todo el sistema de capacidad de las legislaciones locales. Teniéndose por tanto que, en función de dicho principio, el niño ya no es un incapaz absoluto para ejercer sus derechos, más allá de la debida representación legal que no se ha visto afectada al respecto.*³⁵

La Convención no realiza categorización por edades específicas, sino que por el contrario ha establecido el principio de capacidad progresiva, esto es valorar la opinión de los niños y en su caso la participación de los mismos en el proceso conforme su grado de madurez.

En la República Argentina, el Código Civil de la Nación prevé un sistema de representación legal para los menores (niñas, niños y adolescentes en la terminología de la doctrina de la protección integral) atento la falta de capacidad para realizar actos por sí mismos que referíamos (padres, tutores, curadores). Al mismo tiempo se establece la representación promiscua del Ministerio Público, complementaria o autónoma.³⁶

Sumado a ello, la ley establece la posibilidad de designarle a los menores, un tutor *ad litem*, como tutela especial para la representación de los meno-

res de edad en un determinado proceso judicial (arts. 61, 397 CC).³⁷

Ahora bien, conforme el sistema instaurado a partir de la Convención de los derechos del Niño y la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral, a este régimen del Código Civil se agrega, la figura del llamado «abogado del niño», esto es, el debido patrocinio letrado de los niños, a efectos de la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual se exige una reformulación del concepto de legitimación procesal para su efectiva incorporación al proceso.

Señala Solari, «*la intervención del patrocinio letrado, de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, exige que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua.*»³⁸

Concretamente, el abogado del niño no cumpliría una función de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño y no en lugar del niño. De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad.³⁹

Para un criterio restringido, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusiva-

mente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso.⁴⁰

En posición más amplia se sostiene que corresponde designar abogado del niño aún en las hipótesis de falta de conflicto o intereses coincidentes entre los adultos y el niño.⁴¹

Por su parte, el decreto reglamentario de la Ley 26.061 establece respecto del art. 27 de la ley, que el niño puede designar un abogado de su confianza sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público. Es clara entonces la diferencia entre uno y otro: el Ministerio Público encarna una visión desde lo adulto respecto del interés superior del niño, mientras que el abogado del niño encarna una visión del niño, de su propio mejor interés.

Ahora bien, ¿puede el niño por sí mismo designar su abogado de confianza? Si analizamos la cuestión desde la óptica de la doctrina de la protección integral, la respuesta es afirmativa sin lugar a dudas. No obstante en doctrina y jurisprudencia argentina se discrepa en cuanto a si se aplica el principio de capacidad progresiva para decidir la designación, conforme Convención,⁴³ o si se aplican las normas del Código Civil.⁴³

Señala Gozaíni que considerando la finalidad de la Ley de garantizar la

participación del niño en el proceso, a través de un letrado de confianza que lo asista, ejercer su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, la designación del abogado debe ser suplida por un adulto o persona mayor, pues la ley no exige una edad determinada para el cumplimiento de esta garantía, de lo contrario se le estarían conculcando al niño garantías jurisdiccionales del debido proceso legal. Agrega que, formalmente, la designación proviene del juez que advierte la necesidad de una asistencia especializada ante un determinado conflicto entre los adultos y el niño, en función de su interés superior, al mismo tiempo que puede provenir el pedido de designación, de los propios padres o el Ministerio Público.⁴⁴

Por su parte, Solari expresa «el derecho a tener un abogado en el procedimiento judicial es de todo niño, cualquiera fuese su edad, tanto en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por lo demás, su condición de sujeto de derecho exige tal asistencia técnica». Continúa, «La imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado no significa privarlo de la defensa técnica. En tal situación la elección corresponderá a una tercera persona (...) la ley le debe garantizar un abogado en todo procedimiento judicial».⁴⁵

De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tu-

tela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, y se corresponde con su interés superior.

Como ya citáramos sostiene Cillero Bruñol precisamente, que este principio rector que estatuye la Convención es un principio jurídico garantista, La Convención «formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos.»⁴⁶

Concluye el autor que es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos.

V. Conclusiones

- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Infancia, en el actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos, previendo a tal fin un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, otorgándole un plus de protección atento su condición de vulnerables, como es el principio rector del interés superior del niño.
- Este principio significa el reconocimiento de derechos fundamentales a los niños en un lugar de privilegio frente a otros derechos que el orde-

namiento jurídico reconoce a las personas, y de este modo cumple una función amplia, esto es, la de principio rector o guía de interpretación de las normas y de resolución de los conflictos jurídicos que involucran a los niños, en todo ámbito estatal y/o familiar, entendiendo además que sin lugar a dudas implica reconocer a la vez la autonomía de los propios niños a ejercitarlos. Y a la vez consiste en la garantía de la efectividad de los derechos humanos de la infancia, cuando en toda decisión que les concierne debe primordialmente considerarse la máxima satisfacción de esos derechos.

