

# **El acceso a la Justicia de las niñas, niños y adolescentes. El rol del defensor y el curador del artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay**

Alicia Deus Viana<sup>1</sup>

## **Introducción**

La historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos en el mundo occidental es la historia de la extensión del concepto mismo de sujeto de derecho: desde la concepción del hombre que subyacía en el individualismo liberal racionalista, imperante en el mundo occidental hasta muy entrado el siglo XIX, que veía al varón **blanco**, adulto, cabeza de familia y propietario como el único ser con verdadera autonomía de voluntad como para ser sujeto de derecho, se ha evolucionado hasta la concepción actual comprensiva de los trabajadores, de las mujeres y de los niños.

El siglo XX, en particular, se ha destacado por una verdadera expansión de los derechos humanos. En relación a los niños y adolescentes, a pesar de que en teoría se encontraban comprendidos dentro de los instrumentos generales por el hecho de ser personas, su protección no lograba alcanzarlos en forma efectiva, por lo que se fue concibiendo en la comunidad internacional la necesidad de consagrar en diversos instrumentos específicamente los derechos de este grupo particular de personas.

La rápida ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por los países de América Latina constituyó un mojón inédito en la región. La CDN y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños surgidos de la comunidad internacional constituyen actualmente lo que se ha dado en llamar la doctrina de la protección integral, cuyo paradigma es la concepción del niño como sujeto de derecho, con la cual se supera y destierra la doctrina tutelar, que partía de la noción de los niños como incapaces y meros objetos de la tutela del mundo adulto.

En Uruguay la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en el año 2004, que en gran medida ajustó nuestro derecho interno a dicha Convención, ha significado un

---

<sup>1</sup> Abogada. Integrante de la ONG IACi (Infancia, Adolescencia ciudadana), cooperativa de abogadas para la defensa y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes. **Correo electrónico:** [alicia.deusv@gmail.com](mailto:alicia.deusv@gmail.com).

importante avance en el status jurídico de niñas, niños y adolescentes, en cuanto reconoce en forma expresa su condición de sujetos de derecho y concreta los principios esenciales de la doctrina de la protección integral en sus diversas disposiciones.

El cambio de paradigma, sin embargo, implica un cambio de tal envergadura en las estructuras e instituciones de una sociedad que las adecuaciones normativas internas no deberían agotarse en la derogación del viejo Código del Niño, sino que deben entrañar una revisión holística, abarcativa de los diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, de los usos y costumbres imperantes y, sobre todo, cambios sustanciales en los marcos conceptuales de la enseñanza y de los currículos de las diferentes disciplinas del saber.

La doctrina tutelar formó parte intrínseca del sistema de valores de la ideología patriarcal que impregnó nuestra legislación durante los dos últimos siglos. En particular, el Código Civil, verdadero dinosaurio sobreviviente desde el siglo XIX con escasas modificaciones puntuales, comprende temáticas y regulaciones de diversos institutos que involucran distintos aspectos de los derechos de los niños y que se encuentran resueltas de acuerdo con el marco teórico propio de la época de su sanción.

A su vez, el propio CNA, aun cuando en líneas generales se alinea al nuevo paradigma, contiene varias rémoras propias de la doctrina tutelar. Esta supervivencia de institutos y concepciones groseramente contrarios al paradigma vigente obliga a los operadores y aplicadores del derecho a cumplir una tarea de armonización cuyos resultados muchas veces impiden el ejercicio y la vigencia efectiva de los derechos de los niños.

En lo que respecta al derecho a ser oído, el artículo 12 de la CDN, desterrando el concepto del “menor” como incapaz, reconoce el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte, y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta en función de su edad y madurez. Los Estados que lo ratificaron, por consiguiente, deben implementar los mecanismos adecuados para hacer efectivos esos derechos en iguales condiciones que los adultos en los procesos judiciales y administrativos.

