

REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA LEY 26.061 DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

POR KIELMANOVICH JORGE L.

(Fuente: Revista La Ley, año 2005 – F – 987.-)

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los derechos y garantías procesales del niño.
- III. Medidas de protección de derechos.

I. Introducción.

La reciente sanción de la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Adiá, Bol. 29/2005, p. I) ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales en favor de las niñas, niños y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten, que importan la conformación de un nuevo proceso, en lo que aquí nos interesa, civil, y un nuevo y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal de impredecible virtualidad.

Por otra parte, se contemplan en la ley un conjunto de "medidas de protección de derechos" cuya naturaleza es preciso desentrañar y ordenar, más cuando la polémica figura de la "guarda" prevista por el art. 234 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación ha sido suprimida de cuajo por aquélla (art. 74, Cód. Proc. Civ. y Com.) con relación a las niñas, niños y adolescentes que la citada norma aprehende, si bien, como se verá, no desplazada de nuestros procedimientos judiciales ni aun con tal alcance.

Agrégase a lo dicho, que la declaración de orden público contenida en el art. 3 de la ley en todo lo que atañe a los -indisponibles- derechos y garantías que acuerda o reconoce, sumada a la acción de amparo y a las administrativas que frente a su inobservancia por el Estado se acuerda, y al principio que contiene su art. 29, señalan una imperatividad que, a no dudarlo, más que aconseja, impone su

aplicación inmediata (1) (art. 70), si bien la técnica empleada por el legislador no ha sido lo clara o lo precisa que hubiésemos deseado en este tema y otros similares cuyo desarrollo exceden el cometido del presente trabajo, quizás por la propia complejidad que encierra la materia.

En estas páginas intentaremos una aproximación a las importantes cuestiones que se plantean, desde una óptica procesal y en el ámbito antes descripto.

II. Los derechos y garantías procesales del niño

Establece el art. 27 de la ley 26.061 (en adelante, la ley) que los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en *cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte*, además de aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (Adiá, L-D, 3693) (en adelante, la Convención), en los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los derechos a: (a) *ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente*; (b) *a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte*; (c) *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-*; (d) *a participar activamente en todo el procedimiento*; y (e) *a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte*.

Con arreglo entonces a los términos de este dispositivo, cabe inicialmente destacar que la aplicación de los referidos derechos y garantías no se limita por la ley a aquellos procesos en los que las niñas, niños y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los "afecten" (2), fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar (3), pues una interpretación desmesurada podría llevar a sostener que en todo juicio promovido por o contra una persona que tuviese un hijo, "niño" en los términos de la Convención (ser humano concebido de

hasta 18 años, art. I, Convención) (4), éste podría invocarlos y participar activamente en el mismo, así, v.gr. en el juicio de desalojo seguido contra su padre a objeto de que éste fuese condenado a restituir al locador el local en el cual aquél explota un comercio, so color que la resolución del contrato podría importar la merma o ya la supresión de los ingresos familiares e implicar con ello, una pérdida de los recursos destinados para su subsistencia, alimentación, esparcimiento, educación, vivienda o cuidados médicos, situación que en sentido vulgar sin duda que lo "afectaría".

Asimismo la ley no distingue tampoco en cuanto *a la naturaleza de los procedimientos* en los que esos derechos y garantías deben inexcusablemente observarse, con lo que aprehende naturalmente a los *administrativos* como a los *judiciales*, y dentro de éstos, a los *civiles* ("lato sensu") como a los *penales*.

Por otra parte, no sólo se incorpora como derechos y garantías "mínimas" de los niños, niñas y adolescentes, a los previstos en la *Constitución Nacional*, la *Convención sobre los Derechos del Niño* y a los establecidos *en esta ley*, sino que también a los contemplados en los *Tratados Internacionales ratificados* por la Nación Argentina "y en las leyes que en su consecuencia se dicten", proposición que, a nuestro juicio, comprende, a partir de esta última salvedad, tanto a los actualmente ratificados *como a los que en lo futuro se celebren*.

