

MÓDULO II

LA CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Introducción

En el presente módulo se analizará la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, principio que fue incorporado en la “Convención Sobre los Derechos de los Niños”, y luego también en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La CDN es un instrumento jurídico, que le brinda a los niños la potestad de ejercer por si mismos sus derechos, con la colaboración e instrucción de los padres, esto en relación al conocimiento de capacidad progresiva, los infantes y adolescentes van adquiriendo con el pasar de los años autonomía para desarrollar personalmente sus derechos.

Así, es que la determinación de la capacidad progresiva es el cambio que se le dio a la perspectiva de comprender la niñez y adolescencia, originadas de una manera tutelar, pero que poco a poco fue cambiada por el prototipo de la protección integral de los derechos del niño. Este principio, es transversal para toda legislación que trate sobre derechos del niño, ya que les reconoce la adultez que van adquiriendo paulatinamente, como así también sus aptitudes y sus cualidades madurativas, las cuales les van a permitir ir maximizando su independencia respecto de sus progenitores o representantes. Por lo cual, resulta de gran preponderancia su desarrollo, ya que incluso va a ser un parámetro a la hora de interpretar y dar importancia a la opinión de la niña, niño o adolescente.

2.1 Definición de la Capacidad progresiva

La Ley 26.061 ha introducido un sistema de protección integral para el infante, el que no solo abarca la satisfacción y restitución de los derechos por medio de la introducción de políticas públicas que garanticen y protejan dichos derechos, sino que además se refiere al modo de ejercerlos. De ahí, se puede decir que empieza a tener relevancia la noción de capacidad progresiva. La misma, en palabras de Cataldi (2012), fluctúa por ser una persona en estado de desarrollo, y va prosperando a lo largo de un proceso continuo en el que van adquiriendo mayor autonomía desde la niñez hasta llegar a la adolescencia.

Conforme a ello, se asevera que es una etapa de evolución que recorren las niñas, niños y adolescentes. Pero para ser más certeros, es conveniente buscar un concepto que clarifique la cuestión. Por ello se recurre a Herrera (2015, p. 78) quien, en términos generales determina que, el principio de autonomía progresiva, “es el reconocimiento de la adquisición gradual de aptitudes y cualidades madurativas de las niñas, niños y adolescentes” con el fin de contribuir a su formación como adultos cabales conocedores del ejercicio de sus derechos.

De tal modo, se infiere que la capacidad progresiva del individuo menor de edad es el parámetro de equilibrio entre el reconocimiento del protagonismo que se les da, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y que se les brinde más autonomía para la actuación de sus derechos, sin que esto signifique que se los enfrente a responsabilidades propias de los adultos negándoles la tutela que necesitan por su inmadurez relativa (Herrera, 2015).

Así, teniendo ya establecido una noción del término capacidad progresiva, podemos decir que, a mayor autonomía por parte del infante, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, ya que permite reconocer, que a medida que las niñas, niños y adolescentes desarrollan mayores competencias, adquieren mayor capacidad para asumir responsabilidades y protagonismo en sus propias vidas. (Herrera, 2015).

Ahora bien, es significativo tener en cuenta que para advertir este transcurso de madurez en cada niña, niño o adolescente en particular, en este proceso paulatino, el hecho de que inciden agentes biológicos, psicológicos y sociales, los cuales

varían de acuerdo a su edad, el grado de estímulos y el contexto social, cultural y económico en el que cada niño se desenvuelva. Por ello, no es posible imponer reglas generales y estrictas debido a que no todos los niños dejan de ser niños de la misma manera y a la misma edad.

Por otra parte, es necesario también, tener en cuenta que representación, asistencia y cooperación son tres figuras graduales, que dependen del desarrollo obtenido por el menor. Entonces, mientras que la representación implica la sustitución total de la voluntad del niño, solo se aplica en los supuestos en los cuales el infante posea una mínima capacidad de autodeterminación y cuando éste se adelanta un poco más aparece la figura de la asistencia que forma un acompañamiento que se justifica su protección. Luego, cuando el niño, niña o adolescente no demuestra incapacidad, se lugar a que aparezca la cooperación, en donde el menor logra un protagonismo real, con el respaldo necesario, porque no pierde su estado de niño, niña o adolescente. En suma, a medida que el niño adquiere un grado de autonomía mayor, menor es la necesidad de participación de un tercero como representante en el ejercicio de sus derechos y deberes (Minyerski, y Herrera, 2008).

