

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

“DESAFIOS PARA UNA NUEVA JUSTICIA”

CIUDAD DE MENDOZA 2022

Comisión 4 (Procesal Civil)- A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tema: Procesos de familia: principios e instituciones especiales, los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el proceso, etc.

Autores: Mariana Cantando y Martin Loporassi Yapur

Fecha de Nacimiento: 30/01/1993 y 15/01/1995

Dirección Postal: Calle 1 n° 1261 Piso 2 Dpto. A La Plata, Prov. De Bs.As.

Teléfono: (221) 6389135

Dirección de correo electrónico: mariana.cantando6@gmail.com

Breve síntesis de la propuesta:

El presente trabajo persigue poner de manifiesto algunas cuestiones que surgen sobre la Capacidad Procesal de los Niños Niñas y Adolescentes en el Código Civil y Comercial de la Nación y dentro del Proceso Civil, proponiéndose posibles vías que garanticen su intervención de manera razonable y justa, garantizando el acceso a la justicia como sujetos de derecho y respeto a su dignidad humana.

Se postula la presente ponencia a los Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal y Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI) (art. 7° reglamento); y asimismo, para su publicación en el libro del congreso (art. 8 reglamento).

LA CAPACIDAD PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARA INTERVENIR EN LOS PROCESOS JUDICIALES POR SU PROPIO DERECHO. -

Por Mariana Cantando y Martin Loporassi Yapur

I.- INTRODUCCIÓN. -

En materia de capacidad de hecho –hoy denominada “de ejercicio”- se ha prescindido del binomio instaurado por el código de Vélez: capacidad vs incapacidad¹, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes² como verdaderos sujetos de derechos de acuerdo a su “capacidad progresiva”.

Así, recogiendo los mandamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la normativa local comienza a respetar la visión del niño como sujeto de derechos humanos: se recepta el principio del interés superior del niño; el de autonomía progresiva; el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; el derecho a la coparentalidad; a la protección de la identidad; a los alimentos como derecho humano; etc.³

Antes resultaba sencillo discernir si quien estaba accionando o la persona a la que pretendíamos incorporar a la litis como demandado era capaz de hecho o no. En el caso de los NNA bastaba con conocer su edad. Como veremos aquí, hoy la situación es un poco más compleja, y el objetivo de esta ponencia será el análisis de la autonomía progresiva de los NNA, su capacidad procesal y la posibilidad de intervenir con asistencia letrada propia en aquellos procesos judiciales en los que se vean inmiscuidos sus intereses.

II.- CAPACIDAD PROGRESIVA: COMPETENCIA. -

Esta premisa significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de los derechos de los NNA, en función de su desarrollo psicofísico. En esa inteligencia, el menor de edad paulatinamente va

¹ Conf. FERNÁNDEZ, Silvia, en HERRERA, Marisa — CARMELLO, Gustavo — PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 69.

² En adelante NNA.

³- Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída- Molina de Juan, Mariel F. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”. Publicado en RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 3 – DJ04/05/2016, 10.

adquiriendo una mayor comprensión de su entorno y circunstancias de vida, la que deberá ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al NNA la influencia que ha tenido su razonamiento volitivo en el resultado del proceso.

La incorporación expresa de la fórmula “madurez suficiente”, demuestra cómo el régimen actual se aleja de los antiguos paradigmas que determinaban una incapacidad total en cabeza de aquél individuo que no había alcanzado la edad de 18 años; apareciendo así, como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana, ya que se analiza el caso particular y no un principio biológico general.

Nos parece trascendental señalar, que la citada expansión de la autonomía no relega la responsabilidad y autoridad parental, ni la de los organismos públicos, quienes conservan el deber de velar por la mejor tutela del menor debido a su condición de vulnerabilidad⁴. De hecho, que todo NNA tenga derecho a expresarse sin restricciones, no quiere decir que su opinión sea vinculante a la hora de tomar una decisión que lo involucre; máxime si se considera que la misma es susceptible de colocar al propio niño en una situación de riesgo o vulnerabilidad⁵, contrariando su interés superior.

