

Comisión: a) TEMA 1. Derecho Procesal Civil. *Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República*

TEMA 1. El principio de autonomía progresiva y la capacidad procesal de niños niñas y adolescentes en el proceso de alimentos.

Autora: PROST, Aldana Belén

Dirección postal: Pueyrredón 55, Departamento N° 9 – Santa Rosa, La Pampa (CP: 6300).

Dirección electrónica: aldanabprost@hotmail.com

Teléfono: 2954-15571965

Síntesis de la propuesta: el análisis del principio de autonomía progresiva resulta de vital importancia a la hora de adentrarnos en los procesos de familia, en los que muchas veces se discute acerca de los intereses de sujetos de derecho menores de edad. Para ello, es menester abordar las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), y su posibilidad de aplicación práctica a la litigación familiar cotidiana mediante la facilitación de herramientas a los niños/as a fin de que, si su edad y grado de madurez lo permiten, puedan acudir ante la justicia letrada especializada en protección de sus derechos.

1.- El principio de autonomía progresiva: recepción legislativa. Interpretación.

La ley N° 23.849, sancionada el 27/09/1990, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. el 20/11/1989. En el ámbito de la protección de los derechos de colectivos vulnerables, “la entrada en vigor de la Convención del Niño introdujo una nueva visión de la infancia que generó un cambio en su relación con los adultos y con el Estado. Esta nueva visión es lo que se conoce como *doctrina de la protección integral*, que se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza”.¹

En este orden de ideas, y respetando las pautas de interpretación que marca el art. 1° del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), y bajo la premisa de realizar un verdadero “diálogo de fuentes”, el nuevo ordenamiento de fondo recepta en nuestra legislación interna el principio de autonomía progresiva consagrado en el art. 5 de la CDN ².

El primer párrafo del art 26 del CCyC establece como regla general que: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. Tales son sus progenitores o tutores.

Sin embargo, el segundo párrafo del art. 26 CCyC introduce de forma innovadora una nueva regla en materia de ejercicio de los derechos por quienes aún no alcanzaron la mayoría de edad, expresando en este sentido que: “No obstante, la persona 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”. Conforme

¹CAMPOS GARCIA, Shirley. *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia*; en: Revista IIDH, vol. 50, Julio-Diciembre 2009. Pág. 352.

² Art. 5, CDN: *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.*

lo expresa la doctrina especializada, “la noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir”.³

En este sentido, para que un niño, niña o adolescente pueda ejercer sus derechos por sí mismo deben acreditarse dos presupuestos: edad y grado de madurez suficiente. Ello sienta un criterio absolutamente mutable y que requiere de un análisis casuístico en el marco de cada proceso en particular, como veremos más adelante.

2- Capacidad para ser parte y capacidad procesal: el paralelo con la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio según la legislación de fondo.

Lino E. PALACIO ha definido a la capacidad para ser parte “la posibilidad jurídica de figurar como parte en un proceso, y no es otra cosa, por consiguiente, que la aptitud para ser titular de derechos y de deberes procesales”.⁴ En este sentido, establece un paralelo con la denominada capacidad de derecho, que en el CCyC se encuentra regulada por el art. 22. Toda persona cuenta con capacidad para ser parte, dado que conforme se expresa en la última parte del mencionado texto legal, “La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”. Es decir, no puede quitarse por completo la capacidad de derecho a un sujeto, dado que resultaría equivalente a la muerte civil (*capitis deminutio*) del derecho romano.

En relación a la capacidad procesal, el autor mencionado sostiene que “(...) supone (...) la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes y cargas inherentes a la capacidad de parte. De allí que

³CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO. Tomo I: Título Preliminar y Libro Primero. INFOJUS. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Pág.66. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion#>.

⁴PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vigésima Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 189.

coincida con la capacidad de hecho”.⁵ La capacidad de hecho, denominada en la nueva legislación “capacidad de ejercicio”, se encuentra regulada en el art. 23 CCyC, que fija el principio general de que todos los sujetos pueden ejercer por sí mismos sus derechos, salvo las limitaciones previstas expresamente en el código y en una sentencia judicial.