2.1.2 El contenido del principio de la capacidad progresiva en la Convención de los Derechos del Niño

En la actualidad del instituto jurídico de la capacidad civil y representación de las personas menores de edad se ha encontrado rodeado de conflictos, y todo esto por la anexión y jerarquización de la convención de los derechos del niño. Por ello cabe destacar que el art. 5° de la CDN⁴⁸, contiene el principio de autonomía progresiva del menor, al determinar que los responsables legales deben proporcionarles dirección y orientación para que los infantes ejecuten sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades. Es una herramienta jurídica internacional que otorga a los niños el derecho a ejercer por sí mismos sus derechos, con la participación de sus padres, todo esto, gracias a las nociones de autonomía progresiva en la cual los niños,

⁴⁸Artículo 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.”

niñas y adolescentes van teniendo con el paso de los años capacidad plena para ejercer personalmente sus derechos.

Asimismo, el artículo nombrado precedentemente, se relaciona de igual manera con el principio contenido en su art. 12inc 1⁴⁹ de la CDN, el cual garantiza el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado. De todo esto resulta, que el niño sea titular y portador de derechos y atributos que le son propios por su condición de persona y otros particularmente por su condición de niño.

En este sentido, Minyersky (2007), asevera que la interpretación de estos artículos traídos a colación, revelan que los derechos de los niños, son derechos, son derechos completos que serán ejercidos de acuerdo a la etapa y evolución acorde a su desarrollo en la que se hallare. De tal manera, el mismo autor afirma que:

El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, y esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos (Minyersky, 2007, p. 206).

Esto no significa, que no se desconoce que los menores no siempre puedan ejercer por sí mismo los derechos que detentan, porque justamente el artículo quinto de la CDN impone la obligación a los adultos de erigirlas condiciones que sean necesarias para que ellos alcancen su máximo grado de autodeterminación.

La Convención sobre los Derechos del Niño realizó un cambio en la forma en la que se entiende la infancia y adolescencia y al mismo tiempo hizo que los países tuvieran que adecuar sus

⁴⁹Artículo 12 inc. 1 “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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.”

estándares internos y sus instituciones en relación al respeto integral de los derechos del niño. En 1990 Argentina ratificó la CDN, que luego adquirió jerarquía constitucional con la incorporación de los tratados de derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 (Viola, 2016, p. 85).

Además, este reconocimiento a los niños en la esfera de la progresividad de su autonomía opera como un límite al poder discrecional del Estado, y de los operadores jurídicos, sociales, educativos, sociales, sanitarios y administrativos en general que trabajan en clave de protección de la infancia. A su vez, importa por un lado, que el niño pueda ejercer sus derechos por sí mismo y también exigirlos; por el otro, que ya no puede ser objeto discrecionalmente dependiente para su asistencia, ya sea de parte del Estado, de la familia o de la sociedad sin ser consultado y oído. Finalmente, para ir concluyendo se puede mencionar que la autonomía progresiva se vincula además con la participación, y con la defensa en juicio como garantía constitucional, a la par que constituye componente necesario de la formación de ciudadanía. Igualmente, la participación de niños y adolescentes en el proceso tiene relación con el principio de autonomía progresiva. La especial relación que se da entre el poder legítimo del adulto y la titularidad de los derechos del niño, supone para el adulto el respeto del derecho de ese niño a recibir, en la medida de su madurez, información y explicaciones en torno a los asuntos que le incumben, así como el derecho de opinar respecto de las decisiones que le afecten. Ese poder legítimo debe ser ejercido con el objetivo de asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar (Yambay Giret, 2017, pp. 62-64).

El silencio sobre el principio constitucional de la autonomía progresiva y el condicionamiento de la defensa en juicio a la capacidad civil, habla del trayecto entre las prácticas institucionales y las leyes. Se sabe que los procesos de implementación de las leyes son pausados, no se debe pasar por alto que la CDN (Convención Sobre los Derechos de Niño) fue

ratificada en 1990 por la nación argentina en la ley 26061, en el 2005 que fue sancionada (Leonardi, 2016, p. 137).