Asimismo, la capacidad o autonomía progresiva del NNA va de la mano de la noción bioética de “competencia”, que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta idea es de carácter más empírico que técnico, y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación con el acto concreto en juego⁶. Es decir, se deberá meritarse si el menor es susceptible de discernir los alcances de una acción determinada.

⁴ Ver art. 26 Código Civil y Comercial Comentado por Jorge Horacio Alterini.

⁵ Conf. Quintana, Beatriz Escudero; “La capacidad de ejercicio de los menores en el código unificado”, Publicado en eldial.com, biblioteca jurídica online.

⁶ Conf. Gozaíni, Osvaldo A; “Legitimación del menor de edad”; Publicado en SJA 06/02/2019; cita online AR/DOC/3648/2018.

El codificador en el artículo 24 enumera quienes serán incapaces de ejercicio. En su inciso “a”, destaca a las personas por nacer, cuya imposibilidad de ejercicio resulta ser de Perogrullo. Ello claro está, sin perder de vista el artículo 19 donde en su primer párrafo hace mención que *“Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”* creando la presunción que la persona por nacer podrá celebrar actos o negocios jurídicos – a través de sus representantes- que podrán surtir efectos con la sola condición de su nacimiento con vida.

Siguiendo el orden establecido, en el inciso b el código refiere a la *“persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo”*. En este caso el codificador establece dos requisitos para establecer limitaciones a la capacidad de ejercicio: la edad y la madurez suficiente. Respecto al primero, no podemos dejar de lado el Artículo 25: *“Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”*. Como se ve, es una cuestión biológica, ya que basta con acreditar su fecha de nacimiento para saber su edad haciendo presumibles ciertos actos que podría realizar a partir de cumplir los trece años donde es considerado adolescente hasta sus dieciocho años; en cambio con el término “madurez suficiente” se necesita un análisis más completo. El vocablo “suficiente” es subjetivo y debe discernirse de forma relativa ya que la persona puede tener la suficiencia para realizar determinados actos y otros en donde no alcanzaría este término – como podrían ser los actos donde esté en juego su patrimonio – haciendo obligatoria la evolución particular de cada caso.

Finalmente, en su inciso c el artículo hace referencia a *“la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”*. Aquí, se le da un rol protagónico al juez quien será el encargado de determinar los alcances de las restricciones.

Dicho ello, y en cuanto al marco cognoscitivo de esta ponencia, el art. 26 del Código Civil y Comercial determina que: *“la persona menor de edad ejerce*

sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada". Como dice la Dra. Kemelmajer la ecuación es clara: a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación de representante.⁷

Tras una detenida lectura, presumiblemente, podría comprenderse que el legislador ha circunscripto el derecho a que el NNA cuente con asistencia letrada ante el hipotético caso de una colisión de intereses con sus representantes legales; no obstante ello veremos que no es tan así.

En primer lugar, el codificador a lo largo de todo el articulado ha normativizado supuestos específicos donde el NNA podrá intervenir por su propio derecho en un proceso judicial. Así, el art. 136 *in fine* lo legitima para demandar la remoción de su tutor; el 425 le otorga investidura procesal para petitionar la nulidad de su matrimonio; el 581 que al hablar específicamente de la competencia de las acciones de filiación deja a entrever que podrían ser instauradas por personas menores de edad o con capacidad restringida; el art. 596 que en materia de adopción dota al adoptado adolescente de capacidad procesal para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes; etc.

Sin mengua de los supuestos especiales, disperso dentro del capítulo 8 del Título VII de responsabilidad parental, se ha establecido una regla que no es congruente en cierto punto con el art. 26 precitado. En el segundo párrafo del art. 677 indica que: *"se presume que el hijo **adolescente** cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada"*. A su vez, de la redacción del artículo subsiguiente –678- también se desprende que el hijo adolescente podría iniciar una acción civil contra un tercero con patrocinio letrado: *"Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo **adolescente** inicie una acción civil contra*

⁷ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, obra citada.

un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del ministerio público”.