Ahora bien, con relación al derecho de la niña, niño o adolescente a "*ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite*" (art. 27, inc. a, ley 26.061), cabe señalar que la ley lo acuerda sin que el mismo, a diferencia de lo que acontece con la Convención (art. 12, inc. 2), pueda efectivizarse "*... por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*", desde que la inteligencia de la ley (arts. 2, 19, 24 y sigtes., ley 26.061) parece inclinarse por una verdadera intermediación en este contexto, superando así las múltiples alternativas que la Convención establece, pues aquí el niño es quien podrá ser oído "*cada vez que asilo solicite*" (arts. 2; 19, inc. c; 24 y sigtes., ley 26.061) y sin intermediarios, más cuando ese derecho debe conjugarse con el de participar "*activamente*" en todo el procedimiento judicial o administrativo que lo afecte -como lo dispone el inc. e) del art. 27 de la ley- participación que, en tal orden de ideas, supone o autoriza ese contacto directo e inmediato.

De ello se sigue, que en el contexto de la ley, el juez no podría ya rehusarse a escuchar al niño, "escuchando" en su lugar a su representante o a un órgano apropiado, así, al Defensor de Menores (5) o a los "dictámenes periciales" o informes de auxiliares del tribunal (6), frente a cuya negativa estimamos que debería de decretarse la nulidad de los procedimientos de que se traten, en consideración al orden público que gobierna toda esta materia.

En cambio, pensamos que cuando no se trate del pedido del propio niño -formulado por sí o por sus representantes- sino del deber del juez que contempla el art. 12 de la Convención en cuanto a "dar" al niño "oportunidad de ser escuchado" (7), el juez podría hacerlo directamente pero también por medio de un representante o de un órgano apropiado (8) privilegiando la aplicación de dicha norma en atención a la naturaleza de aquel tratado y de lo que dispone la Convención de Viena del Derecho de los Tratados aprobada por la ley 19.865 (Adía, XXXII-D, 6412) en cuanto a que las normas del derecho interno nacional no pueden oponerse a lo establecido en los tratados (art. 27) -sin perder de vista además su jerarquía suprallegal (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)-, si bien en nuestra opinión, debería prohibirse, cuando fuese conveniente y útil, el contacto directo con el niño, sólo o en presencia de los auxiliares que disponga el juez (v.gr. un perito psicólogo) (9), de acuerdo con las circunstancias de la causa, su edad, madurez y condiciones.

En cuanto al *derecho que la opinión de la niña, niño y adolescente sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte* (art. 27, inc. b, ley 26.061), se trata de una pauta que no supone ni podría mecánicamente suponer que su opinión sea o fuese vinculante, pero sí que debe ser atendida, pues aun cuando la palabra del menor no define la decisión judicial (10), su pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial de la determinación del juez (11), atendiendo siempre para ello, como lo indica el art. 24 de la ley, "su madurez y desarrollo" (art. 12, inc. 1, Convención).

El derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia en el procedimiento judicial o administrativo que lo "incluya" (art. 27, inc. c, ley 26.061), esto es, a que el que el niño sea o vaya a ser *parte o peticionante* o ya simplemente pueda verse afectado por el mismo, es consecuencia, diríamos que casi fatal, de su *derecho a participar activamente en los procedimientos* (art. 27, inc. d, ley 26.061), aunque abrigamos serias

dudas en cuanto a la actual existencia de un número tan importante de tales especialistas, las condiciones a las que se sujetará su contratación (por los padres o por los niños ...) y las posibilidades reales de que nuestro Estado pueda designar, y en número gravitante, letrados "a secas" -especialistas o no ...- para que los patrocinen *en caso de carecer de recursos económicos* o, agregamos, *de no poder disponer de los mismos* (que se diría que serán las hipótesis comunes), salvo que ese cometido se imponga elípticamente a los Colegios de Abogados, sobre la base de la carga pública que las leyes de colegiación habitualmente establecen, así la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires (arts. 114 y 119) (Adía, VII-1046), de representar y patrocinar *gratuitamente* a quienes hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos, con cargo de satisfacer los honorarios que se les regulen a los profesionales que intervienen en su favor cuando y si llegaren a mejorar de fortuna (art. 620, Cód. Civil), expediente que, por cierto, no nos convence en absoluto.

En cuanto al *derecho de la niña, niño o adolescente a participar activamente en todo el procedimiento* (art. 27, inc. d, ley 26.061) sabido es que el menor si bien puede ser titular de derechos procesales, como regla, no puede ejercerlos por sí, salvo el *menor adulto* que puede llevar a cabo por sí los actos procesales que la ley específicamente autoriza.

Es así que el art. 282 del Cód. Civil señala que si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto (14 a 21 años) para intentar una *acción civil contra un tercero*, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo *un tutor especial para el juicio* (tutor "ad litem").