2.2. Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Esta ley de 2005 tutela de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio argentino, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales.

Dicha ley (26.061) incorpora la concepción de los infantes como “sujetos plenos de derechos”, lo cual implica que los niños y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos, más un “plus” de derechos propios de su condición, por tratarse los niños, niñas y adolescentes de sujetos en vías de desarrollo hasta alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años. Estos derechos específicos resultan el derecho a la alimentación por parte de sus progenitores, de la sociedad o del Estado; derecho a la educación, derecho a la salud en su máximo nivel, derecho a ser oído, y a que su opinión deba ser tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez. Además, el derecho a participar en las cuestiones que les atañen según la edad y madurez que los connote (principio de capacidad progresiva), el derecho a no participar de las guerras en tanto sean personas con minoría de edad, a no ser explotados ni maltratados en ninguno de los ámbitos que atraviesan a lo largo de su desarrollo integral. Asimismo, se les reconoce como un derecho esencial que todas las decisiones que se adopten en todos los ámbitos, ya sea por los organismos administrativos, legislativos o judiciales o de cualquier otra índole tengan como finalidad ser dictadas en su “interés superior”, y que se respete su identidad y a no ser separados de sus progenitores, de sus hermanos, es decir del ámbito familiar salvo que tal decisión de carácter excepcional se funde en el interés superior del niño cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.

⁵¹Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/proteccion-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes> el 26/05/2019.

⁵²Ídem, cit. 50.

Resulta claro, que este cambio de paradigma se armoniza con el desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional frente al Estado y al ámbito de las familias en el seno de una sociedad que les debe reconocer y respetar su autonomía en tanto ellos adquieren edad y grado de madurez suficiente (art. 5º, CDN). Y a ello se suma la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN), incluida la CDN. Siguiendo los lineamientos, la normativa se inscribe como modelo diferente, y se conforma como un instrumento jurídico teñido de derecho constitucional que innova sobre el sentido y alcance de la intervención estatal, que exige una forma de actuar distinta en el campo de los sujetos menores de edad.

Por su parte, el art. 1º de la ley⁵³

⁵⁴ 26.061, determina que los derechos reconocidos están consolidados por su máxima exigibilidad, sustentados en el principio del interés superior del niño. Así, los presupuestos que instituye obedecen al derecho del niño a ser oído, como también al derecho de participar activamente en el procedimiento incurso.

El que no se cumplan estos deberes que por esta ley corresponde a los organismos gubernamentales (del Estado), faculta a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restituir el ejercicio y goce de tales derechos. La sanción de este instrumento, trajo aparejo el reemplazo del paradigma, de la incapacidad de los menores por su participación activa en todo proceso administrativo y judicial que le concierne. Pero todavía hace falta una política pública sostenida y rigurosa que busque proporcionar gratuitamente a los niños, niñas y adolescentes un abogado de confianza para que la infancia pase a tener la más calificada atención jurídica (Rodríguez, 2017, párr. 17).

En su art. 27⁵⁵ establece, que los derechos y garantías que asisten al niño, el de ser oído ante las autoridades competentes cada vez que lo solicite. Este instrumento ha servido para incorporar, aclarar y ampliar derechos y garantías procesales a favor

⁵³Ídem, cit. 50.

⁵⁴ARTICULO 1º — OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

⁵⁵ Ídem, cit. 7.

de la niñez para todas las formas jurídicas, que procuren la conformación de un nuevo y más amplio concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal.

En este orden de ideas la ley 26.061 regula en forma explícita la excepcionalidad, brevedad y último recurso de medidas que impliquen la institucionalización de todos los menores, apelando a la prioridad de la convivencia familiar, prohibición de la institucionalización de la pobreza, entre otras cosas.