En ese entendimiento, afirmamos que el codificador no ha circunscripto la capacidad procesal del NNA tan sólo para aquellos supuestos donde haya una colisión de intereses con sus representantes legales; sino que por el contrario es amplía la gama de posibilidades –hablando de adolescentes claro está-; máxime si se encuentra legitimado para poder accionar civilmente contra un tercero.

De una interpretación armónica de la normativa en su conjunto extraemos las siguientes conclusiones: Si el NNA es adolescente⁸, es decir, su rango etario se encuentra delimitado entre los 13 y 17 años –inclusive- entrarían en juego los arts. 677 y 678 CCYN entendido estos como una presunción *iuris tantum* de capacidad procesal; y ante el hipotético caso de encontrarnos ante un NNA que no han alcanzado la edad mínima de 13 años, la posibilidad de intervenir en un proceso judicial por su propio derecho quedaría ceñida para el supuesto de existir una contradicción de intereses con sus representantes legales.

III.- ADECUACIÓN DE LAS NORMAS ADJETIVAS. VÍAS O INSTRUMENTOS PROCESALES PARA ACREDITAR LA CAPACIDAD PROCESAL. PROPUESTAS -

Habiendo efectuado un análisis de la autonomía progresiva de los NNA y las nuevas formas de intervención que ha regulado el codificador, observamos cómo estos nuevos paradigmas -al dejar atrás al binomio capacidad-incapacidad-, exigirán un esfuerzo de todo el ambiente procesalista tendiente a asegurar el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de los menores de edad en los procesos judiciales.

Los valores que están en juego, son imprescindibles a la hora de comprender lo determinante que será la decisión del NNA respecto a su salud, familia, patrimonio, etc; y la función del magistrado, quien al fin y al cabo será

⁸ Conf. Art. 25 CCYCN: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

quien analice si el libre albedrío del niño se ajusta a su interés superior, o si por el contrario lo compromete.

No debemos perder de vista, que los derechos de los justiciables no siempre deben acoplarse y tratar de encasillarse dentro de las reglas de un proceso determinado; sino que, por el contrario, debido al carácter instrumental del derecho procesal, en determinados litigios en particular, el propio proceso debiera flexibilizarse y adaptar sus formas de la manera más adecuada para garantizar una tutela judicial efectiva. Y creemos que, en el caso de la capacidad procesal de los NNA, el sendero es por allí.

El desenvolvimiento de las personas menores de edad en un proceso judicial no puede circunscribirse dentro de la noción clásica de “parte procesal”, de “quien pretende o frente a quien se pretende” como enseñaba Guasp⁹. Los deberes y cargas procesales inherentes a la calidad de parte propiamente dicha de un proceso de conocimiento tradicional, puede resultar incompatible con el interés superior del NNA que interviene por sí a los fines de hacer valer sus derechos¹⁰.

Por otro lado, de Perogrullo sería destacar que sin perjuicio de la capacidad procesal del menor de edad, a los fines de proteger adecuadamente su interés superior continuará la intervención complementaria¹¹ del asesor de menores e incapaces, con esa denominación reprochable que todavía conserva la Provincia de Buenos Aires.

Así, un reciente pronunciamiento¹² –con la salvedad de que el niño era representado por su progenitora- es lo suficientemente gráfico para poner de relieve la trascendencia de esta actuación complementaria. Ante la inactividad procesal en cuanto al impulso de la pretensión, la magistrada de grado había

⁹ Conf. Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 170.

¹⁰ Conf. Fernández Silvia, “El proceso justo constitucional de niños y adolescentes y la construcción de la tutela judicial efectiva de sus derechos. Reformulación de las nociones de defensa jurídica, representación legal y asistencia de los menores de edad a partir de las leyes de protección integral de derechos de infancia”, APBA 2009-3-262

¹¹ Conf. Art. 104 CCYCN: “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal (...)”.