Se advierte así que el menor adulto goza entonces de la capacidad para pedir la licencia paterna, en el caso para promover la petición del art. 780 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por otra parte, el *menor adulto* podrá comparecer *por sí*, esto es, sin necesidad de tutor "ad litem", en el caso contemplado por el art. 283 del Cód. Civil, dispositivo que establece que se presume que los *menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria* (12), están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 131" -si bien las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y

usufructo o sólo el usufructo no tuvieren los padres- por cuanto, como lo establece el art. 128 del citado ordenamiento, mediando contrato de trabajo o habiendo obtenido un título habilitante para el ejercicio de una profesión, el menor podrá administrar y *disponer libremente de los bienes que ad-quiere con el producto de su trabajo "y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos"*.

Dispone el art. 286 del Cód. Civil que el menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, vale decir que podrá estar en juicio por sí (13).

En igual sentido, dispone el art. 34 de la ley 18.345 (t.o. 1998) (Adía, LVIII-A, 194) que los menores adultos tendrán la misma capacidad que los mayores para estar en juicio por sí.

Como se advierte, la ley acuerda a los *menores adultos* capacidad procesal para ejercer por sí actos procesales, con lo que ningún reparo nos merece que se autorice por la ley 26.061 que los menores *impúberes y púberes* descriptos *participen activamente en los procedimientos que los afecten*, máxime que ello no supone soslayar la representación legal de los padres, tutores o curadores ni la promiscua del Defensor Público de Menores, conforme lo regulan los arts. 59 del Cód. Civil y 54 de la ley 24.946 (Adía, LVIII-A, 101); y que las leyes procesales de ordinario imponen el *patrocinio letrado obligatorio* (art. 56, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac.) con lo que esa participación no debería ir en desmedro de la buena tramitación de la causa paradójicamente en su perjuicio, más si cuenta con un abogado especialista en "niñez y adolescencia" ...

En lo tocante al *derecho de los niños de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte* (art. 27, inc. e, ley 26.061), cabe recordar que los recursos son actos procesales de impugnación *emanados de parte dirigidos a alcanzar del mismo órgano judicial que dictó la resolución o de su superior jerárquico, su modificación o sustitución total o parcial, con fundamento en errores, vicios o defectos propios de la misma.*

La revisión por parte de un órgano distinto *jerárquicamente superior* al que dictó la resolución, supone el reconocimiento de una *doble instancia*, con abstracción de que la misma importe un mero "reexamen" del pronunciamiento (apelación en relación) o de que pueda

extenderse a la consideración de hechos o pruebas diversos de los colectados en la primera instancia (*apelación libremente concedida*).

Ahora bien, en nuestro medio, es ya casi un lugar común, la afirmación de que la *doble instancia no es, en líneas generales, una garantía constitucional* (14) al menos en los procedimientos civiles o para estos mismo (15), razón por la cual se han estructurado en el ámbito nacional (v.gr. art. 242, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac.) y en distintos ordenamientos provinciales, procedimientos de única instancia, así, v.gr. la Ley 11.453 de la Provincia de Buenos Aires que crea los Tribunales Colegiados de Instancia Unica del Fuero de *Familia* -si bien, el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054 (Adía, XLIV-B, 1250) parecería imponerla para los procedimientos penales- (16), sin perder de vista que su supresión, cuando se encuentra establecida por la ley, interesaría la *garantía de la defensa en juicio* (17), como la Corte Nacional bien ha resuelto en diversos precedentes, así en Brussino (18), comportando la frustración del acceso a aquélla *agravio definitivo* (19).

A partir de la reforma constitucional de 1994, la *Convención sobre los Derechos del Niño* (20) aprobada por la ley 23.849, ha sido incorporada a la Constitución Nacional con *jerarquía superior a las leyes* (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), texto en el que se sienta el crítico principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el *interés superior del niño* (art. 3, inc. 1) -fórmula que habrá de operar en causas concernientes al Derecho de Familia como en las restantes (21) sea que aquél intervenga en el proceso como una verdadera *parte procesal* o ya como un *simple tercero*-.