Estos mecanismos, que no son otra cosa que garantías propias del debido proceso, deben contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

1. Derecho a ser informado de sus derechos, de las instancias del proceso, de la forma y alcances de su participación. Para emitir una opinión efectiva todas las personas deben tener lo que se denomina conocimiento informado.
2. Derecho a la defensa técnica como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley. El niño, para ocurrir ante los Tribunales en defensa y en ejercicio de sus derechos, deberá contar con un defensor que lo asesore, que defienda y patrocine sus intereses. El defensor debe actuar en el proceso de parte del niño, a su lado y no en su lugar, y actuar de la misma forma con su cliente menor de edad que si se tratara de un adulto, por lo que debe cumplir cabalmente con sus obligaciones de lealtad y confidencialidad.
3. Derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Esto significa que deberá respetarse su propio juicio, el que podrá ser diferente u opuesto al de sus representantes e, inclusive, al de su propio defensor, al del juez o al del Ministerio Público. Debe tener la posibilidad de participar activamente en el proceso: ofrecer prueba, ser notificado de las resoluciones, impugnarlas, etc.
4. Derecho a una defensa especializada y gratuita. De acuerdo con la CDN y con las disposiciones del propio CNA, los niños, por su condición de personas en proceso de crecimiento, tienen derecho a una especial protección de sus derechos. La especificidad de los principios y normas de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño requiere una particular calificación técnica de los operadores y en particular de los abogados que son designados como defensores de los niños, para que dicha designación no se reduzca a cumplir con una mera formalidad procesal. Asimismo, deberá garantizarse la gratuidad para aquellos que no cuentan con medios económicos.

El CNA recoge estos aspectos esenciales al establecer en su artículo 8 que el niño tiene derecho a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Asimismo, establece, con acierto, el derecho del niño a acudir a los Tribunales y a ejercer por sí los actos procesales en defensa de sus derechos con asistencia letrada preceptiva, por lo que reconoce su derecho a la participación en el proceso. No obstante, dicha norma agrega que el juez ante quien acuda el niño deberá designarle “curador, cuando fuere pertinente para que lo represente y asista en sus pretensiones”. Esta última disposición, de desafortunada redacción, parecería borrar con el codo las garantías plasmadas en la primera parte del artículo, ya que la figura del *curador* regulada en el Código Civil se

fundamenta, precisamente, en la falta de capacidad de la persona para el acto a realizar y, por lo tanto, comparece al proceso a *sustituir* o, en el mejor de los casos, a *completar* su voluntad.

Al no haberse derogado en forma expresa el sistema de incapacidades del Código Civil, la convivencia de dos concepciones absolutamente contradictorias dentro de un mismo ordenamiento jurídico contribuye a que el aplicador del derecho las interprete o armonice en forma discrecional, lo que resulta en una sobrevivencia de la doctrina tutelar “disfrazada” de Convención.

Es así que las formas de la comparecencia de las personas menores de edad a los procesos que los involucran han suscitado diversas dudas y posiciones divergentes, cuando no encontradas, entre los diversos operadores. En primer lugar, cabe preguntar cómo queda el instituto de la representación de los padres frente a este ejercicio directo de los niños y adolescentes. ¿Puede el niño o adolescente bajo patria potestad acudir ante los Tribunales a ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos solo con su abogado? ¿Esta posibilidad se admite solamente cuando existen intereses contrapuestos entre el niño y sus padres o la tiene en todos los casos en que considere que corresponde defender sus derechos? ¿Quién designa a ese abogado? ¿El niño o adolescente puede elegir al profesional que lo habrá de patrocinar o deberá ser siempre el juez de la causa quien lo haga para garantizar su imparcialidad? ¿Qué casos se considerarán los “pertinentes” para que el juez designe un curador al niño que lo “represente y asista en sus pretensiones”?

### **La capacidad de los niños y la representación legal**

Cómo deben armonizarse, interpretarse y aplicarse las disposiciones relacionadas con los institutos de la patria potestad, de la representación y de la incapacidad regulados por el Código Civil frente al principio de la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos es una cuestión de trascendental importancia para la efectividad o no de ese ejercicio. Se trata de cuestiones sobre las que todavía falta reflexionar y debatir mucho, porque hacen a la operatividad de los derechos reconocidos a los niños.

El Código Civil sancionado en 1868, pleno siglo XIX, carece de una definición del concepto de infancia. Sus diversas disposiciones respecto a las personas menores de edad se

reducen a regular la situación de los niños en su relación con el adulto desde el punto de vista patrimonial o con la finalidad de resolver conflictos de esa índole, y parten del presupuesto de su "incapacidad". Más aún, en ese momento histórico la mujer también carecía de los derechos de ciudadanía. No podía votar, en el matrimonio su patrimonio era administrado por el marido, no tenía derecho a la patria potestad respecto de sus hijos, etc.

El derecho de familia, además, formó parte indiferenciada del derecho civil hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, lo que ya nos dice bastante del lugar que se le otorgaba. El criterio predominante era que las normas jurídicas, el derecho y también la justicia estaban básicamente para resolver controversias de índole patrimonial. Los conflictos intrafamiliares y de orden personal constituían la esfera íntima de los sujetos y debían resolverse en el interior de las familias.