¹² Cámara Segunda Sala I en lo Civil y Comercial de La Plata en autos “A.A.G c/ Seguros Sura S.A. s/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. O Muerte (Exc. Estado)”; causa 126.860.

decretado la perención de la instancia en los términos de los arts. 310 y cctes. del CPCCBA, con la particularidad de que no se le había sustanciado a la asesora de menores e incapaces la intimación previa que prevé el art. 315 del digesto local¹³. Al recurrirse el interlocutorio, el órgano de alzada con buen tino destacó que “(...) *ante la grave consecuencia que la caducidad de instancia implica, ya que conlleva la pérdida del derecho del niño, corresponde notificar previa o coetáneamente al Asesor de Menores, pues sin este aviso no podrá cumplir el rol que le otorga el sistema jurídico para la protección de los derechos: suplir la defectuosa defensa hecha por los padres*”.

Por otro lado, y sin mengua de las adaptaciones y flexibilizaciones procesales que pudiesen corresponder en cada caso en particular, debemos discernir si quien tomará las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos en el ámbito de un proceso judicial –siempre con asistencia letrada- cuenta con el grado de madurez suficiente para llevarlo a cabo, o si por el contrario sus derechos deberán ser peticionados por sus representantes legales. Esto no sólo permitirá evitar futuras nulidades, sino que el respeto de su autonomía. Aquí es donde entran en juego los instrumentos procesales y dependerá su utilización de acuerdo al rol que el NNA ocupe en el proceso.

Si quien acciona es el menor de edad, consideramos prudente la utilización de las diligencias preliminares consagradas en el art. 323 del CPCCN. Si bien –por obvias razones- dentro de sus incisos no se encuentra contemplada una medida preparatoria tendiente a acreditar el grado de madurez suficiente del NNA, sabido es que la redacción de la norma es meramente enunciativa y que no se encuentra restringida la promoción de una diligencia no contemplada siempre que se acredite su necesidad. Es menester destacar que dicho instrumento también podría ser de utilidad ante el hipotético caso de que se pretenda dirigir una acción contra el NNA a los fines de discernir si la persona contra la cual se accionará cuenta con la debida capacidad procesal.

¹³ Recordemos que en Provincia de Buenos Aires, a diferencia del orden federal, existe una intimación previa a impulsar el proceso antes de operar la caducidad de instancia.

Así ha sido instaurado por el anteproyecto final de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires presentado el 25 de marzo de 2022 en su artículo 344: *“La persona que pretenda demandar o prevea fundadamente que será demandada puede solicitar las siguientes diligencias preliminares para preparar el proceso (...) 7) Que se designe abogada o abogado de la niña, niño o adolescente, tutora o tutor, curadora o curador u otro apoyo para el proceso de que se trate”*; y por el nuevo código procesal de familia, niñez y adolescencia de la Provincia de Corrientes en su artículo 511: *“Quien pretenda demandar, o quien con fundamento prevea que será demandado, puede solicitar que: (...) c) se nombre tutor o abogado del niño, si el proceso lo exige.*

Vis a vis, ya colocándolos en la posición del futuro demandado, a los fines de controlar adecuadamente que el niño cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, además de la posibilidad de instaurar una medida preparatoria con fundamento en la presunta posibilidad de ser accionado; consideramos conveniente la utilización analógica de la excepción de falta de personería, que hará las veces de una defensa de falta de “competencia”, siendo éste el instrumento por antonomasia para discutir la capacidad procesal de los sujetos intervinientes en el litigio. La posición es compartida por el profesor Kielmanovich¹⁴ quien destaca que *“si bien no se trataría en purismo de un supuesto de falta de personería, la denuncia de la inmadurez o de la falta de los presupuestos que habilitan la intervención del menor (si no se trata de la promoción de una acción civil en el caso del art. 678), podría ser opuesta a través de esta defensa”*.