- La Convención de los Derechos del Niño, a partir del estándar de superprotección que estatuye, contempla un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso, su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigen de manera tal, que el niño deba ser tenido como parte en el proceso en función de la garantía de la máxima satisfacción de estos derechos, esto es el interés superior del niño.

- Las niñas, niños y adolescentes, considerados como sujeto pleno de derecho en función de su interés superior, tienen derecho a ser asistidos en el proceso a través de un defensor, preferentemente especializado en ni-

Claves Judiciales

El interés superior del niño
como garantía del debido proceso

ñez, sin requerir limitación ni franja etaria alguna, pudiendo designar un abogado de confianza en base al principio de autonomía progresiva y conforme la Doctrina de la Protección Integral.

- El derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, y se corresponde con su interés superior. ■

¹ Con anterioridad a la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, la doctrina de protección integral y el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia ya existían en el ámbito interamericano, expresado en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobado en el año 1969 veinte años antes, amén de los antecedentes previos primordiales: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de los Derechos del Niño 1959.

² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, «*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*» Justicia y Derechos del niño N°1, p. 45. UNICEF. Sgo. de Chile 1999.

³ Art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴ PÉREZ MANRIQUE, RICARDO C.; «Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes». Ponencia presentada en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Universidad de Buenos Aires, días 24 y 25 de agosto de 2006. «JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO» Número 9 p. 251 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia www.unicef.cl

⁵ Ley 26.061 art. 3: INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus

derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. En BRASIL está previsto en el Estatuto del Niño y el adolescente en el art. 4º.—Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria. Párrafo único. —La garantía de prioridad comprende: a) primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; b) precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública; c) preferencia en la formulación y en la ejecución de las políticas sociales públicas; d) asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud.

⁶ El Estatuto del niño y el adolescente de Bra-

sil, Ley 8069/90, prevé la acción acción civil pública para la protección de los intereses individuales, difusos o colectivos relativos a la infancia y a la adolescencia. Capítulo VII De la protección judicial de los intereses individuales, difusos y colectivos.

⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, 20-11-1989, hasta el momento ratificada por casi todas las Naciones en el mundo a excepción de Estados Unidos y Somalia.

⁸ MAIER, JULIO “*Los niños como titulares del derecho al debido proceso*” Justicia y Derechos del Niño N° 2. p. 9. UNICEF. Buenos Aires, noviembre 2000.

⁹ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Infancia Ley y Democracia: una cuestión de Justicia*. En Justicia y Derechos del Niño N° 9, p. 27. UNICEF, Santiago, Chile, agosto 2007.

¹⁰ ARENDT HANNA, LAFER, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. V. Cit. Por Cillero Bruñol Miguel, en «Los Derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva». En Justicia y Derecho de los Niños N°3. p. 49. UNICEF. Buenos Aires, diciembre 2001.

¹¹ GARCÍA MÉNDEZ, E. op. Cit.

¹² Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En Derecho y

Razón, op. cit. p. 864.

¹³ Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado Ferrajoli: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli, Luigi, Pasado y futuro del estado de derecho, en Neoconstitucionalismos, Trotta, Madrid, 2003.

¹⁴ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA; HERRERA, MARISA. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Con prólogo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Bs. As.: Ediar.

¹⁵ LLOVERAS, NORA y SALOMON, MARCELO: *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Bs. As. Universidad, 2009.

¹⁶ Moción de Valencia. España, 2006. <http://www.academiadederecho.org/>.

¹⁷ Entendido como método dialéctico de debate entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1., 1992.

Claves Judiciales

El interés superior del niño
como garantía del debido proceso

¹⁸ GOZAÍNI, OSVALDO A.: El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional. En Cuestiones Constitucionales N° 7 julio-diciembre 2002. <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2061>.

¹⁹ BELOFF, MARY. «Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del niño». En Justicia y Derechos del Niño N°9. N° 9, p. 27. UNICEF, Santiago, Chile, agosto 2007. www.unicef.cl

²⁰ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

²¹ Art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²² Reza el famoso voto del Juez Cançado Trindade: «Es éste, a mi juicio, el leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño 'como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección' (párr. 28)»

²³ Adviértase que el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil considera que se es niño hasta los 12 años de edad y a partir de allí adolescente. Por otra parte, las normas del Estatuto se declaran aplicables excepcionalmente a las personas de 18 a 21 años de edad.

²⁴ GARRIDO ÁLVAREZ, RICARDO «El interés superior del niño y el razonamiento jurídico».

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/7/ar1/ar18.pdf>

²⁵ Al respecto señala Michel Freeman que la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía. Es decir, existe autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer esos derechos. Tomando más en Serio los Derechos de los Niños. Revista de Derechos del Niño, N° 3-4, p. 251. UNICEF- Universidad Diego Portales, 2006.