La familia de la que se ocupa y que propicia el Código Civil original es la *legítima* y el modelo es decididamente patriarcal. La *patria potestad* es definida por el artículo 232 del texto original como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad. El hombre es quien tiene en exclusividad la patria potestad de los hijos y solo en caso de muerte de aquel pasará a la madre.

Durante el transcurso del siglo XX, en distintas instancias se han ido modificando algunas de estas disposiciones. La ley de Derechos Civiles de la Mujer del año 1946 consagra la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y, por tanto, desde ese momento la patria potestad fue ejercida por ambos padres en forma conjunta. Asimismo, pasó a ser definida como el conjunto de *derechos y obligaciones* de los padres respecto de los hijos y de sus bienes y ya no solo de derechos, como lo establecía el texto original. No obstante, sus atributos principales originarios del viejo derecho romano permanecieron casi sin cambios hasta la aprobación de la CDN y del CNA.

Entre ellos interesa destacar aquí el derecho de los padres a representar a sus hijos y decidir por ellos en todos los actos jurídicos, que parte del presupuesto de la *incapacidad* de las personas menores de edad. Tradicionalmente esta representación ha sido universal e indisponible como derecho y obligación inherente a la patria potestad. Así, el Código

Civil en el capítulo respectivo dispone: “Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en todos los actos civiles”.

La representación implica que el representado no puede actuar o comparecer por sí mismo a ejercer el acto. Tampoco el Código Civil establece ningún mecanismo para que el representado pueda cuestionar las acciones llevadas a cabo por el representante en su nombre y que lo afectan directamente. Sí se prevén mecanismos de control y de fiscalización en materia patrimonial, pero efectuados por el juez o el Ministerio Público en funciones “protectoras” de los derechos de los “menores”.

En esta concepción que subyace en las disposiciones del Código no interesa analizar la evolución de las facultades del niño. Se parte del supuesto, lo que se denomina *ficción jurídica*, de que todo menor de 18 años, por el solo hecho de serlo, no tiene capacidad para actuar en ningún acto de la vida civil.

Como afirman Minyerski y Herrera,<sup>2</sup> algunos autores diferencian entre “capacidad para la protección”, referida a las políticas públicas de infancia, y capacidad civil. En consecuencia, con respecto a las disposiciones de la CDN y, en particular en nuestro país, a partir de la vigencia del CNA, las referencias al protagonismo de los niños y adolescentes y su operacionalización en la vida cotidiana se reducirían a aquellos derechos inherentes a la personalidad humana, y subsisten las disposiciones del Código Civil relativas a la capacidad para las cuestiones vinculadas con los derechos patrimoniales.

El hecho de que el CNA no mencione en prácticamente ninguna de sus disposiciones el tema de la capacidad a los efectos patrimoniales parecería avalar esta postura. Sin embargo, en coincidencia con las autoras argentinas, desde una perspectiva y análisis sistemático de la CDN no puede más que concluirse que este argumento no resulta suficiente, por cuanto el sistema de protección integral de derechos, que involucra el principio de autonomía progresiva en su ejercicio, comprende la totalidad de los derechos del individuo y, por tanto, debe considerarse al niño y al adolescente capaz también en cuanto a sus derechos patrimoniales y al ejercicio directo de ellos en forma progresiva a medida que evolucionan sus facultades.

---

<sup>2</sup> Nelly Minyerski y Marisa Herrera, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Análisis de la Ley 26.06, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

La autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que establece la CDN en su artículo 5 va de la mano con la resignificación de las relaciones entre padres e hijos, particularmente en lo que respecta a la concepción histórica del instituto de la patria potestad. En efecto, dicha norma establece como función parental la de impartir a sus hijos *dirección y orientación apropiadas* para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

La patria potestad, por tanto, deja de ser concebida como un *derecho* de los padres respecto de los hijos, para transformarse en el conjunto de funciones de orientación y dirección hacia un fin jurídicamente delimitado y protegido: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño. A su vez, los deberes de orientación y cuidado de los padres son sí derechos de estos a la no injerencia del Estado en el ámbito privado.<sup>3</sup> Funcionan como límites a la intervención del Estado.

A la luz de esta nueva concepción de las funciones parentales se hace imprescindible, entonces, analizar críticamente y relegar el concepto de capacidad del Código Civil. El texto legal atribuye capacidad de obrar o de ejercicio plena a las personas mayores de 18 años. Los menores de edad, en principio, son “incapaces” y su incapacidad trae como consecuencia la nulidad de los actos celebrados. A su vez, distingue entre “menores púberes”, mayores de 12 o 14 años, según sea varón o mujer, que tienen cierta capacidad para realizar determinados actos, como puede ser el contraer matrimonio, y los “impúberes”, menores de esa edad, cuyos actos son absolutamente nulos.