Es de esta forma como este instrumento, consagra el derecho de los niños a ser oídos sin que este pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, buscando una verdadera inmediación. El niño tendrá que ser escuchado, cada vez que lo solicite, más aun si este derecho debe ser desarrollado conjuntamente con el derecho de participar ampliamente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

A la luz de esta ley deben ser reinterpretadas las normas civiles sobre capacidad de las personas menores de edad, acogiendo la denominación de capacidad progresiva (tomando en cuenta discernimientos de madurez y desarrollo evolutivo de la niñez que este instrumento contiene) y dejando atrás los rígidos y viejos juicios de incapacidad del código civil (tomando en cuenta nada más la edad cronológica de las personas menores de edad). La mencionada estipula el favorable criterio de aceptar la determinada capacidad progresiva, en lo referente a los actos que el niño pueda ejercer directamente (art. 19 inc. a y 24 inc. b) (Rodríguez, 2017).

En torno a ello, la denominación de la capacidad progresiva está basada en 2 capacidades: A- La de goce o derecho y B- La de hecho o de ejercicio. En vez de estar establecida en una edad cronológica, se tendrá que verificar en cada uno de los procesos la madurez intelectual y psicológica del niño, su discernimiento y su suficiente entendimiento. La CDN y La ley 26061, involucran el cambio del principio de incapacidad del CCCN Argentina, de esta forma la capacidad será la regla y la incapacidad es la excepción.

De acuerdo a esto, todo niño tiene derecho a ejercer el derecho de defensa técnica, presumiendo su capacidad para todo lo que tenga que ver con su abogado

(desde como designarlo, removerlo hasta darle instrucciones) y quien alegue lo contrario tendrá que probarlo.

2.3 El principio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Existe un debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la capacidad de los menores de edad de 14 años para participar en el proceso judicial o administrativo, en nombre propio. Así pues en atención a lo previsto en el Código Civil y Comercial. Los mismos tienen incapacidad absoluta, por lo cual, los actos que se realicen están viciados de nulidad.

En este sentido, las disposiciones del C.C.C.N legislan sobre la capacidad de los niños tanto impúberes, es decir, que no han llegado a la pubertad como adultos. Asimismo, no ha sido derogada la Ley N° 26.061 encontrándose vigentes las disposiciones al efecto.

El cambio entre el Código Veleziano y el nuevo cuerpo normativo sobre el régimen de capacidad se da en relación al principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos. Conforme a ello, la postura de la capacidad progresiva ha sido acogida por el CCyCN en su art. 26°, el cual dispone:

...la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.... En este sentido, Leonardi (2016), nos dice que los niños tienen derecho a un abogado de confianza, de acuerdo a su capacidad progresiva y en caso de problemas con sus progenitores. Esto implica un paso al frente sobre las pautas rígidas de incapacidad de los menores determinadas en el CCCN, que ignoraban la ley 26.061 y con lo cual se logra un gran avance con base en la CDN, pues reconoce el derecho de defensa técnica a todo niño, niña y adolescente, cualquiera fuera su edad y no lo

condiciona a su capacidad progresiva, ni a la existencia de intereses distintos a los de sus padres.

Por todo esto, se sostiene que el trabajo del abogado del niño, no necesita como condición del juicio del patrocinado, los estándares relativos al Código Civil y Comercial no podrán desarrollarse en un sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta forma resulta, que el principio a seguir es el de la capacidad ya que el razonamiento a aplicar es el de la capacidad progresiva. De igual manera las denominaciones de capacidad o discernimientos cronológicos (art. 54 y 921 del CCCN), se suplen por criterios de capacidad y discernimientos reales.

De este modo permite la designación de abogados de confianza a niños menores de 14 años, condicionándolo a su grado de madurez, superando de esta forma el juicio restrictivo que limita el derecho de defensa a haber adquirido la edad de discernimiento (según las pautas cronológicas del CCCN).

El concepto de capacidad progresiva receptado por el CCCN determina que los niños tienen derecho a un abogado de confianza, tomando en cuenta su capacidad progresiva y en caso de estar en conflictos con sus padres, se tomaran las medidas pertinente. Rodríguez (2017) considera que se ha sostenido que para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón. (p. 2)

El CCyCN se sirve del derecho privado para insertar en el paradigma constitucional-convencional (art. 1° y 2°) y de esa forma determina que los niños y adolescentes son sujetos de derecho.