Sobre estas bases hemos sostenido antes de ahora (22), que, en nombre del *interés superior del niño*, debería de franquearse el acceso de éste a una *doble instancia* en los procedimientos judiciales *civiles* que lo involucren y respecto de resoluciones que resulten contrarias a su interés, postulado que luego habría de plasmarse en la Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28/08/2002 de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (dictada a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en la que, sin medias tintas, habría de señalarse que aquélla es *garantía del debido proceso judicial o administrativo* en causas que involucren a un niño en el contexto aprehendido por la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, el recurso *ante el superior*, en conjunción con el interés superior del niño, impone que aquél no deba limitarse al otorgamiento de un recurso de *apelación "en relación"* (23) sino antes, deberá concedérsela *libremente*, con total abstracción de que se trate o no de un *juicio ordinario* para el que proceda esta última modalidad -así, v.gr. en el juicio de alimentos-, pues bajo esta figura se habilitan incisivas facultades que podrían favorecerlo, *así la de alegación de hechos nuevos*, de *agregación de documentos* posteriores o conocidos con posterioridad al llamamiento de autos para la sentencia apelada, de *replanteo de pruebas* indebidamente denegadas o respecto de las cuales hubiese mediado una errónea declaración de negligencia o caducidad, y de producción de *prueba confesional* sobre hechos que no constituyeron materia de ese medio en la instancia anterior (art. 260, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac.), máxime que frente a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados las normas del derecho interno nacional *no pueden oponerse a lo establecido en éstos* (art. 27).

La ley 26.061 explicita, pues, esta garantía y establece de tal suerte el derecho de las niñas, niños y adolescentes a *recurrir* ante un *"superior"*, lo cual supone la existencia de un órgano *distinto, diferenciado y jerárquicamente superior del que dictó la resolución*, norma que pone en crisis la constitucionalidad de todos los procedimientos de *única instancia* regulados en tal contexto, pues no parece aventurado suponer que consulta el mejor interés del niño que *otro órgano* pueda revisar y en su caso revocar la resolución contraria a su interés ... (24).

III. Medidas de protección de derechos

Dispone el art. 33 de la Ley 26.061 que las *"medidas de protección integral de derechos"* son aquellas emanadas del *órgano administrativo* (no judicial) competente local, ante la *amenaza o violación* de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de *preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias*, pudiendo, dice la ley, provenir dicha amenaza o violación de la acción u omisión del

Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La finalidad de estas medidas, reza el art. 34, a nuestro modo de ver, superfluamente, es *la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.*

Prioritariamente, deben consistir en medidas que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes; y, en cuanto la amenaza o violación de derechos sean consecuencias de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, a su inclusión en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

El art. 37 enumera dentro de las medidas que deben adoptarse, a aquellas dirigidas a: (a) que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; (b) a la solicitud de becas de estudio o para jardines maternas o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; (c) a la asistencia integral a la embarazada; (d) a la inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; (e) al cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; (f) al tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; y (g) a la Asistencia económica de la familia de que se trate, entre otras, pues la enumeración no es taxativa.

Consideramos que se tratan de simple *actos administrativos*, sujetos, como todos los actos de tal naturaleza, a una eventual revisión judicial ulterior a la luz de lo que establecen los arts. 108 y 109 de la Constitución Nacional en tanto se den los presupuestos que la autorizan (25) -sea ello mediante recursos judiciales contra las resoluciones definitivas del órgano administrativo, sea a través de acciones propiamente contencioso-administrativas-, si bien difícilmente alguno de ellos, en el contexto antes descripto, y con la salvedad de la imposición

coactiva de terapias, podría justificar la intervención de un órgano jurisdiccional.

En cambio, el art. 39 contempla "*medidas excepcionales*" cuando las niñas, niños y adolescentes *estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar* o cuyo superior interés exija que *no permanezcan en ese medio* -con el propósito, al igual que las anteriores- de conservación o recuperación por parte del sujeto *del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación* de sus consecuencias, las cuales, como dice el art. 40, a nuestro modo de ver en forma incomprensible, "sólo serán procedentes cuando, previamente, "se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33" (26).

Se trata de menores que ya se encuentran *separados* de sus familias o que *deban ser separados* de sus familias.

Señala el art. 41 que las "medidas excepcionales" podrán consistir, en todos los casos *teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes*, en la permanencia temporal en *ámbitos familiares* considerados *alternativos* -así con *otros parientes* por consanguinidad o afinidad, o con otros *miembros de la familia ampliada* o de la comunidad según costumbre local (?)- o, subsidiaria y excepcionalmente, y por el más breve lapso posible, podrá recurrirse a una forma convivencial *alternativa a la de su grupo familiar*, debiendo propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, *el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario; y en formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen*, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes, debiendo mantenerse en todos los casos la convivencia conjunta de los grupos de hermanos.