Esta ficción por franjas de edad que realiza el Código deviene contradictoria con la noción del niño como sujeto de derecho. Pero además, resulta incompatible con la expansión y desarrollo que ha tenido la concepción de ciudadanía que supone una participación activa de niños y adolescentes en la sociedad. Y, sobre todo, merecen destacarse muy especialmente en el terreno científico las nuevas ideas de la psicología evolutiva en cuanto a la participación e interacción. El proceso de aprendizaje en sí mismo genera y promueve el desarrollo de las facultades y capacidades, y ese desarrollo se acelera y crece mediante

---

<sup>3</sup> Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos”, en *Derecho a tener derecho*, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo, 1999.

la participación.<sup>4</sup> En otras palabras, no responde a la realidad de las personas que la incapacidad o capacidad para la realización de determinados actos o para la toma de decisiones se determine según la edad.

El Código Civil pertenece a una época histórica en la que la concepción predominante sobre el desarrollo infantil se basaba en determinados supuestos que hoy se encuentran cuestionados y contradichos por el conocimiento y aportes de diferentes disciplinas. Se lo consideraba un proceso universal y lineal y se visualizaba a la niñez como un período de dependencia, en el cual los niños eran meros receptores de la formación, así como de la “protección” que les proporcionaba el mundo adulto, sin posibilidad de interactuar hasta que adquirieran la “mayoría de edad”.<sup>5</sup>

Esas concepciones respecto de la infancia “no fueron totalmente superadas ni se quedaron ancladas, sino que tuvieron lo que Bourdieu denomina un ‘efecto de teoría’ (otros dirían efecto de ideología)”.<sup>6</sup> Esto significa que cada explicación formulada se articuló con el sentido común, pasó a formar parte de lo imaginario “colectivo”, se impuso como “modelo” presente en una explicación. Y el “modelo” de infancia del Código Civil sienta las bases de la doctrina tutelar predominante durante gran parte del siglo XX.

Es cierto que para el mundo del derecho el límite de edad como demarcador del período de adquisición de capacidades es fijado convencionalmente y se asume que se trata de una ficción consensuada a los efectos de otorgar universalidad y generalidad a la norma, recurso utilizado desde siempre para hacer operativo el derecho, llamado “de raigambre ficcional”.<sup>7</sup> El CNA también establece franjas por edades para determinar el período de la niñez (0-12 años) y de la adolescencia (13 a 18 años).

No obstante, es preciso no olvidar y tener claro que las pautas para establecer los límites de edad han respondido a razones de variada índole, que nada tienen que ver con criterios científicos o del conocimiento de la evolución biológica o psicosocial de las personas, sino más bien son producto de criterios tan dispares y variados como pueden ser las

---

<sup>4</sup> Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, Save the Children, UNICEF, Siena, 2005.

<sup>5</sup> Esto salvo contradicciones evidentes como la habilitación de edad por matrimonio o la posibilidad de ejercicio de la patria potestad de las personas casadas respecto de sus hijos, a diferencia de las solteras de igual edad, diferencia que mantiene hoy el CNA.

<sup>6</sup> Bourdieu (faltan datos y es raro que Bourdieu se cite a sí mismo de esta manera)

<sup>7</sup> Jorge A. Degano, *Minoridad. La ficción de la rehabilitación*, Editorial Juris, Rosario, 2005.

necesidades y políticas institucionales, los juicios y prejuicios ideológico-políticos, las concepciones que tienen su origen en el imaginario colectivo pero que pesan en las prácticas de un determinado momento, o creencias que tienen su origen en la religión, entre otros. Un ejemplo claro de esto lo constituyen actualmente la mayoría de los argumentos a favor de bajar la edad de imputabilidad penal.

Hasta la segunda mitad del siglo XX se considera al ciclo vital conformado por etapas. El desarrollo es concebido como un proceso universal, la adultez como la norma y se ve al niño "inmaduro" por definición y se lo caracteriza por su incapacidad, irracionalidad, pasividad y dependencia, mero receptor de lo que los adultos les inculquen. En esta visión los adultos son vistos como traductores o intérpretes de lo que los niños quieren o necesitan y tiende a prevalecer la suposición de que quien se equivoca es el niño y no el adulto. El niño no es tomado en serio porque se parte de un modelo de la infancia como una etapa de déficits diversos. Se considera que en realidad no sabe lo que quiere o lo que necesita. En otras palabras, no se le cree.

