S.C. M. N° 394; L. XLIV

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó el rechazo del pedido formulado por M. S. M., en el sentido de ser tenida por parte -por derecho propio y con el patrocinio de un abogado de su confianza-, en el juicio de tenencia entablado entre los progenitores.

Para así decidir, el *a quo* aludió a la interpretación integradora del ordenamiento jurídico; y compartió la conclusión de su inferior, en cuanto a que –en la emergencia- los derechos de esta niña se encuentran debidamente amparados por la estructura legal en vigor. Agregó que no se advertía en el caso una situación de peligro que justificara la solicitud. Finalmente, adhirió a los argumentos expresados por la entonces Defensora de Menores de Cámara, en su dictamen de fs. 277/279 del expediente principal (a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

Dicha magistrada partió de considerar que M. S. -quien, a la sazón, contaba con once años de edad- se había presentado en autos con un letrado de la Fundación Sur Argentina. Respecto de la figura del "abogado del niño" opinó que –al tratarse de un supuesto de patrocinio y no de una forma de representación-, se requiere el discernimiento del cliente a efectos de elegir al profesional, removerlo, e impartirle instrucciones. Sostuvo que actuar con patrocinio, es una facultad del adolescente con discernimiento y no una obligación ni una carga procesal análoga a la de los arts. 56 y 57 del CPCCN. Entendió que, por debajo de los catorce años, corresponde -de ser pertinente- la designación de tutor *ad litem*. No puede soslayarse, dijo, que de acuerdo con las normas de fondo vigentes (arts. 54, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 126, 127, 921 y 1040 del Cód. Civil), el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto a una representación compleja

(necesaria y promiscua) como forma –no prescindible- de proteger sus intereses. Arguyó que la ley 26.061 debe interpretarse en el conjunto del ordenamiento, que cuenta con un régimen de capacidad o representación legal no derogado. Con cita de los arts. 30, 61 y 397 del Cód. Civil y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, aclaró que ello no implica desconocer la capacidad de derecho que asiste a los niños, pues el sistema provee los mecanismos antes señalados en pos de la efectivización de esos derechos, como así también contempla la debida audiencia y la valoración de sus opiniones, conforme a su edad y madurez (arts. 3º inc. "b" de la ley 26.061 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

-II-

Disconforme, M.S.M. dedujo el recurso extraordinario de fs. 288/300, denegado a fs. 321. Debidamente notificada de la desestimación (v. fs. 324 vta.), no ha interpuesto la pertinente queja.

En cambio, es la Defensora ante la Cámara Civil quien formula la presentación directa que nos ocupa, en virtud de la renuncia al patrocinio que la letrada de la niña presentó a fs. 322, y apoyándose en argumentos cuya seriedad ha reforzado con fundados motivos el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte (v. fs. 32/36 cap. V y 43/46 cap. VI de este cuadernillo, respectivamente).

-III-

En su recurso extraordinario, M. S. M. alega la existencia de cuestión federal, por encontrarse en juego derechos reconocidos en la Constitución Nacional (arts. 16,18 y 75 inc. 22), en diversos tratados internacionales de derechos humanos (como es la Convención sobre los Derechos del Niño), y en los arts. 3 y 27 de la ley 26.061.

Reproduce casi literalmente varios tramos de su escrito introductorio de fs. 196/202. Aduce, en lo sustancial, que la apelación resulta procedente al versar sobre su derecho constitucional a ser parte en los asuntos que le conciernan, y a designar un abogado de su confianza en el proceso judicial donde se debate su tenencia, temática que la afecta por cuanto tiende a determinar con cuál de sus padres habrá de convivir.

Subraya ser capaz de comprender la situación, como asimismo las consecuencias y riesgos de sus decisiones; e invoca el art. 2° *in fine* de la ley 26.061, en cuanto caracteriza a los derechos y garantías contenidos en ella como de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Con cita de los arts. 3, 5 y 12 de la Convención del Niño y del art. 3 inc. a) de la ley 26.061, indica que niñas, niños y jóvenes tienen sus propios intereses, que quedan desdibujados con la mera representación, por un lado, de dos adultos en pugna; y, por el otro, del Ministerio Público, cuya función obedece a objetivos sociales. Razona que circunscribir el derecho a ser oído a ese esquema representativo, implica una errónea interpretación del derecho de defensa, en sus facetas material y técnica.