Indica, por su parte, el art. 40, que cuando se declare por la *autoridad administrativa* la procedencia de una "*medida excepcional*", aquélla decidirá y establecerá el "procedimiento" a seguir en resolución jurídicamente fundada, la que deberá ser "notificada" para nosotros "comunicada", en forma fehaciente y dentro del plazo de 24 horas, a la *autoridad judicial* competente en materia de *familia* de la jurisdicción de que se trate, la cual, dentro del plazo de 72 horas (27) de notificada, *previa citación y ¡audiencia!* de los representantes legales (28), deberá resolver su "*legalidad*" (29), para nosotros, mucho más que su "legalidad" (30): su *admisibilidad y conveniencia* y las concretas

medidas a seguir si no fuesen las propuestas por la autoridad administrativa -derivando las actuaciones a la autoridad local de aplicación para que estas *implemente*-, (31) "contralor" que de esta manera viene a corregir algunos de los fundados reproches de inconstitucionalidad (32) de los que fue objeto la zarandeada ley 12.607 de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven de la Provincia de Buenos Aires (Adla, LXI-A, 747) (33), entre otras.

Repárese que la ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires (Adla, LXV-B, 1819) que derogó la ley 12.607, dispone en su art. 35 que de *no mediar* consenso entre los padres y sus representantes legales en orden a disponerse la permanencia temporal en *ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, dicha medida será dispuesta por la autoridad judicial competente*.

Se trata de actos jurisdiccionales, y más propiamente de resoluciones recaídas en procedimientos judiciales (34) originados en actuaciones administrativas, esencialmente el señalamiento de una guarda y/o la externación del niño de su actual ámbito familiar (35) - sujetas a una eventual revisión judicial por vía del recurso de apelación con sujeción a los principios generales que gobiernan la materia, y demás está decirlo, supeditadas a la regla del "rebus sic stan tibus"-, los que pueden ser entendidos como medidas o procesos urgentes en tanto la tutela se agote con su despacho favorable (36) o cautelares, contrariamente, sí hubiesen de acceder instrumentalmente a la tramitación de un proceso principal, si bien, en uno u otro carácter, deben limitar sus efectos en el tiempo, como lo dispone el art. 39 de la ley, y sólo podrán prolongarse mientras persistan las causas que les dieron origen.

Para Zannoni (37), en cambio, estas medidas serían actos administrativos, pues considera que es la autoridad local de aplicación, esto es, la autoridad administrativa, la cual, previa citación de los representantes legales, "deberá resolver sobre la legalidad de la medida y notificarla al juez competente, quien deberá derivar el caso a la autoridad de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes", confinando al juez de tal suerte, en gráficas palabras de este distinguidísimo autor, a ser "un mero mensajero, correo de la autoridad de aplicación", agregando que "ni siquiera un recurso jurisdiccional se prevé contra las resoluciones de dicha autoridad".

No nos convence la opinión de este distinguidísimo autor, sin dejar de reconocer que la redacción de la ley es desprolija, la cual parte de la premisa de considerar que cuando el párrafo cuarto del artículo 40 de la Ley dice que la *"autoridad competente de cada jurisdicción... con citación y audiencia de los representantes legales deberá resolver la legalidad de la medida"*, se está refiriendo a la autoridad administrativa, esto es, a la autoridad de aplicación y no a la judicial.

En primer lugar, porque interpretar que la norma delega en la autoridad de aplicación el juicio sobre "la legalidad de la medida", supondría afirmar que esa misma autoridad, que previamente resolvió la procedencia de la excepción y el procedimiento en "acto jurídicamente fundado" (art. 40, segundo párrafo), habría de volver a analizar y resolver la legalidad de un acto que antes juzgó legal, además de todo, sin que nada le hiciese sospechar su eventual "ilegalidad", al menos proveniente de un juez, pues, de acuerdo con el criterio que analizamos, ninguna oportunidad tiene o ha tenido aquél de ser oído.

En segundo lugar, porque si el juicio sobre la legalidad de la medida correspondiese a la autoridad de aplicación, carecería de mayor sentido que la ley dijese que "resuelta" la "legalidad de la medida", la "autoridad judicial ... deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes", pues si aquella decisión fue adoptada por la autoridad administrativa mal podría un juez "derivar" actuaciones que se encuentran en la autoridad de aplicación y, que, a estar al texto de la ley, nunca le fueron remitidas con posterioridad y además de todo ¿para que aquél a su vez se las devolviese nuevamente?