Esta forma de ver al niño ha tenido devastadores efectos en los casos de abuso sexual infantil. En el abuso sexual, sobre todo en el que se da al interior de la familia, el preconcepto de que es el niño el que miente ha llevado a invisibilizar el problema con las dramáticas consecuencias que ello ha significado para el resto de la vida de esos niños. En los últimos tiempos, tímidamente y con importantes reticencias, la sociedad ha empezado a sacar a la luz el problema y a creer en lo que el niño dice.

Son numerosas y diversas las disciplinas que explican la adquisición de capacidades por parte de los niños como un proceso evolutivo complejo, producto de la interacción del niño con su entorno y en el que el niño tiene una participación activa.

La antropología, por ejemplo, ha contribuido a difundir la influencia que tienen los contextos histórico-sociales, tanto en aspectos ambientales como culturales, en la concepción misma de la infancia y cómo ello repercute en el tratamiento que se les da a los niños y en la forma en que se les da ese tratamiento. Las diferencias de género, sin ir más lejos, según la sociedad de que se trate, influyen y repercuten en las limitaciones que muchas niñas deben enfrentar o los estímulos que han o no de recibir para su desarrollo.

La sociología analiza la concepción de la infancia en los diferentes grupos sociales, y estudia en qué medida esta es producto de parámetros sociales más que biológicos. La gravitación de los primeros en las prácticas cotidianas de los diversos actores sociales condiciona la formación y el desarrollo de los niños de una u otra manera.

En la construcción de la subjetividad resultan de fundamental importancia los conocimientos aportados por la psicología evolutiva al estudiar cómo, por qué y cuánto se desarrollan los niños. Esta disciplina ha relativizado y hasta desmantelado los criterios absolutos y deterministas del enfoque tradicional que partían de una visión adultocéntrica y adultomórfica con base en el sujeto varón, occidental y blanco. Por el contrario, concibe el desarrollo de las personas como un proceso fruto de una pluralidad de causas, de carácter multidimensional y no continuo.

Hoy el sujeto es mirado por la psicología evolutiva de una forma integral, como una entidad compleja bio-psico-ambiental, lo cual implica un giro radical en la concepción de la adquisición de capacidades. Las vivencias del niño y su interacción con el ambiente cultural y social en el que crece influyen en el alcance y nivel de las capacidades que adquiere y ejerce. Se trata de un proceso esencialmente dinámico, en el que el niño es protagonista activo en la medida en que el medio lo promueva y favorezca.

Baratta,<sup>8</sup> al referirse al derecho del niño a ser escuchado, destaca que no hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones adulto-niño en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa. Debe darse al principio una extensión que va más allá de la esfera intelectual y verbal de las opiniones y del juicio propio que el niño puede formarse y expresar. Como ejemplo señala que el derecho a ser escuchado lo tiene tanto el niño prematuro para que el especialista perciba con el estetoscopio los signos de sus problemas vegetativos y de sus necesidades, así como el adolescente que pretende hacer sentir su voz en la escuela, a la hora de establecerse los contenidos y la metodología de la enseñanza. También tiene derecho el niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral. No se trata, agrega, del deber de los padres y educadores de favorecer y acompañar el desarrollo fisiológico, afectivo, intelectual y moral del niño, sino de

---

<sup>8</sup> Alessandro Baratta, "Infancia y democracia", en *Derecho a tener derecho* tomo 4, UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo, 1999.

reconocer los límites que el cuidado y la función educativa encuentran allí donde se convierten o puedan convertirse en procesos de manipulación y de represión de capacidades del niño

Parece claro a esta altura, entonces, que al imponer franjas de edad para el ejercicio de los derechos en la realidad se termina conculcándolos y se reitera la consideración de los niños por debajo de determinada franja de edad como “incapaces” o con carencias en su intelecto y en su razonamiento, ya sea para negarles su participación o para necesitar de otra persona que los complete. Remite, por tanto, a las connotaciones que la palabra “menor” tuvo y tiene, y habla de carencias y de insuficiencias que no responden a la realidad en los procesos evolutivos de las personas.

Como bien sostiene Mary Beloff,<sup>9</sup> la hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver cómo se compatibiliza el ejercicio de los derechos con la etapa de crecimiento por la que un niño atraviesa. Pero ahora se trata de una interpelación a los adultos y ya no más una autorización para limitar los derechos a los niños. Son los propios adultos los responsables de generar los mecanismos institucionales y condiciones necesarias para el ejercicio. Esta autora sostiene, con razón, que otra interpretación conduciría a la conclusión de que la CDN se firmó para que nada cambie, lo que no parece razonable.