3.- Capacidad para ser parte y capacidad procesal en los reclamos alimentarios de los niños/as contra su(s) progenitor(es).

¿Por qué el ceñimiento aquí a los juicios de alimentos?⁶ Porque hemos decidido poner el foco en ellos, dado que son aquellos en los que con más frecuencia los niños/as asumen el rol de parte, particularmente de parte actora, actuando por lo general representados legalmente por su madre contra su padre.

Y bien, los niños/as,⁷ adolescentes o no, en tanto titulares del derecho alimentario contra sus padres, tienen capacidad para ser parte en el proceso tendiente a hacer valer y realizar ese derecho. Recordemos aquí que:

a- El primer párrafo del art. 658 del CCyC expresa, como regla general que “ambos progenitores tienen la obligación de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”. Por lo tanto, ambos son sujetos pasivos de la obligación alimentaria, mientras que sus hijos hasta los

⁵ *Ibidem*. Pág. 189

⁶ El proceso de alimentos está regulado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa en sus arts. 612 a 624. En cuanto a su naturaleza procedimental, cumple con el mandato del art. 543 del CCyC que dispone que “la pretensión de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local”, dado que reviste la naturaleza de proceso *sumario* en contraposición al más frondoso proceso *plenario* en cualquiera de sus variantes (ordinario o sumarísimo). Toribio E. SOSA explica claramente que “el proceso de alimentos es de estructura sumaria porque: a.- en cuanto a los hechos y la prueba, (...) debe ceñirse al título del derecho alimentario y al caudal patrimonial del alimentante y del alimentista; b.- en cuanto a la chance de defensa del alimentante demandado, (...) no cuenta con traslado de demanda ni contestación de demanda: el corazón del trámite es una audiencia para suscitar una conciliación y, en su defecto, para que el alimentante demandado pueda acompañar prueba documental y ofrecer su restante prueba, toda admisible si concerniente a los extremos recién indicados en a”. Ver “Código Procesal Civil y Comercial de La Provincia de La Pampa”, director Toribio E. SOSA, disponible en: <http://sosa-procesal.blogspot.com.ar/2016/11/nuevo-cpcc-la-pampa-comentado-articulo.html>.

⁷ Conforme el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad.

21 años o 25 (si acreditan transitar una etapa de formación a nivel terciario o universitario) revisten el carácter de sujetos activos;

b- El contenido, según el art. 659 del CCyC es amplio, dado que “(...) comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (...)”. Asimismo, y en cuanto a la forma de pago, consisten en “(...) prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado”. Tal es así que, en reconocimiento al progenitor/a que detenta el cuidado personal en forma unilateral, el art. 660 le otorga valor económico a las tareas cotidianas que éste/a realiza, las cuales son consideradas un aporte a la manutención.

Empero, en materia de capacidad procesal: ¿el CCyC establece alguna limitación para que un niño/a, adolescente o no adolescente, pueda por sí, o por medio de representante voluntario, actuar en juicio de alimentos contra sus padres? Para responder al interrogante, se habrá de distinguir entre adolescentes y no adolescentes.

4.- Capacidad procesal de las personas adolescentes en materia alimentaria.

El artículo 677 párrafo 2° CCyC reconoce a la persona adolescente capacidad procesal para estar en juicio de manera autónoma con asistencia letrada.

A través de ese precepto, interpretado de consuno con los artículos 661.b y 679 CCyC, puede entenderse que la ley presume que la persona adolescente tiene edad y madurez suficiente para reclamar alimentos a sus progenitores, sin necesidad de autorización judicial, aunque siempre contando con asistencia letrada (arts. 661.b y 679 CCyC).

Esa presunción de capacidad procesal en materia de alimentos, ¿admite prueba en contrario?