Arguye que la mencionada Convención reconoce al niño como sujeto activo de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de la autonomía para su pleno ejercicio. La madurez suficiente –dice- es una variante fáctica que debe comprobarse en cada situación concreta, donde la historia y el momento personal de crecimiento intelectual-valorativo, son componentes de la aptitud para formarse una opinión en relación al tema en discusión. Y agrega que la ficción establecida por el Código Civil en relación a la capacidad, está en crisis a partir del texto convencional que no fija una pauta rígida, sino la obligación de apreciar en cada caso las condiciones subjetivas necesarias para la construcción de un juicio propio.

Alega que, al reconocerse a los padres el derecho de contar con un abogado de su confianza y denegárselo a ella, se desnaturaliza el derecho a la igualdad, consagrado

por el art. 16 de la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales en materia de discriminación, que menciona.

Asevera que el resolutorio impugnado transgrede lo dispuesto por el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incorpora el principio de la efectividad de los medios procesales. En este sentido, resalta que la adecuada defensa de sus derechos y la necesidad de acceder a una tutela judicial efectiva, exige su participación en calidad de parte, con representación autónoma y asistencia jurídica a cargo de un abogado de su confianza. Desestima que ese designio pueda suplirse a través de la celebración de audiencias.

-IV-

En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario, me parece que -al diferir la posibilidad de participación de la peticionante, en paridad de condiciones procesales con sus progenitores-, la decisión impugnada debe equipararse a sentencia definitiva, desde que tal postergación puede ser susceptible de ocasionar un perjuicio de muy dificultosa o imposible reparación ulterior.

La apelación también resulta formalmente procedente, puesto que –más allá de su índole, en principio, procesal- el debate planteado conduce a la interpretación del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, suscitando cuestión federal de suficiente trascendencia a los efectos de la habilitación de esta vía (arg. art. 14 inc. 3° de la ley 48 y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; doct. de Fallos: 315:1848; 318:2639, entre otros).

En tales condiciones, la decisión del Tribunal no se encuentra vinculada por los argumentos de las partes o del tribunal de la causa, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto en disputa (v. doct. de Fallos: 308:647; 322:1754; 324:2184 y sus

citas, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que varias de las alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad guardan estrecha relación con el alcance de la mencionada norma federal, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

-V-

Sabemos que la comprensión y aplicación de la ley implica su abordaje como componente del orden jurídico y no como un elemento lógicamente aislado. En consonancia con ese postulado, V. E. tiene establecido que al realizar aquella labor, ha de evitarse atribuir a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, haciendo prevalecer unas a expensas de las otras; por lo que se adoptará como verdadero, el que las concilie y les dé efecto a todas (arg. Fallos: 329:5266 [consid. 13]; S.C. G. N° 147, L. XLIV, *in re* "García Mendez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537, del 2/12/2008 [consid.11° y sus citas]).

Si lo dicho vale para cualquier caso, el intérprete debe ceñirse tanto más estrechamente a ese protocolo, en los supuestos en los que está en juego la situación de un niño, donde su mejor interés –de rango superior-, opera *sine qua non* en un papel integrador.

Valga recordar a ese respecto, que –con la reforma constitucional- la función protectoria de estos seres humanos especialmente vulnerables, lejos de haberse abrogado, ha venido a afianzarse, mediante un reconocimiento explícito del valor inherente de cada niño, sujeto activo de derechos y no objeto pasivo de control o de amparo meramente discrecional de padres o instituciones. Así lo propugnó claramente la Convención Constituyente de 1994 (v. art. 75 incs. 22 y 23 de la Carta Magna), y lo asume V. E. como enseñanza constante (v. fallo antes citado).