En consecuencia, el intérprete o aplicador del Derecho debe revisar y armonizar las previsiones de la representación legal que ejercen los padres respecto de sus hijos y de sus bienes consagrada en el Código Civil a la luz de los principios que rigen el nuevo status jurídico del niño y considerar, asimismo, la transformación que ha sufrido el instituto de la patria potestad en cuanto ha dejado de ser el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos para cumplir la función instrumental de impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos.

Las disposiciones obsoletas deben adecuarse y transformarse con la evolución del conocimiento científico y armonizarse al nuevo paradigma vigente y no al revés. No es

---

<sup>9</sup> Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

posible sostener que el niño es un sujeto de derecho pleno y, al mismo tiempo, darle tratamiento de “incapaz”.

La representación de los padres según las circunstancias y la casuística no puede obstaculizar, de ninguna forma, el derecho del niño a ocurrir directamente ante los Tribunales a ejercer sus derechos, no puede tampoco obstar a su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Si bien esto no significa que los padres hayan dejado de ser los representantes legales, el contenido y alcance de esa representación debe adecuarse y ser analizada conforme a la condición jurídica actual del niño.

### **El acceso a la Justicia de las niñas, niños y adolescentes. El defensor y el curador**

El artículo 8 del CNA ya referido reconoce expresamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades. Se recoge así el principio de la autonomía progresiva de la CDN.

Sin embargo, una primera cuestión que no ha contribuido a consolidar este derecho en el ámbito judicial, a partir de la redacción confusa de las normas del propio Código, es la relativa a la designación del curador. El inciso final del artículo 8 establece que el juez “ante quien acuda, tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente para que lo represente y asista en sus pretensiones”.

La falta de especificación en cuanto a la pertinencia de esa designación la deja librada a la discrecionalidad del magistrado. La curatela es un instituto regulado por el Código Civil y es de su esencia suplir la incapacidad de la persona a quien sustituye. Su función es sustituir o, en el mejor de los casos, completar la capacidad. Resulta contradictorio que el CNA, por un lado, plasme en su texto y en su espíritu los principios rectores de la CDN que parten del supuesto contrario y, por otro, vuelva a tomar a la figura del curador en los procesos judiciales.

Se plantea, además, la cuestión de determinar cuándo sería “pertinente” la designación de curador para un niño en un proceso judicial. La respuesta de acuerdo con una interpretación sistemática del CNA, que toma en consideración el paradigma establecido

por la doctrina de la protección integral, no puede ser otra que relegar esta figura a los casos especificados por la ley. Cuando, por ejemplo, la niña o el niño involucrado en un proceso tenga impedimentos personales por discapacidades intelectuales o similares para expresar su voluntad y necesite una voluntad que lo sustituya o complemente.

Sin embargo, en la práctica de los Tribunales la designación de un curador para los niños es harto frecuente. Por ejemplo, los jueces son reacios a admitir que el niño se presente solo con su abogado y, además, la comparecencia directa de un niño sin que la preceda la de alguno de sus padres en la interposición de su pretensión es muy poco frecuente. Esto responde, seguramente, a que todavía no se ha instalado en la práctica de los operadores del derecho una verdadera “cultura de derechos del niño” que constituye el cimiento de la CDN, porque, en realidad, las situaciones que ameritarían esta comparecencia personal son comunes en la vida cotidiana de las personas menores de edad. Puede pensarse en la pretensión de concretar un derecho de visitas de un hermano con el que no conviven, o en una autorización judicial solicitada por el mismo niño para viajar al exterior cuando los padres están ausentes o se niegan a dar su consentimiento, o el reclamo de pensión alimenticia a uno de sus padres cuando el otro no quiere o no puede comparecer a efectuarlo.

La mayoría de las veces ante estos planteos el Juzgado, antes de dar trámite a la demanda, le designa un curador al niño o adolescente. De este modo, realiza una apreciación discrecional de la *pertinencia* de la designación fundamentada en la falta de capacidad para comparecer por sí en juicio por razones de edad de acuerdo con el sistema de capacidades previsto por el Código Civil. Esta designación produce la sustitución de la voluntad del niño. El curador defenderá el interés del niño de acuerdo a su propia opinión. El derecho del niño queda así mediatizado por la actuación del curador, lo que vulnera su derecho a ser oído y demás principios rectores de la CDN recogidos también por el propio CNA. En realidad, la Justicia de esta forma responde y sigue actuando de acuerdo con la concepción tutelar y en las antípodas del paradigma del niño sujeto de derecho.