²⁶ PEREZ MANRIQUE, R.C. op. Cit.

²⁷ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

²⁸ <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

²⁹ PRINCIPIO DE AUTONOMIA PROGRESIVA. CDN art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

³⁰ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS – FAMÁ, M. VICTORIA – HERRERA, MARISA; «Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia», comentada, anotada, concordada; 1a. ed., Bs. As., Ediar, 2007, p. 454.

³¹ GOZAÍNI, OSVALDO; «El niño y el adolescente en el proceso»; LL, 09/08/2012, 4. Comentario fallo CSJN «M. G. c/ P.C.A.», 26-06-2012.

³² ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; «Lecciones de Derecho Procesal Civil», con colaboración de Andrea Meroi, 1a. Ed. Juris, Rosario, 2009, p. 234.

³³ Ibidem, p. 228 y sgts.

³⁴ No compartimos el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en reciente fallo, por el cual se ha dicho que las normas del Código Civil que establecen la distinción entre menores impúberes y adultos no se encuentra derogadas por la Ley 26.061 y son plenamente vigentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 26/06/2012 "M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M." LA LEY 24/07/2012, 24/07/2012, 7 - LA LEY 08/08/2012, 5, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni; AR/JUR/27892/2012 Tal posición implica sostener que el niño no puede ser parte en el proceso en franca contradicción con la doctrina de la protección integral.

³⁵ PEREZ MANRIQUE, RICARDO C.; «Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes». ponencia presentada en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Universidad de Buenos Aires, días 24 y 25 de agosto de 2006. «JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO» Número 9 p. 251 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia www.unicef.cl

³⁶ Complementaria con los padres o el tutor, o de manera autónoma por omisión o defecto

en la representación ejercida por los padres o el tutor.

³⁷ En BRASIL, el Estatuto del Niño y el Adolescente prevé en Capítulo III De las garantías procesales Art. 110.—Ningún adolescente será privado de su libertad sin el debido proceso legal. Art. 111.—Se aseguran al adolescente, entre otras, las siguientes garantías: I. Pleno y formal conocimiento de la imputación de acto infractor, mediante citación o medio equivalente; II. igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias a su defensa; III. defensa técnica por abogado; IV. asistencia jurídica gratuita e integral a los que la necesiten en la forma prevista por la ley; V. derecho a ser oído personalmente por la autoridad competente; VI. derecho de solicitar la presencia de sus padres o responsable en cualquier fase del procedimiento. Título VI Del Acceso a la Justicia Capítulo I De las disposiciones generales Art. 141.—Se garantiza el acceso de todo niño o adolescente a la defensa pública, al ministerio público y al poder judicial, por cualquiera de sus órganos. Capítulo VI Del abogado Art. 206. —El niño o el adolescente, sus padres o responsable, y cualquier persona que tenga un interés legítimo en la solución del litigio podrán intervenir en los procedimientos de que trata esta ley, a través de abogado, el cual será notificado para todos los actos, personalmente o mediante publicación oficial, respetada el secreto de justicia. Párrafo único. —Se brindará asistencia jurídica integral y gratuita a los que la necesiten. Art. 207. —Ningún adolescente a quien se atribuya una infracción, aunque se encuentre ausente o prófugo, será procesado sin defensor. § 1º. Si el adolescente no tiene defensor, este será nombra-

do por el juez, resguardado el derecho de, en cualquier momento, designar otro de su preferencia. § 2º. La ausencia del defensor no determinará la postergación de ningún acto del proceso, debiendo el juez nombrar un sustituto, aunque provisionalmente, o solo para efectos del acto. § 3º. Se dispensará el otorgamiento de un mandato cuando se trate de un defensor nombrado o cuando haya sido designado en ocasión de un acto formal con la presencia de la autoridad judicial.

³⁸ SOLARI, NESTOR. «*El derecho del niño al patrocinio letrado*»; DJ2007-I, 602. Comentario fallo CNACiv. Sala K, 28-09-2006, «R. M. A.»

³⁹ MORENO, GUSTAVO DANIEL, «*La Participación del Niño en los Procesos a través del abogado del niño*». Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 35, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56 y ss.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ PEREZ MANRIQUE, R.C., op. Cit.

⁴² Criterio establecido en la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación y de la sala B de la CNA., esta postura confunde el abogado del niño con el tutor ad litem.

⁴³ La CSJN, ha sostenido recientemente que «las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es por ello que, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, y no pueden realizar

por sí mismos actos jurídicos —art. 54 inc. 2 del Código Civil—. Por su parte se ha expresado en doctrina: «... el derecho a ser oído como el del patrocinio letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado.» Solari, Nestor. op. Cit.

⁴⁴ GOZAÍNI, O. op. Cit.

⁴⁵ SOLARI, N. op. Cit.

⁴⁶ CILLERO BRUÑOL, M. «*El interés superior del niño....*» Op. Cit.