En ese contexto, el compromiso fundamental que contrajo la República Argentina, se vincula a la tutela responsable de la infancia y al respeto por su mejor interés, principios éstos cuyos alcances tuve ocasión de tratar en el dictamen emitido *in re* "M., D. H. c/M. B., M. F." (S.C. M. Nº 2311, L. XLII, al que esa Corte adhirió en su fallo del 29/4/2008).

De ellos deriva la necesidad de audiencia del hijo menor de edad –con bastante edad y grado de madurez- en aquellos asuntos que le atañen y, por ende, es a su luz que debe leerse dicha exigencia. He ahí la obligación estatal ineludible que enraiza en la más elemental consideración por la dignidad personal, sobreentendida en cualquier comunidad civilizada.

A la inversa, la investidura procesal de los niños en asuntos civiles como el presente –cuyos antecedentes fácticos precisaré en el punto VII- no adquiere, a mi juicio, sentido de imperativo constitucional.

Es cierto que al delinear las modalidades concretas de participación, el sistema jurídico debe ceñirse a las exigencias de grado superior; y que en ese horizonte –como se colige de lo expresado en el párrafo segundo-, el consenso internacional ha virado cualitativamente desde el paradigma tutelar clásico, para adherir a la doctrina de la protección integral, donde el principio de legalidad es un elemento primario, y la autodeterminación, un valor a fomentar. También lo es que, en el campo de los derechos humanos, la tarea hermenéutica tiende a la optimización de las garantías. Empero, el tratamiento distintivo que la Convención sobre los Derechos del Niño –directamente operativa- presta a la problemática, no puede ser indiferente al intérprete; como tampoco puede prescindirse de ponderar seriamente las características propias de los procesos de familia.

En efecto, dicho pacto -integrante del llamado bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22)-, dedica una cobertura diferencial al menor de edad privado de libertad, o en

conflicto con la ley penal, en sus arts. 37 y 40, ahondando allí la vertiente de la asistencia técnica (v. asimismo Convención Americana sobre Derechos Humanos [art.8.2]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 14.3]; Recomendaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de la ONU para la administración de la justicia de menores [09/1999]; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores [Reglas de *Beijing*]; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil [Directrices de RIAD]; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad [Resolución 45/113-1990]; Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal [Anexo Resol. 1997/30 del Consejo Económico y Social, 21/7/1997]).

A su tiempo, en el seno del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas -órgano de vigilancia del tratado-, al celebrarse el debate general sobre el tema "La administración de la Justicia de Menores" (13 de noviembre de 1995), se ha sugerido que los conceptos aplicables a aquellos supuestos, deberían inspirar toda medida para la realización de los derechos del niño asilado, refugiado o separado de sus familias (Informe sobre el décimo período de sesiones [CRC/C/46 – parág. 216 - 18/12/95]); presupuestos éstos absolutamente diferentes a los que se configuran en autos.

Fuera de ese área, la Convención sujeta la audiencia del niño en juicio, a un recaudo dual, a saber: la progresiva autonomía individual y la regulación interna de los países miembros. Así, su artículo 12 reza: "1. *Los Estados Parte 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 del procedimiento de la ley nacional*".

Como se ve, la Convención consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal. En esta línea, cabe destacar que en la etapa de los trabajos preparatorios de la mencionada Convención, se descartó la propuesta del representante de los Estados Unidos, en el sentido de que se tuviese al niño como "una parte independiente en los procedimientos", moción que no quedó plasmada en el texto aceptado por los países signatarios (v. "La Historia Legislativa de la Convención de los Derechos del Niño", lanzada el 11 de junio de 2007 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; esp. T I p 437 a 444, esp. acáp. C apartados 3 [c] y 4 apartado 20 [2]).

Por otro lado, ese dispositivo fundamental de los derechos humanos, no sólo se abstiene de imponer una implementación determinada, sino que –al emplear la conjunción disyuntiva "o"-, abre tres vías alternativas, sin atribuirles una significación explícita, ni erigir al patrocinio letrado en recaudo ineludible. Estimo que la aprobación de tal fórmula por el conjunto de las naciones, comporta un juicio positivo de compatibilidad de esos medios instrumentales respecto de los restantes lineamientos sustanciales contenidos en el documento; y, más precisamente, significa que esa comunidad ha apreciado satisfechos a través de cualquiera de esos resortes formales, los derechos y libertades fundamentales directamente implicados (entre ellos, debido proceso/defensa, participación/libertad de expresión, e igualdad ante la ley).