La posibilidad de probar en contra de la capacidad procesal de la persona adolescente para reclamar alimentos por sí o por medio de representante voluntario, conduciría a una limitación de esa capacidad y,

por lo tanto, esa posibilidad debería estar expresamente prevista por la ley y por una sentencia judicial (art. 23 CCyC). Y la ley no prevé expresamente la posibilidad de limitar la capacidad procesal de la persona adolescente cuando se trata de un juicio de alimentos contra sus padres, como sí lo prevé, por ejemplo, en cambio, cuando se trata de juicios contra terceros (v.gr. ver art. 678 CCyC).

En todo caso, la única chance de limitar la capacidad procesal de la persona adolescente en materia de alimentos sería en el marco de un proceso de declaración de incapacidad o de restricción de capacidad, en cuya sentencia se considerase necesario que la persona adolescente sólo pueda actuar en juicio de alimentos asistido o representado por un curador o por un apoyo respectivamente (art. 32 CCyC).

5.- Capacidad procesal de las personas menores de edad no adolescentes, en materia alimentaria.

Por lo general, la persona menor de edad no adolescente ejerce su derecho de defensa en juicio de alimentos a través de sus representantes legales; en especial, y como hemos dejado dicho antes, es abrumadoramente mayoritaria la situación en que actúa representada por su madre contra su padre (arts. 101.b, 677 párrafo 1° y 661.a CCyC).

No obstante, creemos que si tuviera la madurez suficiente pese a no haber alcanzado aún los 13 años de edad, podría hacerlo por sí o por intermedio de representante voluntario, tal y como si fuera un(a) adolescente (art. 24.b, 26 párrafo 2° 1ª parte, 661.b y 679 CCyC). Vale decir que si el niño(a) no adolescente contara con la madurez suficiente tendría la misma capacidad procesal que el niño(a) adolescente.

Pero, ¿en qué ámbito procesal podría conseguir la persona no adolescente la dispensa de su edad, por contar con madurez suficiente? Debería conseguir esa dispensa mediante decisión judicial en proceso de jurisdicción voluntaria.⁸

En ese proceso de jurisdicción voluntaria para obtener la dispensa de la edad es juez competente:

⁸ Art. 757 CPCC La Pampa (similar art. 780 CPCC Nación.). Sería una dispensa para actuar en juicio, en vez de, por ej. de una dispensa para contraer matrimonio (arg. arts. 2 y 404 CCyC)

a- en razón de la materia, en la Provincia de La Pampa, el Juzgado de la Familia y el Menor (art. 83, Ley Orgánica del Poder Judicial N° 2574)⁹;

b- conforme el territorio, el juez del lugar en donde la persona menor de edad tenga su centro de vida (art. 716 CCyC).

Ahora bien, para realizar el análisis sobre la madurez suficiente el juez debe contar con el dictamen de un Equipo Técnico, que en el caso de la Provincia de La Pampa está formado por un psicólogo y un trabajador social, quienes le han de brindar al magistrado los conocimientos técnicos específicos a los fines de considerar si la persona menor de edad no adolescente se encuentra en condiciones de defender sus propios derechos.

En cuanto a la facultad del juez para reconocer capacidad procesal a los menores de 13 años a los fines del proceso en análisis, cabe traer a colación que Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y demás autoras consideran que “al prever la norma como principio general la libertad de actuación de los niños, niñas y adolescentes en estos reclamo-encabezando el artículo 679-, la limitación que puede llegar a dictar el juez debe entenderse de manera restrictiva: la negativa del órgano jurisdiccional a la petición del hijo menor para litigar contra sus padres debe aprehenderse de manera excepcional”.¹⁰ Por lo tanto, sólo podrá denegarse la participación autónoma en los casos en que se compruebe fehacientemente que no se da alguno de los dos presupuestos mencionados y que no se encuentra en condiciones de comprender el significado y alcance de la acción que está a punto de incoar¹¹.

Una vez determinada la madurez suficiente y concedida por eso la dispensa judicial de la edad, es deber del Estado arbitrar los medios necesarios a los fines de que la persona litigante menor de edad obtenga la defensa técnica de sus intereses, conforme lo abordaré más adelante.