El CCCN observa la refinación de las relaciones de autoridad y se va incrementando la participación cada vez más igualitaria y

respetuosa de todos los integrantes de la familia (está en constante transformación y su proceso de democratización), todo esto de la mano de la constitucionalización del derecho privado e incorporando los estándares que dan forma al respeto que en estos días tienen los niños y adolescentes, enunciado en instrumentos jurídicos internacionales (Rodríguez, 2017, párr. 11).

Siguiendo lo expresado en esas normas, los niños y adolescentes por su condición de seres humanos, titularizan una cadena de derechos (al igual que los adultos), y a esos derechos se les unen otros, que deben ser ejercidos por ser personas en desarrollo, de esta forma el CCyCN se le da cierto grado de importancia y está de acuerdo con la concreción emanada de los mandatos de la CDN, instrumento que hizo un cambio en lo referente a la visión teórica sobre los niños y adolescentes.

El cuerpo normativo bajo análisis establece una novísima postura en el reconocimiento de los derechos del niño, en el derecho a manifestar su opinión, ser oído y participar activamente en el proceso, lo dicho constituye el reconocimiento del niño como sujeto de derecho. En tanto que se toma en cuenta al niño en el proceso, a tenor de los artículos 26⁵⁷, 706⁵⁸ y 707⁵⁹ del Código

⁵⁷ Art. 26° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume 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. 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; el conflicto entre ambos se resuelve 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. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”

⁵⁸ Art. 706° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente... a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

⁵⁹ Art. 707° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los

En consecuencia, la protección integral del niño debe estar sujeta al respeto al derecho humano intrínseco de la persona, así como al respeto de su voluntad y criterio, conforme el grado de madurez mental y emocional. Este hecho constituye una novedad, ya que, por su condición de vulnerabilidad, se pudiera imponer un criterio, en mérito de su bienestar, sin embargo, su opinión debe ser escuchada.

Por otra parte, es preciso destacar que en los casos en que exista un conflicto de intereses entre los niños y sus representantes, se podrá designar un tutor especial, igualmente en los casos en que los padres tengan desinterés, en virtud de la apreciación del Juez. De modo que, el tutor especial tendrá el poder de ejercer la representación del niño, conforme el artículo 109^{o60} del CCCN.

2.4. La determinación de la capacidad progresiva

La capacidad progresiva de los niños y adolescentes es el aspecto sustancial que se rige como principio fundamental en las diligencias procesales, relativas a los alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales y administrativos en lo que resulten afectados sus derechos.

El prototipo de la protección integral de derechos que se origina de la concepción del niño como sujeto de derecho obligando a reformular las relaciones que lo tocan desde una manera de interacción democrática entre el niño y los terceros (los estados y los particulares), que se basan en el aprecio a su persona y el respeto a sus necesidades, en cada situación de su existencia y en el gradual reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía en el desarrollo de sus derechos fundamentales, en función de las distintas situaciones de su desarrollo evolutivo.

procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.”

⁶⁰ Art. 109° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.”

Esta nueva forma de ver al niño, como sujeto de derecho mantiene un nivel, a medida que el crece y es dueño del pensamiento abstracto, adquiere sensatez para entender el sentido de sus acciones, de manera que su valor como sujeto de derecho significa reconocer su opinión y colaborar en los asuntos que afecten a su persona, aun en el cuadro de las relaciones paterno-filiales (Fama, 2009).

De esto se desprende que la CDN, en su art. 5^o⁶¹ reconoce el derecho de los padres de dar a sus hijos –en armonía con la evolución de sus facultades, dirección y orientación que sirvan para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha convención y del art 12^o⁶² de este mismo instrumento, se determina que el niño –que esté en condiciones de formarse un juicio propio – el derecho- de dar su opinión libremente en todas las diligencias que concierna al niño, teniéndose muy en cuenta sus opiniones en relación a su edad y madurez.

De lo anterior se deriva que las distintas etapas por la que pasa el niño en su evolución psicológica determinan una progresión en el nivel de decisión al que puede llegar en el desarrollo de sus acciones primordiales, asunto que será valorada en relación de las características personales, psicológicas, sociales y emocionales de cada niño sin apearse a una edad cronológica definida.