Algunos magistrados pretenden saldar la cuestión procediendo a designar a un mismo letrado como “curador-defensor” del niño, con lo que se evitan el análisis crítico y una toma de posición frente a la disposición contradictoria del CNA. Esta figura ambigua es

asumida por los defensores designados —salvo excepciones— como de representación, lo que vulnera el derecho del niño a una participación activa en el proceso.

Otra posición que viene reiterándose peligrosamente es que los jueces no admiten que sean los propios niños quienes elijan a su letrado patrocinante. Muchas veces, aun cuando el niño comparezca al proceso patrocinado por un profesional, el Tribunal procede a sustituirlo. El argumento que se esgrime es que solamente de esta forma se asegura la imparcialidad respecto de los padres y se evita la manipulación de la que pueden ser objeto los niños por su corta edad e inexperiencia.

Esta consideración resulta compartible en virtud de que los niños no tienen disponibilidad económica para contratar a un abogado de su confianza, ni tampoco cuentan, por lo general, con posibilidades y conocimientos suficientes como para acceder a profesionales del derecho, por lo que, generalmente, será el adulto referente quien se ocupe de la contratación y lo hará con alguien que le merezca su confianza y tal vez asegurándose su aquiescencia a sus intereses.

El criterio que adoptan los jueces nacionales al proceder a la designación es el de nombrar un defensor de oficio integrante de las Defensorías de Familia cuando los padres son asistidos también por la Defensoría de Oficio por la gratuidad del servicio. Cuando, por el contrario, los padres disponen de capacidad económica, designan a abogados particulares.

Sin perjuicio de lo expuesto, también es cierto que la ausencia de una verdadera *cultura de derechos* en los operadores no permite aún naturalizar este comportamiento autónomo de los niños en relación con sus pretensiones e intereses y entonces no se buscan alternativas que hagan compatible la necesaria independencia del defensor respecto de los progenitores, con el derecho del niño a elegir su letrado de confianza. Deberían primero considerarse y analizarse las diversas situaciones con perspectiva de derechos para habilitar otras soluciones que puedan también ser garantistas, antes de arraigar en las prácticas cotidianas la designación del defensor por parte de los Tribunales como única posibilidad de garantizar la imparcialidad.

## **Defensa especializada**

Además de esta disparidad de criterios para garantizar el derecho a la defensa de los niños, nos encontramos con que muchos de los abogados que son designados en los diferentes procesos no cuentan con formación o capacitación específica en la temática y por ello no cumplen a cabalidad con el rol para el que son designados. Se dan situaciones en las que los defensores no se preocupan por saber lo que opinan sus defendidos respecto del objeto del proceso y hasta ni siquiera consideran que deben conocerlos y hablar con ellos con anterioridad a la audiencia judicial. Concurren al proceso a dar su propia opinión entendiendo —erróneamente— que con ello cumplen con “el interés superior del menor”. Confunden su rol con las funciones del Ministerio Público o con el de un mediador, lo que provoca una duplicación inútil de roles en el proceso, sin que se cumpla el fin para el que son designados.

La realidad es que actualmente, al no existir en nuestro país una Defensoría especializada en derechos de infancia ni suficientes profesionales especializados en la materia, la mera designación de un abogado patrocinante, por sí misma, no asegura que el niño o adolescente reciba el asesoramiento y se lleve adelante la defensa de sus intereses en forma adecuada. La mayoría de los profesionales designados, a lo sumo, tiene especialización en derecho de familia en general, pero carece de versación en derechos de infancia y su especificidad, y no conoce la normativa internacional de derechos humanos que ha crecido en forma acelerada en las últimas décadas. En los currículos de las facultades de Derecho existentes en el país hasta ahora no se le ha dado un lugar adecuado al estudio de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes que permita a los futuros profesionales formarse adecuadamente, ya que el tema se estudia parcialmente y en forma tangencial en distintas materias.

El CNA tampoco prevé nada respecto a la necesidad de una defensa especializada. La ley n.º 17.514 del año 2002, que legisla sobre la violencia doméstica, establece que la Suprema Corte de Justicia deberá garantizar la asistencia letrada obligatoria para la víctima, para lo cual la faculta a celebrar convenios con entidades públicas o privadas especializadas en la materia. Es de lamentar que esta disposición no se haya reiterado en el CNA respecto a niños y adolescentes, ya que sería una forma práctica de instrumentar la defensa especializada.