Ante el presunto supuesto de que el accionado sea el propio NNA, la ausencia de capacidad procesal para defenderse adecuadamente, también debiera de ser entablada mediante la referida excepción de falta de personería. No obstante ello y que previo a ordenarse el traslado de la demanda, el actor tendría que haber acreditado la capacidad procesal del futuro demandado.

¹⁴ Conf. Kielmanovich, Jorge L.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado; T ° II, 7ma edición; Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 963.

Cómo última *ratio*, si se diera el caso de que se accionara contra el NNA sin acreditarse su “competencia” para intervenir en el proceso, y que aquél no controvierta tampoco su capacidad procesal, el juez de oficio siempre en aras de preservar el interés superior del niño debiera ordenar la tramitación de un incidente de determinación de “madurez suficiente”, el cual claro está, deberá ser resuelto luego de una evaluación interdisciplinaria (Conf. art. 706 CCYCN).

Finalmente, es dable mencionar que existe parte de la doctrina la cual entiende que la “madurez suficiente” del NNA se presume con el inicio de las actuaciones¹⁵, posición que no compartimos, sin soslayar que la misma podría tener basamento en una interpretación proveniente del propio art. 677 CCYCN, dicha redacción es poco feliz toda vez que será el juez quien en cada caso en particular deba merituar y discernir si el NNA se encuentra investido de competencia para poder intervenir en el proceso por su propio derecho. Repárese que no todos los niños tienen las mismas capacidades ni transcurren por la misma evolución hacia la madurez. De hecho, podríamos incluir las nociones de autonomía y capacidad progresiva dentro de los conceptos jurídicos indeterminados¹⁶, dado que finalmente será el magistrado quien deberá establecer en el caso concreto si el individuo comprende las consecuencias de los actos en ciernes.-

V.- CONCLUSIÓN.

Efectuando una interpretación armónica del todo el plexo normativo, hemos analizado la diferenciación en cuanto a la intervención por derecho propio de los menores de edad propiamente dichos y los “adolescentes”, permitiéndoseles a estos últimos un abanico de posibilidades más amplio de acuerdo a los lineamientos preestablecidos por los artículos 677 y 678 del CCyCN; quedando circunscripta la capacidad de ejercicio de quienes no hayan adquirido

¹⁵ Conf. Famá María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, Publicado en La Ley 20/10/2015; cita online AR/DOC/3698/2015”.

¹⁶ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Dignidad y Autonomía progresiva de los niños”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2010-3. Derechos del paciente, Rubinzal- Culzoni, Bs. As; 2011, p- 137.

la edad de trece años para el hipotético caso de existir una contradicción de intereses con sus representantes legales (conf. art. 26).

A los fines de garantizar el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, y el derecho de defensa del NNA, los operadores jurídicos deberán trabajar en la adecuación de las normas adjetivas -siempre que lo requiera el devenir de cada proceso en particular-; pues no debemos olvidar el carácter instrumental del derecho procesal, quien en estos supuestos deberá tender a equilibrar la presunta asimetría existente con los adultos.

Será el magistrado quien bajo la órbita de su sana crítica deba discernir si el NNA cuenta con edad y grado de madurez suficiente para el ejercicio de sus derechos.

Si el menor de edad es quien acciona el instrumento procesal adecuado para acreditar su “competencia” serán las diligencias preliminares; y si por el contrario el niño ocupa el rol de parte demandada, la excepción de falta de personería. Todo ello sin mengua de las facultades oficiosas del juez quien por sobre todas las cosas debe velar por el interés superior del niño.

La asistencia letrada del NNA será desempeñada por un abogado especializado en materia de niñez y adolescencia, quien defenderá los intereses personales e individuales de su patrocinado; sin prescindir, claro está, de la actuación del Ministerio Público, quien seguirá interviniendo de acuerdo a lo normado por el art. 25 del CCyCN.