Si la titularidad de los derechos principales depende de la capacidad jurídica su desarrollo, que se puede definir como la habilidad o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces. Esta capacidad obra depende de las efectivas condiciones de criterio, que además de ser distintas en cada individuo se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad. La cual en sí misma lleva implícita una presunción iuris tantum de plena capacidad de obrar. En este sentido la mayoría de edad, no es una causa de incapacidad sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obra basada en situaciones subjetivas de las personas. De esto resulta que el menor de edad tiene una capacidad limitada, en vez de ser incapaz (Fama, 2009).

La CDN dio un vuelco total en la manera en que se entiende la niñez, adolescencia y sus derechos, al cambiarse el prototipo de la protección integral de los

⁶¹Ídem, cit. 47.

⁶²Ídem, cit. 48.

derechos de la niñez, considerando que los niños, niñas y adolescentes, tienen que ser reconocidos como sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que necesitan una protección especial. Esto implica que tienen que ser protagonistas de su vida y que con el paso de los años irán alcanzando autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución.

Por otro lado se sostiene que la actuación del abogado del niño, no necesita como condición la sensatez del patrocinado. Los estándares del Código Civil y Comercial, deberían ser reinterpretados y ya no se podrán aplicar en un sentido literal tras la norma de la CDN y la ley 26061. De todo esto deriva que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad ya que el criterio a seguir es de la capacidad progresiva.

Es por todo lo anterior que los estándares argentinos respetan al niño como sujeto de derechos humanos y acoge el principio del interés superior del niño de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a ser tomada en cuenta su opinión, el derecho a la protección de la identidad, etc. Compartiendo reglas al lado de estos principios troncales, están un conjunto de normas que garantizan la tutela efectiva de los derechos implicados y es que la participación de las personas vulnerables en los procesos es un requisito indispensable para que estos se lleve a cabo su desarrollo como individuos de una sociedad (Kemelmajer, Molina y Mariel, 2015).

Conclusiones Parciales

El art. 5° de la CDN ha venido a ser de mucha utilidad, al otorgar o titularizar una cadena amplia de derechos(a ser oído, etc.), y a estos derechos se les unen otros y que deben ser ejercidos por ser los niños y adolescentes, personas en desarrollo. La CDN con la concreción emanada de sus mandatos, hizo un amplio cambio en lo referente a la visión teórica sobre los niños y adolescentes, actualmente los estándares argentinos respetan al niño como sujeto de derechos humanos.

La ley 26061 o “Ley de Protección de Derechos de Niñas, Niños y adolescentes, junto con la CDN, han dado un vuelco al principio de incapacidad del Código vigente, de esta forma la capacidad será la regla y la incapacidad será la excepción. Esta legislación en su art. 27°, establece que los organismos estatales, deben asegurar a los niños y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo y judicial que les conciernan los derechos contenidos en la constitución nacional.

En relación a la determinación de la capacidad progresiva, se establece que esta nueva forma de ver al niño, como sujeto de derecho mantiene que a medida que el crece y es dueño del pensamiento abstracto, adquiere sensatez para comprender el sentido de sus acciones, de forma que su valor como sujeto de derechos, significa reconocer su opinión y colaborar en las diligencias que afecten su persona.

La CDN, ha dado un giro de 180 grados, en la forma en que hoy día se entiende la niñez y adolescencia y sus derechos. Al cambiarse el paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez, representa que los niños, niñas y adolescentes, tienen que ser reconocidos sujeto pleno de derechos, los que necesitan una protección especial. El abogado que necesite el niño para que lo represente deberá ser facilitado gratuitamente por el estado, en el caso que el niño, niña y adolescente no tenga recursos para pagarlo. La ley 26061 es reglamentaria de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y tiene jerarquía inferior a este instrumento jurídico.

Todas estas normas son herramientas para llevar a cabo el ejercicio de los demás derechos que poseen los menores y de esta forma se evidencia la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los demás, además se puede observar la manera en la que se inserta el nuevo paradigma de los derechos de la infancia y la adolescencia entre los niños y adultos.