En suma, *es lo mismo tener 13 años o estar dispensado judicialmente de tenerlos*. Por eso es que, en materia de capacidad procesal,

⁹ Según redacción dada por el Artículo 1° de la Ley N° 2778, B.O. N° 3112 – separata 01- 08-2014.

¹⁰Ibídem, pág. 307

¹¹Ibídem, pág. 315

debería reconocerse, a la persona no adolescente dispensada judicialmente, en principio, el mismo *status* que para la persona adolescente.

Si la persona menor de edad no adolescente iniciara un juicio de alimentos contra sus padres sin dispensa judicial de edad, se expondría al planteo exitoso del impedimento procesal de falta de personería, que debería conducir no al rechazo de su reclamo, sino a la designación de un tutor especial que lo represente legalmente (art. 109.a CCyC).

Por fin, vale la pena aclararlo:

a- es necesaria la dispensa judicial por falta de 13 años pero no la autorización judicial para que la persona no adolescente pueda reclamar alimentos a sus padres (arts. 679 y 661.b CyC);

b- al pedido de dispensa judicial de la edad también podría sumársele *ad eventum* el pedido de designación de tutor especial: desestimado aquél habría que designar un tutor especial para que represente al niño no adolescente en el proceso civil contra sus representantes legales (art. 109.a CCyC).¹²

6.- El derecho de los NNyA a una defensa técnica especializada: “deber ser” y realidad en la Provincia de La Pampa.

Claro está que, sea niño o niña, sea adolescente o sea no adolescente con dispensa de edad, la persona litigante menor de edad no podrá estar sola, pues es deber del Estado proveerle, al igual que a cualquier otro ciudadano, una defensa técnica que lo patrocine o represente en caso de que no pueda procurarse una por sus propios medios.

Nelly MINYERSKY expresa en este sentido que “si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón aún será imprescindible cuando la persona es menor de edad y se encuentra en situación de vulnerabilidad. Este menor de edad no tiene la misma inserción social que los mayores, ni ha recibido todo aquello que la cultura nos va proporcionando y estructurando como seres humanos plenos”.¹³

En términos de legislación nacional, el Art. 27 inc. c) de la Ley

¹² Arts. 306.7 y 753 CPCC La Pampa (similares arts. 323.7 y 776 CPCC Nación).

¹³MINYERSKY, Nelly. *Derecho a la defensa de niños, niñas y adolescentes víctimas*. En: “Derecho de las Familia, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea”, INFOJUS, Buenos Aires, 2014. Pág. 95.

26.061 establece que el Estado deberá garantizar a todo en cualquier procedimiento (judicial o administrativo) que los afecte el derecho “(...) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”. La reglamentación a este punto está dada por el Decreto 415/2006, el cual expresa que “(...) incluye el derecho de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”, convocando a las provincias a que adopten las medidas tendientes a la implementación en sus respectivas jurisdicciones. De allí surge la figura del “Abogado del Niño”, que, adelanto, aún no tiene aplicación en La Pampa.

La realidad en la provincia de La Pampa dista mucho del precepto legal analizado. En la práctica forense actual se observa que la defensa técnica de las personas menores de edad es asignada de oficio por el Juez a las defensorías generales civiles, preferentemente para niños/as mayores de diez años, siendo los menores de esa edad representados por sus padres, familiares directos o guardadores. El asesoramiento consiste en asistir con ellos a las audiencias correspondientes según el caso (es más, una vez fijada fecha de audiencia el expediente se remite a la Oficina de Orientación Jurídica dependiente del Ministerio Público para realizar el sorteo del defensor/a) y realizar los planteos que consideren pertinentes a los efectos de garantizar el interés superior de las personas menores de edad. Considero además que también debería comprender la prueba de los presupuestos para el ejercicio de la autonomía progresiva y la presentación de los recursos correspondientes en los supuestos de denegatoria en primera instancia.

Lo cierto es que estos órganos, colapsados de causas y con escasos recursos humanos, lejos están de asemejarse a la figura del “abogado del niño” diseñada por la Ley 26.061, ya que asumen el patrocinio de cientos de personas intervinientes en procesos judiciales de múltiples fueros.