En este orden de ideas, la responsabilidad pública deviene de un *prius* que es la protección genuina de la infancia. Y es a partir de allí, que en las contiendas judiciales que le conciernen, no puede –en principio- omitirse la exploración de la voluntad de quien será sujeto último de la decisión, si tiene edad y madurez suficientes.

Mas la consistencia de esa audiencia y cómo debe llevarse a cabo, es un asunto crucial, ya que en su puesta en práctica, se juega la vigencia misma de las finalidades que persigue la Convención; máxime cuando ella ha de desplegarse –como

ocurre en este caso- en el contexto del Derecho de Familia.

Ello es así pues en una disciplina tan particular es menester atender con mayor detenimiento, a la especificidad de las realidades sobre las que se opera, buscando un delicado balance entre las múltiples variables que conviven en el principio rector del art. 3º de la Convención (un concepto abierto que los jueces deben desbrozar en cada caso, con todo rigor). Tengo en mente -por nombrar algunas de las aristas que preocupan a los especialistas-, la posibilidad de manipulación del hijo convertido en objeto, sumado interesadamente al litigio parental como un contradictor más; o el riesgo que conlleva el trasladarle e involucrarlo en situaciones que corresponden a los adultos, depositando el peso de ellas sobre una psiquis en plena formación y dando por tierra con el *derecho a ser menor*. Si así se hiciesen las cosas, se le despojaría de "su lugar de niño, en el orden de las generaciones [privándolo] de lugares esenciales en la estructuración de su personalidad" (Chaillou Philippe: "*L' enfant et sa familla face à la justice*", Toulouse, 1992 p 25, cit. por Aída Kemelmajer de Carlucci, en "El derecho constitucional del menor a ser oído", Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 7, p 167 nota 28).

Siguiendo ese carril, se presenta una incógnita de difícil respuesta, a saber: cómo esta niña pequeña (en su momento, de diez años), accedió a contratar a un abogado por sus propios medios, emplazándolo como profesional de confianza, en pos de una transmisión fiel de su querer individual y no de las posturas del letrado o de sus mayores. Por cierto, este aspecto no aparece mínimamente aclarado en la especie, tal como era menester, pues sería del todo reprochable que uno de los progenitores haya seleccionado el letrado de su hija, en abierto desmedro del interés que se pretende salvaguardar.

Adicionalmente, como lo hace notar prestigiosa doctrina, la constitución en parte procesal supone *un conflicto suscitado entre personas que se encuentran en posiciones jurídicas contrapuestas*. Dicha definición patentiza de inmediato el profundo compromiso que de allí puede derivar, para una niña en las condiciones de M.S.M., pues en

el caso implica necesariamente tomar partido (desde un papel principal o coadyuvante, pero siempre como protagonista), en la disputa entablada entre sus padres.

A esta altura, no puedo dejar de hacer notar que el informe agregado a fs. 314/315 recomienda tanto atender a la opinión de M. S. M. como a la recuperación de los vínculos "*...que se han visto dañados en el marco de la contienda judicial*". La impresión de "madurez" allí volcada (sólo se mantuvo una entrevista), no resulta a mi juicio decisiva, pues deviene de "*...un esfuerzo de sobreadaptación a efectos de enfrentar, soportar y defenderse del complejo contexto familiar en el que transcurrió y transcurre su infancia...*" reconocido por la especialista designada. Inquietante panorama a cuya profundización -creo firmemente-, no deberían contribuir los jueces, so pena de desvirtuar su ministerio esencial, cual es velar por un desarrollo integral, que incluye -por de pronto-, la salud psíquica.

-VI-

Esta lectura, a mi ver, encuentra aval dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el criterio de la Corte Interamericana (arg. Fallos: 325:292 esp. consid. 11).