De acuerdo con la experiencia internacional, las Defensorías pueden dividirse según sus cometidos en tres categorías amplias: las que proporcionan, principalmente, defensa individual y representación; las que defienden a los niños como individuos y como colectivo; y las que actúan a favor de los niños como colectivo, sin representarlos individualmente.

Desde las políticas públicas, en nuestro país, precisamente por nuestras pequeñas dimensiones y escasa población, la defensa especializada en casos individuales parece un propósito factible que puede regularse por ley e implementarse a través de los Colegios de Abogados, de las universidades o de organizaciones no gubernamentales que trabajen en el tema, lo cual no significaría erogaciones para el Estado y garantizaría la independencia en el ejercicio de la defensa.

## **Conclusiones**

La CDN fue ratificada por nuestro país hace ya casi 20 años. El CNA, sancionado en el año 2004, derogó el viejo Código del Niño y recogió los principios fundamentales de la CDN. Sin embargo, en su articulado se cuelan rémoras de la doctrina tutelar —como el instituto del curador para el acceso a la justicia de las personas menores de edad en determinados casos no especificados suficientemente— que dificultan la efectividad del nuevo paradigma del niño sujeto de derecho. A ello se agrega que no se han derogado varias de las disposiciones del Código Civil incompatibles con los principios y normas de la doctrina de la protección integral, por lo que a la hora de aplicar el derecho al caso concreto se generan múltiples contradicciones, dudas y prácticas discordantes que resultan vulneradoras de los derechos de los niños y los adolescentes y que dificultan la concreción de los avances en su status jurídico.

Tanto los legisladores como los jueces y demás operadores vinculados con los derechos de la infancia deberían profundizar sus conocimientos respecto de los principios de la CDN. La interpretación, integración y armonización de la normativa debería realizarse en “clave de Convención” y desde una perspectiva de derechos para que resulte sistemática y en concordancia con la calidad de sujeto de derecho de las niñas, niños y adolescentes.

Los institutos de la patria potestad, de la curatela y de la capacidad e incapacidad de las personas reguladas en el Código Civil deben armonizarse, transformarse y adecuarse al derecho positivo vigente en nuestro país en la actualidad, que recoge los principios de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. La decisión inversa resulta inconstitucional y vulnera gravemente los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, esta concordancia que debe darse en el mundo del derecho deberá comprender e integrar los conocimientos actuales de diversas disciplinas como la antropología, la sociología y la psicología evolutiva acerca del desarrollo de los niños en la evolución de sus facultades y de sus implicancias, en un imprescindible e ineludible ejercicio de interdisciplina.

Deberá tenerse también especial cuidado al aplicar el principio de la autonomía progresiva en no caer nuevamente en las doctrinas clásicas del derecho civil que sostienen que los niños siempre fueron considerados sujetos de derecho. Se ha sostenido que no es exacto que las leyes tutelares no reconocieran derechos a los niños, sino que lo que no podían era ejercerlos por sí mismos, por lo que necesitaban representantes que los ejercieran por ellos.

La subsistencia de la figura del curador y su designación por los Tribunales, cuya pertinencia y oportunidad no es suficientemente aclarada por el CNA, y que algunos jueces utilizan hoy como la regla cuando participan niños en el proceso, viene a sustituir la voluntad de su representado y reitera, en esencia, la consideración del niño como “incapaz” de ejercer sus derechos. La figura del curador parte del supuesto de que el niño no tiene suficiente competencia o capacidad para actuar por sí mismo y requiere de alguien que lo sustituya o complemente.

En otras ocasiones, si bien el niño o adolescente es escuchado, se lo hace como un mero formalismo, sin tener verdaderamente en cuenta su opinión. Todavía resulta predominante el modelo de la doctrina tutelar que ve a la niñez como un período de dependencia y de mera recepción pasiva de la “protección” del mundo adulto. De esta manera, el principio del “interés superior del niño” interpretado desde los propios adultos se contrapone al de la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y lo anula.

Desde las políticas públicas la implementación de la figura del defensor del niño y la creación de una Defensoría especializada en infancia serían de fundamental trascendencia para lograr impactos reales en el efectivo ejercicio de los de niños y adolescentes y en su protección integral. La implementación de una Defensoría permitiría la actuación de una defensa especializada en el tema. También podría tener como cometido funciones de control de la aplicación de la nueva legislación en forma coherente y sistemática en todos los ámbitos en que participa el niño.