En otras palabras, si una vez decidida la excepción (art. 40, segundo párrafo) y establecido el procedimiento a seguir en acto debidamente fundado, se lo ha de "notificar" al juez de familia, y luego, en la interpretación que se discute, la autoridad administrativa "con citación y audiencia de los representantes legales" habrá de resolver "la legalidad de la medida" ¿cuándo y con qué objeto habrían pasado las actuaciones a la justicia de modo que ésta pudiese entonces "derivar" el caso a la autoridad local competente de aplicación?

Por otra parte, cabe agregar que estas medidas, como las previstas en el art. 33 de la ley, no impiden ni impedirán la adopción de medidas propiamente cautelares de oficio o a pedido de parte interesada, pues más allá de la "desjudicialización" que se prohija, lo

cierto es que la ley no las prohíbe y no podría hacerlo, sin perder de vista que la amplitud con que aparece regulada la prohibición de innovar o ya la medida innovativa contenidas ambas en el art. 230 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (38), como la cautelar genérica prevista en el artículo 232 del citado Código, dan más que holgado respaldo normativo a exclusiones y guardas "stricto sensu" y similares medidas, sea respecto de menores como de incapaces, con el alcance visto o con uno aun mayor si se quiere, y con total abstracción del hecho que la ley 26.061 haya eliminado la figura prevista por el art. 234 del Cód. Procesal Civil y Comercial con relación a los "niños" que contempla la Convención (art. 74), desde que a igual resultado podría arribarse aplicando los artículos 230 ó 232 del citado ordenamiento ... (39).

Es que, en definitiva, somos de la idea que la ley debió y deberían las futuras que se sancionen, establecer un procedimiento judicial urgente, simple y ágil para la adopción de las medidas tutelares que contempla la ley 26.061, evitando de tal suerte que, una vez más, nuestros jueces deban salir a buscar las rápidas respuestas que estos derechos demandan... en el fértil campo de las medidas cautelares, hoy, en los arts. 230 ó 232 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, como aconteció con la denominada "protección de persona" del art. 234, mutada a lo largo de los años en una suerte de inacabable proceso "cautelar"... de fondo de cuestionable constitucionalidad.

(1) Aunque el texto constitucional que consagra el interés superior del menor (arts. 75 inc. 22 CN. y 3 inc. 1 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño) resulte posterior a los hechos que se ventilan, no por ello carece de valor por tratarse en primer término de un principio que si bien no estaba taxativamente enunciado ostentaba indudable vigencia, y en segundo lugar por cuanto se trata de una fuente interpretativa que proyecta su solución a todos los casos en que se haya registrado o se registre la intervención de menores (SC Buenos Aires, 21/05/2002, "Cancina y Olza, Juan C. c. Cancina, Nelly Elena y otros, rendición de cuentas", BA B26421).

(2) La imperiosa participación personal del niño no sólo comprende a los juicios en los que interviene propiamente como parte. Se extiende además a los casos en que -si bien son los padres quienes litigan-se trata de cuestiones que atañen de modo directo a los hijos, como sucede en los supuestos en que se discute su guarda, régimen de visitas, etcétera (C. Apels. Trelew, 2 01/12/2000, S., J.P. c. M., T.E., CHU 10773).

(3) Así, por ejemplo, en ocasión de darse curso a una acción de amparo tendiente a autorizar un trasplante de órganos entre personas divorciadas no específicamente

Más artículos y jurisprudencia en: www.afamse.org.ar julio 2009

autorizadas para ser dadores, teniendo en cuenta que la sobrevivencia del progenitor le significaría al hijo (Juz. Crim. N° 3, Mar del Plata, firme, JA. 1995-IV-229; GROSMAN, Cecilia, "El interés superior del niño", en "Los Derechos del Niño en la Familia", obra colectiva, p. 39, Ed. Universidad).

(4) En rigor, "niño" es para la Rep. Argentina, todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad (ver reserva en art. 2, ley 23.849 que aprueba la Convención).

(5) La intervención del asesor de menores en ambas instancias, satisface la obligación que impone el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) a los Estados de garantizarle al niño el derecho a ser oído (CS, 14/06/1995, "W, E. M. c. O., M. G.", JA 1995-111-434; LA LEY, 1995-D, 149).