En el ámbito pampeano existen otros organismos, dependientes del Ministerio Público o del Poder Ejecutivo Provincial, pero sus funciones no se encuentran orientadas a proveer defensa técnica a las personas menores de edad que pretendan participar en un proceso.

En efecto. Las Asesorías de Menores, en ejercicio de la representación promiscua de las personas menores de edad, asumen una función de contralor en los procesos que involucran a sujetos menores de edad, más no se encuentran autorizadas a encarar la defensa de sus intereses como patrocinantes.

Por otro lado existe desde el año 2015 el “Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes”, figura híbrida dependiente del Poder Ejecutivo Provincial, que detenta funciones más orientadas a realizar denuncias en sede judicial o administrativa en casos de vulneraciones a los derechos del colectivo de niñez y adolescencia así como a la implementación de políticas de protección.

Por último, la Dirección General de Niñez y Adolescencia, dependiente del Ministerio de Bienestar Social de la Provincia es el órgano de aplicación de la Ley Provincial N° 2703,¹⁴ que reglamenta la Ley 26.061 y establece sus funciones, no puede ser considerada como órgano habilitado para patrocinar a personas menores de edad, sino que tiene a su cargo la aplicación de los mecanismos de protección de derechos previstos en la legislación mencionada.

Por lo expuesto, la gran mayoría de defensa técnica se concentra en las defensorías oficiales, dado que son muy pocos los casos en que los niños, niñas y adolescentes pueden costear un patrocinio o representación voluntaria privados sin depender de sus padres, lo cual marca la clara necesidad de lograr, en el ámbito provincial, la aplicación de la figura del abogado del niño o un defensor especializado en la temática.

En este orden de ideas, la escasez de recursos estatales es notoria si consideramos que para la primera circunscripción judicial de La

¹⁴ Art. 1°: Adhesión: Adhiérese a los artículos 1 a 41 de la Ley Nacional 26061 y a los artículos pertinentes de su Decreto Reglamentario N° 415/06; Art. 7°: Autoridad de Aplicación: El Ministerio de Bienestar Social u organismo que lo reemplace, será la Autoridad de Aplicación de la presente Ley y tendrá a su cargo el diseño, instrumentación, ejecución y control de las políticas y acciones dirigidas a la protección y promoción de la Niñez, la Adolescencia y la Familia.

Pampa (la más grande según cantidad de habitantes),¹⁵ solo hay cuatro defensorías civiles oficiales que intervienen no solo en procesos judiciales sino en conciliaciones extrajudiciales (expedientes internos) y en mediación.

7.- Conclusiones

De suyo, las personas menores de edad tienen capacidad para ser parte en juicio de alimentos contra sus progenitores.

Las personas menores de edad tienen además capacidad procesal para actuar en juicio de alimentos:

a- si son adolescentes;

b- si son no adolescentes y obtienen una decisión judicial que dispense la falta de 13 años considerando que cuentan con madurez suficiente.

Para ejercer esa capacidad procesal es menester que las personas menores de edad cuenten con asistencia letrada y, dado que son muy pocos los casos en que pueden costear un patrocinio o representación voluntaria privados sin depender de sus padres, es imperioso lograr, en el ámbito de la Provincia de La Pampa, la aplicación de la figura del abogado del niño o un defensor oficial especializado en la temática.

Los derechos consagrados en las normas tanto de fuente interna como internacional devienen abstractos y vacíos si no se garantiza desde el aparato estatal una estructura sólida de protección a quienes se encuentran en una situación más vulnerable. Sin desmerecer los notorios avances en la materia y la creciente capacitación que se encuentra disponible en el ámbito tanto universitario como en los centros de capacitación judicial sobre derechos de la niñez, es menester seguir avanzando en la idea de una asistencia jurídica estatal especializada para niños, niñas y adolescentes.

¹⁵ Ver en <http://www.juslapampa.gob.ar>