En efecto, al emitir su Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28/8/2002, dicho organismo se encargó de decir que "46... 'no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana '. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en 'los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica en un gran número de Estados democráticos', advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran...".

"...48. La propia Corte Interamericana ha establecido que no existe 'discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio' ...".

En síntesis, opinó "1.Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. 2. Que la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. 3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños. ... 10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos...".

Bien que centrada en los niños infractores o privados de su libertad, esta autorizada palabra interpreta la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, haciéndose cargo, con singular realismo, de la condición propia de esta etapa

de la vida humana, e impulsa a los distintos operadores a obrar del mismo modo (v. transcripción *in extenso* a pie de página).

Nota:

"55. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1 1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla...".

"57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño..." (el subrayado no es del texto original).

"60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia...".

"93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado...".

"94. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas...".

"95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño..."

"96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento...".

"97. A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que [p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (*supra* 47)...".

"98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías...".

"*Participación del niño* 99. Dentro de las situaciones hipotéticas planteadas por la Comisión Interamericana se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene adecuadas previsiones sobre este punto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino...".

"100. Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los 'menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14'...".

"101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio...".

"102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso...".

Una reflexión similar ha hecho esa Corte al expresar que la Convención "...al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas..." (S. C. G. N° 147, L. XLIV, consid. 3°).

-VII-

Desde esa perspectiva, creo menester volver a subrayar que -como lo señaló V. E. *in re* "Lagos Quispe, Leónidas s/extradición" [S.C. L. 189, L. XLIII del 28/5/2008, consid. 7°]-, la cláusula tomada por la propia peticionante como apoyo primordial de su derecho, defiere la organización puntual de la mentada prerrogativa a cada uno de los ordenamientos internos. Y, me permito agregar, les confiere un margen de apreciación relativamente amplio para el diseño de los mecanismos concretos (*"... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional..."*).

De tal suerte, al par de la obligada ponderación de elementos de neto corte fáctico -propia de los jueces de la causa-, nuevamente aparece aquí la idea de una hermenéutica integradora y, con ella, el reenvío al régimen de capacidad de los menores de edad provisto por nuestro derecho de fondo, que –como sabemos- traza básicamente un esquema progresivo, con una secuencia prefijada (10, 14, 18 y 21 años).

En este contexto cabe puntualizar, de un lado, que la adecuación de dichas normas comunes a la Constitución Nacional o a los tratados internacionales recibidos en su texto, no ha sido objeto de impugnación específica en autos. Por otro lado, la crítica intentada en el segundo párrafo de fs. 290 no tiene en cuenta razonada y acabadamente, que la providencia dictada a fs.281/282 no hizo mérito de que la recurrente deba abstenerse de manifestar su parecer o resulte extraña al conflicto. De la lectura del decisorio, se extrae

precisamente lo inverso, pues deja ordenado explícitamente que su opinión no sea marginada del juicio (v. esp. fs. 281 -primer párrafo del considerando II- y fs. 281 vta. –tercer párrafo *in fine*-).

Lo mismo acontece con lo aseverado a fs. 293, desde que –contrariamente a lo sostenido por la apelante- tampoco se tuvo por satisfecho el derecho de audiencia mediatizándolo a través de la representación parental o promiscua. Antes bien, en los tramos ya citados, se enfatizó explícitamente que lo resuelto lo es sin perjuicio de la atención que deberá prestarse al interés y los reclamos personales de esta niña.

En la especie, la Cámara no ha rehusado sino reafirmado la participación directa de M. S. en el juicio. En tales condiciones, el problema gira en torno a la forma elegida para el ejercicio del derecho sustancial, en el marco de lo dispuesto por el art. 12 de la Convención citada. Y, con ella, a la calificación de su regularidad (cualidad de parte y contratación por la nombrada de un letrado particular, o expresión personal ante el tribunal); campo en el que –en situaciones como la presente-, la tensión capacidad-competencia parece mermar en virtualidad. Sin perjuicio, claro está, de que los jueces rodeen a los encuentros presenciales con los niños de los máximos recaudos (entre ellos, la información en lenguaje accesible acerca de las proyecciones del acto, la presencia del Ministerio Pupilar, y, en la medida de lo posible, la concurrencia de patrocinio letrado, provisto a través de mecanismos que garanticen la transparencia).