(6) CNCiv., sala 1, 20/10/1998, "E. H. E.", LA LEY, 1999-B, 5 ó LA LEY, 1999-D, 149 ó DJ, 1999-2-418 - ED, 181-141.

(7) Estimamos que dar la oportunidad de ser oído es una sabia expresión de la Convención, pues el niño tendrá entonces la oportunidad de hacerlo o de no hacerlo ... En otras palabras, no creemos que el juez pueda convertir un derecho o garantía del niño en un deber.

(8) SCBA, 02/05/2002, S. de 11., S. R. c. R., J. A. (A. 78.728), LA LEY 2003-A, 423, votos de los doctores Negri, De Lazzari, Salas y Roncoroni. En cambio para el doctor Pettigiani el derecho del niño a ser oído es de carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor y ni aun de una figura como la del tutor "ad litem", por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue (para un amplio desarrollo de la cuestión, ver el voto del doctor Pettigiani). De la lectura de los votos mayoritarios, se colige que la nulidad de oficio del fallo en materia de tenencia y visitas fue dispuesta porque no surge de autos que el tribunal haya tenido contacto directo con los menores ni que "haya recabado la opinión de los mismos por medio de su representante", pues en el dictamen de la Asesora de Menores no constan "cuáles han sido las expresiones de los menores, ni la opinión de los mismos en cuanto al régimen de visitas", lo cual no significa que el tribunal haya resuelto que debe ser oído en forma directa, como sostiene Leonardo P. Ferraro en su nota a fallo.

(9) Ver el muy interesante y fundado trabajo de GUAHNON, Silvia, "El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia", SJA 14/1/2004, JA, 2004-1-826.

(10) Resulta valioso oír al menor, teniendo en cuenta su edad, en el proceso judicial que lo afecta personalmente, como es en el caso del régimen de visitas; sin que dicha opinión se constituya en el fundamento de la sentencia (CCiv. y Com. San Isidro, sala la, 08/ 07/2002, "C., M. A. c. C., M. JA, 2003-1-661).

(11) C. Apels. Trelew, 2., 01/12/2000, S., J.P. v. M., T.E., CHU 10772.

(12) Art. 275, Cód. Civil. Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden, antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres.

- (13) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", t. II, p. 731, Ed. Astrea.
- (14) CS, 21/04/83, "Partida, Héctor R. c. Asociación Civil Santísima Cruz", CS Fallos 305:535.
- (15) El art. 8º, párr. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo exige la doble instancia para los procesos de naturaleza penal, circunscribiéndose para los restantes a ordenar que el interesado sea oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (CNFed. Civ. y Com, sala II, 01/10/ 2002, "Aramburu, Blanca I. c. Banco de la Nación Argentina", DI, 2003-1-233).
- (16) CN Casación Penal, sala IV, 21/02/2003, "Iu-jvidin, José H. s/rec. de casación", LA LEY 2003-F, 234.
- (17) Nuestro Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado, 2º ed., t. I, p. 395, LexisNexis.
- (18) CS, 25/08/83, "Brussino, Francisco", ED, 106-227.
- (19) CS, 12/09/95, "The Coca Cola Company", LA LEY, 1995-E, 338.
- (20) Para un estudio sobre la incidencia de, la Convención, ver GROSMAN, Cecilia, P., "Significación de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LA LEY, 1993-B, 1089.
- (21) Así en el caso de la acción de amparo tendiente a autorizar un trasplante de órganos entre personas divorciadas no específicamente autorizadas para ser dadores "supra" citado.
- (22) La doble instancia en el proceso de familia, en Revista de Derecho de Familia, año 2004, N° 28, p. 75.
- (23) En la apelación en relación o "limitada", la Alzada habrá de atenerse estrictamente para la resolución del recurso, a los hechos alegados y a las pruebas producidas en la primera instancia, habida cuenta de que aquí no procede la alegación de hechos nuevos ni la apertura y producción de pruebas (art. 275, CPCCN).
- (24) El establecimiento de un tribunal de única instancia "como" órgano de doble instancia reunido "en colegio" respecto de lo resuelto por uno de sus integrantes (juez de trámite o como prefiera llamarse), como se ha auspiciado en algún Proyecto de ley vecinal para la Ciudad de Buenos Aires, no es "doble instancia" en el sentido de instancia jerárquicamente superior, sino que, indisimuladamente, única instancia.
- (25) El control judicial de las decisiones discrecionales se limita a corregir las actuaciones administrativas ilógicas, abusivas o arbitrarias, pero no implica que el juez pueda sustituir a la Administración en su facultad de decidir (CS, 27/05/1982, "El Panamericano S.A. c. Dirección Nacional de Vialidad", JA, 1984-I-443).
- (26) No parece que una medida urgente como estas "excepcionales" deba quedar condicionada a que previamente se hayan cumplido las medidas de los arts. 33 y 37, lo cual conspiraría contra la celeridad y efectividad de la tutela de los derechos que se pretenden asegurar en la ley. No dudamos que lo que el legislador ha querido

establecer es que estas medidas excepcionales deben intentarse como último recurso y si han fallado las excepcionales, pero de allí a que en todos los casos en que deban adoptarse las primeras deban cumplirse con las de protección, hay un enorme trecho. Habrá supuestos en que no existirá el tiempo para aguardar la iniciación, conclusión o los resultados de las medidas de protección, y que habrán de disponerse las medidas. Bastaría así con agregar la expresión de "salvo casos de urgencia" al final del primer párrafo del artículo 40.

(27) Parece algo exiguo el plazo cuando se repara en los tiempos y dificultades de una citación... más si es presupuesto del dictado de la resolución!

(28) A pesar de lo que indica la norma en cuanto a la "audiencia" con los representantes legales, somos de la idea que el juez podrá excepcionalmente disponer la medida de que se trate cautelarmente e "inaudita parte" (sin citación 'de los representantes legales), por aplicación de los principios generales contemplados en el Código Procesal, sistema que en este sentido, parecería mucho más eficaz y práctico ... máxime si ello consulta el "interés superior" del niño, en cuyo caso, y como hemos explicado en este trabajo, las normas del derecho nacional no podrían oponerse a la Convención, entre ellas ¡las de la propia ley 26.061!

(29) No son pues las "medidas de seguridad" de la ley 20.419 (art. 2) (Adía, XXXIII-B, 2908), que como bien destaca PALACIO ("Derecho Procesal Civil", t. VIII, p. 264) eran propias de la autoridad administrativa, ni tampoco creemos que la intervención del juez se limite a un puro "control de legalidad", pues en definitiva, y por el juego de la Convención sobre los Derechos del Niño y la de Viena, aquél deberá resolver cuanto haga al mejor interés del niño, sin que los términos de la ley 26.061 lo eximan de ajustar su cometido, a la postre, a la Constitución Nacional.

(30) Lo dicho en la nota anterior.

(31) Frente a la denegatoria por parte del juez, la administración se encontraría naturalmente legitimada para apelar.

(32) Véase SC Buenos Aires, 14/05/2003, "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia c. Provincia de Buenos Aires", JA, 2003-111-125.

(33) La azarosa vida de esta ley se refleja primero en la suspensión judicial cautelar dispuesta por la SCBA el 21/03/2001 -aunque la acción de inconstitucionalidad finalmente habría de ser rechazada el 14/ 05/2003 (en la causa citada en la nota 30)-; luego en la suspensión legislativamente dispuesta por las leyes 13.064 y 13.162; y finalmente por su derogación por la ley 13.298 ... a su vez suspendida por la SCBA (autos Procuradora General S.C.B.A. s/medida cautelar anticipada, 07/02/2005).

(34) Téngase en cuenta que pacífica jurisprudencia afirma que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de hijos pueden dictarse sin estricto cumplimiento de las reglas procesales, habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación posterior, si la necesidad de proveer al interés del menor así lo aconseja (CS, 01/01/ 1983, "Márquez Osorio, Rafael", Fallos 305:494; CNCiv., sala E, 28/12/90, JA, 1991-11-966; CNCiv., sala B, 26/09/89, JA, 1990-11-206; CS, 19/04/83, LA LEY, 1983-C, 761).

- (35) En sentido similar a las que autorizaba el art. 11 de la ley 10.903 (Adla, 1889-1919, 1094).
- (36) Nuestro Código Procesal, t. I, p. 294.
- (37) ZANONNI, Eduardo, "El patronato del estado y la reciente ley 26.061", 11. del 10/11/2005, p. 1.
- (38) Nuestro Código Procesal, t. I, p. 371.
- (39) Si el criterio de la ley al modificar el art. 234 del Cód. Procesal fue el de impedir las llamadas "protecciones de personas" que se prolongaban "sine die", viene al caso señalar que a igual resultado podrá arribarse aplicando, en lugar del derogado 234, el 230 ó el 232 del Código Procesal ...