Así las cosas, ponderando las particulares circunstancias de autos (recordemos especialmente que no se trata de una persona institucionalizada, pues vive con su madre [con quien desearía permanecer -v. fs. 313-] y ésta no ha sido privada de la patria potestad), pienso que la solución aportada por el tribunal de la causa no aparece como irrazonable ni incurre en una restricción relevante del derecho de defensa.

Coincidentemente, las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, septiembre de 2003), concluyeron que "[e]l derecho de los niños a ser escuchados

personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía de patrocinio letrado *en cuanto sea necesario*, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentren involucrados sus personas o bienes (Comisión N° 5; núcleo temático 2: El derecho del niño a ser escuchado). Con lo cual, una parte del mundo académico, se inclina por conceder a los jueces un ámbito de discrecionalidad, a la hora de fijar una pauta para la recepción de la voluntad del niño.

Lo propio acontece con la legislación y la jurisprudencia comparadas. Así por ejemplo, el Código Civil francés (reforma introducida por la Ley nº 93-22 de 8 de enero de 1993 [arts. 53 y 56]; Diario Oficial del 9 de enero de 1993), regula la problemática de la siguiente manera: Artículo 388.1: "En cualquier procedimiento que le afecte, el menor de edad capaz de discernimiento puede, sin perjuicio de las disposiciones que prevean su intervención o su consentimiento, ser oído por el Juez o por la persona designada por el Juez a tal efecto. Cuando el menor de edad lo solicite, su audición sólo podrá ser rechazada mediante una resolución especialmente motivada. Podrá ser oído solo, con un abogado o con una persona de su elección. Si esta elección no pareciera conforme con el interés del menor, el Juez podrá proceder a la designación de otra persona. La audición del menor no le confiere la calidad de parte en el procedimiento. Artículo 388-2. Cuando, en un procedimiento, los intereses de un menor fueran opuestos a los de sus representantes legales, el *Juge des tutelles* en las condiciones previstas en el artículo 389-3 o, en su defecto, el Juez encargado de la instancia le designará un administrador *ad hoc* encargado de representarle". Y, a su turno, el Tribunal Constitucional español, solventa la garantía del art. 12 de la Convención, a través del otorgamiento de un trámite específico de audiencia respecto del niño que por su edad goce de suficiente juicio (v. sentencias N° 221/2002 [25/11/2002, punto 5 de los fundamentos; N° 71/2004 [19/4/2004, punto 7 de los fundamentos]; y N° 152/2005 [6/6/2005, puntos 3 y 4 de los fundamentos]).

Lo expuesto hasta aquí despeja el genérico reproche de arbitrariedad por la acusada desconexión entre el análisis de la situación fáctica y el fundamento normativo; así como la alegada imposibilidad de que el ejercicio de los derechos que asisten a M.S.M. pueda desplegarse a través de la designación de audiencias. Ello, sin contar que las razones de tal aserto no fueron siquiera aclaradas en el escrito de apelación, al par de contradecirse –si nos colocamos en la hipótesis que avala la queja- con la manifestación personal efectuada por la niña a fs. 313, ante la señora Defensora de Menores de Cámara.

En consecuencia, estimo que la interpretación contextual que –por remisión al dictamen del Ministerio Pupilar- hicieron los jueces del art. 27 de la ley 26.061, incardinándolo en el sistema vigente del Código Civil, no luce incoherente ni ofende, en el caso, a los principios de igualdad y debido proceso consagrados por nuestra Carta Magna y los tratados internacionales invocados.

-VIII-

Por ello, aconsejo que se declare admisible la queja y se desestime el recurso extraordinario intentado, con el alcance indicado.

Buenos Aires, 18 de Junio de 2009.

MARTA A. [illegible] GONÇALVEZ
Procuradora Fiscal Ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación