

¿Pueden los niños otorgar poderes?

Algunas reflexiones en torno a la competencia procesal de los adolescentes en el Código Civil y Comercial

María M. Córdoba*

RdN 920

RESUMEN

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos. Se analiza aquí su competencia procesal a partir de la sanción de la Ley 26994. Se concluirá que la participación de niñas, niños y adolescentes en procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva y es aceptable la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Sumario: **1. Introducción.** **2.** De la capacidad, competencia y autonomía progresiva. **3.** La representación en el Código Civil y Comercial. **4.** La demanda del niño contra de sus progenitores. **5.** Representación y asistencia letrada. **6.** Conclusiones.

1. Introducción

Puede costarnos un verdadero esfuerzo dejar de ver a los menores como incapaces absolutos o relativos de hecho. Años de haber percibido a los niños como seres sin voz ni voto han hecho que aún –después de todo lo que se ha avanzado en su reconocimiento como sujetos con capacidad– nos incomode reconocer que puedan venir a nuestras escribanías a otorgar actos, aunque estos actos sean pocos, limitados y perfectamente identificables. No es nuestra pretensión ampliar la capacidad contractual del niño de tal forma que se lo equipare al adulto, porque las limitaciones propias de su edad hacen que reconozcamos que el niño merece cuidado especial por parte del Estado y de la sociedad.

* Información sobre la autora en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

A lo largo de este último tiempo se ha ido avanzando cada vez más en la idea de que el niño es un sujeto pleno de derechos que necesita de cuidado y protección. Cuando nace este cuidado es total, ya que su supervivencia depende de otros, pero a medida que se va convirtiendo en adulto puede apropiarse de sus derechos y ejercerlos por sí mismo. Creemos que para cuidar y proteger a los niños no necesitamos ponerles la etiqueta *incapaz*.

La reforma del Código Civil se ha quedado a mitad de camino en reconocer todas las competencias que se les pudieren haber otorgado a los niños y adolescentes. De hecho, el Código todavía mantiene la denominación “incapaz de ejercicio”, aunque se hace eco de la terminología de la Convención de los Derechos del Niño al otorgarle autonomía progresiva cuando el menor va logrando el gradual desarrollo hacia la plena capacidad. A los operadores jurídicos nos queda como tarea encontrar el equilibrio en cada caso entre protección, libertad de obrar y responsabilidades de niños y cuidadores.¹

2. De la capacidad, competencia y autonomía progresiva

El desarrollo del niño es evolutivo, gradual y esa es también la manera en que nuestro derecho interno ha ido aceptando los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a otorgar capacidad progresiva y autonomía progresiva.²

Al tiempo que se fue afianzando la idea del niño como sujeto autónomo, las reglas de la Convención iban calando en la jurisprudencia, de modo que se lo comienza a ver como una especie de sujeto que tiene que participar y se le va otorgando el derecho a ser oído cada vez más en los procesos que lo tienen como protagonista.

La Convención fue entrando en nuestro derecho positivo como una cuña. Primero por vía jurisprudencial, y a partir de la Constitución de 1994, con la Ley 26061 de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2006) y la Ley 26579 de Modificación de la Mayoría de Edad (2009). Es a partir de allí que podemos hablar de un mayor reconocimiento del niño como sujeto procesal, aunque todavía queda mucho camino por recorrer.

Nos parece interesante mencionar a los autores que opinan que esta competencia de los adolescentes debería ampliarse. A modo de ejemplo, Minyersky³ ha dicho:

1. GROSAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, “Implicancias de la Ley 26579, que modifica la mayoría de edad a los 18 años en el derecho alimentario de los hijos”, en AA. VV., *Derecho a la juventud. Ley 26579 de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

2. Los conceptos de capacidad y autonomía progresivas se encuentran definidos en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

3. MINYERSKY, Nelly, “La capacidad progresiva. El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos” (exposición en Seminario “El acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos: Protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías” [Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 23-24 abril 2009]). [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión corregida y aumentada de la exposición a través de la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

Sin delegar hoy la defensa de los niños, es necesario reconocerse su autonomía, no siendo suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. Este reconocimiento les allana el camino para que no solo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir –por ejemplo– en juicios civiles, sino también para reclamar los derechos económicos y sociales que les corresponden, como los de salud, de educación, etcétera.

Nos ocuparemos de la competencia procesal del niño en el nuevo Código Civil y Comercial a partir de la sanción de la Ley 26994. Previamente, repasaremos cómo ha sido el sistema hasta hoy. En el régimen del Código Civil, con la Ley 17711, los menores adultos se hallaban sometidos a la representación necesaria de padres o tutores (arts. 57, inc 2, 274 y 411). No obstante, el artículo 282 les acordaba la facultad de comparecer en juicio como actores –previa autorización de los padres–, la que podía suplirse por el juez cuando aquellos o uno de ellos negase su consentimiento para realizar ese acto. Esta autorización se tornaba innecesaria cuando el menor hubiese sido demandado criminalmente (art. 286). Gozaba de plena capacidad procesal para intervenir en los juicios relacionados con actos civiles que podían realizar sin autorización paterna (art. 288) o con actos respecto de los cuales había mediado autorización (por ejemplo, ejercicio del comercio). También gozaban de plena capacidad procesal para intervenir en procesos voluntarios que tendían a suplir la autorización de sus representantes legales para realizar determinados actos.

¿Cuánto ha cambiado el sistema? No cabe duda que estamos ante un nuevo paradigma. Vélez determinó compartimentos estancos por edades y la incapacidad absoluta de los niños, a los que denominó menores impúberes. Pensó al menor adulto (el mayor de catorce años) como un sujeto capaz con restricciones a lo que podía hacer, y el artículo 55 dice que son incapaces respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos. Es decir, todo le estaba permitido excepto lo expresamente prohibido.

A partir de la sanción de la Ley 17711, y a pesar de que en el mundo ya se había adelantado el concepto de autonomía progresiva, se continúa considerando incapaz al adolescente, dándosele reconocimiento para ciertos actos. No puede hacer nada excepto lo que la ley le autoriza.

¿Que pasará a partir de la vigencia de la Ley 26994? Se incorporará definitivamente lo reglado al derecho interno en la Convención y en el Código civil, es decir, en la norma civil general y no en una norma especial, como lo es la Ley 26061. De la normativa resulta que nos encontramos ante un sujeto capaz, es decir, una persona que puede hacer todo lo que puede hacer, con restricciones provenientes de su natural inmadurez. Es apropiado que los problemas de capacidad y representación estén contenidos en la norma civil.

El Código Civil y Comercial, luego de reconocer la capacidad de derecho a todo ser humano en el artículo 22,⁴ se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades, que se entienden como las incapacidades de derecho. En el artículo siguiente hace la declaración general en relación con la capacidad de ejercicio, que se

4. Art. 22: “Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”.

proclama amplia en el primer párrafo, previendo en el segundo limitaciones al ejercicio, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia.⁵

A continuación, el artículo 24⁶ enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio. Es poco feliz, porque parece borrar con el codo lo que se escribió un artículo antes. En el inciso b) dice que el niño es uno de esos incapaces de ejercicio, al mencionar que lo es la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes con el alcance dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo 2. La Sección Segunda del Capítulo 2 trata de la persona menor de edad. El artículo 25 define que es menor la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años de edad.

Dejando de lado la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sársfield y luego la reforma de 1968, se continúa estableciendo un criterio fijo de determinación de incapacidad.

3. La representación en el Código Civil y Comercial

El artículo 26 del nuevo Código establece –como regla general– que el menor ejerce sus derechos por medio de sus representantes.⁷

En todo proceso judicial (sea de naturaleza civil, penal, de familia, etc.) que le concierna al niño, cualquiera sea su edad, tiene derecho a ser oído. Esto es aplicación directa del artículo 12 de la Convención.⁸

Como excepción, el que cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes puede ejercer por sí los actos que le son permitidos. O sea, volvemos a establecer la incapacidad como regla general y, como excepción, actos permitidos por el Código.

5. Art. 23: “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

6. Art. 24: “Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

7. Art. 26: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierna así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

8. Art. 12: “1) Los Estados Partes 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 de procedimientos de la ley nacional”.

Si existiese conflicto de intereses entre el menor y representantes, el niño puede intervenir en defensa de sus intereses con asistencia letrada, ejerciendo este derecho de manera autónoma.

La capacidad –para ser parte en un proceso– hace referencia a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se deducen de la tramitación del proceso y del desarrollo de la relación jurídico-procesal. Esta capacidad se equipara con la capacidad jurídica del derecho privado. La lógica de esta identidad radica en que quien tiene capacidad para ostentar derechos y obligaciones, debe estar facultado para hacerlos valer en juicio, para obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los mismos.

La capacidad procesal es la aptitud de comparecer como parte válidamente en juicio; coincide con la capacidad de ejercicio. Es la actuación física necesaria para apersonarse ante un tribunal o ante el sujeto jurisdiccional correspondiente, y dentro de esta capacidad se encuadra la posibilidad de otorgar un poder de representación a un letrado.

En cuanto a la competencia procesal de los niños y adolescentes, el artículo 677 del Código Civil y Comercial establece el principio general de representación por parte de los progenitores. Se permite la actuación sin representación paterna de manera autónoma del adolescente con asistencia letrada.⁹ Preferimos utilizar el término competencia cuando nos referimos a los actos que el menor puede hacer por sí mismo por tener la aptitud intelectual madurativa necesaria y la autorización legal para ejercerlos.

Para el caso de los menores sujetos a tutela no hay un artículo específico sobre representación procesal, por lo que se aplican los principios generales (art. 101 CCCN).

Para estar en juicio, la representación debe ser ejercida por ambos progenitores, en virtud de lo establecido por el artículo 645, inciso d),¹⁰ que regula los actos de mayor trascendencia y exige el consentimiento de ambos progenitores para el acto, no siendo suficiente el permiso de uno solo. Este artículo prescribe que –para estar en juicio– la autorización la deben dar en los supuestos en que los niños no puede actuar por sí, de lo que se desprende que habrá casos en los que los menores podrán actuar por sí mismo.

El artículo 27, inciso c), de la Ley 26061 reconoce el derecho del niño a ser asistido por un letrado ante la posibilidad de participar en un proceso administrativo o judicial; y el Decreto reglamentario 415/2006 menciona expresamente que el derecho

9. Art. 677: “Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”.

10. Art. 645: “Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso”.

a la asistencia letrada previsto incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

El siguiente párrafo del artículo 677 continúa diciendo que se presume que el hijo adolescente, es decir, mayor de trece años, cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. Por lo que toda vez que los padres lo autoricen expresa o tácitamente, la intervención del adolescente puede ser personal. En el caso del adolescente, la autonomía progresiva reconocida implica que quien la ejerce pueda designar el letrado patrocinante y participar del proceso de manera independiente de la voluntad de sus padres, si cuenta con la debida protección que significa la asistencia letrada.

En el interesante fallo “K., M. y otro c/ K., M. D. s/autorización” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹¹, se dijo:

En nuestro derecho positivo actual se incorporaron los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños adolescentes y apunta no a la capacidad de derecho sino a una de ejercicio. Tanto las disposiciones de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños como la Ley 26061 incorporan expresiones que se refieren a un sistema progresivo de autonomía sin sujeción específica a la edad cronológica en función del grado de madurez intelectual y psicológica de los menores. La capacidad y discernimiento de los menores establecida en función de la edad (arts. 54, 55 y 921 del Código Civil) han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimientos reales, es decir, que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas en atención a su capacidad progresiva, para establecer si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones, pues aunque el menor no llegue a los catorce años, puede ser autorizado por el magistrado a llevar a cabo personalmente un acto y considerarlo eficaz. Es decir que las normas del Código Civil sobre capacidad de los menores son sólo pautas orientadoras sujetas a consideración de los jueces, armonizadas con las reglas posteriores y de superior jerarquía.¹²

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 678¹³ plantea el caso del adolescente que pretende demandar civilmente a un tercero. Si cuenta con autorización paterna puede hacerlo sin más, y aun de forma autónoma si es adolescente. Si uno o ambos padres se oponen, se establece un proceso con audiencia del o los oponentes y vista al Ministerio Público. Aquí cabe preguntarnos si esta oposición puede darse solo en el caso de demanda civil a un tercero, o en todos los casos de intervención de adolescentes en juicio. Creemos que en todos los casos de oposición paterna el procedimiento debiera ser el mismo, intervención judicial con audiencia al oponente y participación del niño y su abogado.

11. Sala B, 19/3/2009.

12. [N. del E.: Sumario nº 19107 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil].

13. Art. 678: “Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”.

El niño no necesita autorización parental para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para entablar o responder acciones de reconocimiento de hijos. Esta posibilidad es aceptada desde antaño, de hecho los primeros casos de la jurisprudencia versaban sobre el niño en conflicto con la ley penal y la limitación al poder punitivo del Estado.¹⁴

El artículo 596¹⁵ menciona el caso de un verdadero proceso judicial de jurisdicción voluntaria, la acción autónoma del adolescente adoptado para conocer sus orígenes. No parece necesario que cuente con la aprobación de los padres adoptivos, pero sí se requiere asistencia letrada.

4. La demanda del niño contra sus progenitores

Se prevén tres situaciones en las que el niño puede demandar a sus progenitores, iniciándole juicio contra uno o ambos padres.

La primera es el caso del niño en reclamo por sus intereses; puede ser que el niño sea víctima de un ilícito que comete un progenitor en su contra y el otro se niega a demandar al responsable, o bien que ambos padres sean los responsables del ilícito. Saliendo de los hechos en que el niño es víctima, muchas veces la inacción de uno de los progenitores en ejercer los derechos que corresponden al niño pueden causarle un grave perjuicio económico. En cuanto al niño víctima y su posibilidad de presentarse como querellante, el artículo 679 del Código Civil y Comercial prevé que el niño pueda estar en juicio contra sus progenitores de manera autónoma.¹⁶ No necesita autorización judicial previa si cuenta con la madurez suficiente y asistencia letrada. El artículo 109, inciso a), parece establecer el límite etario en la adolescencia ya que dice que siendo un adolescente el que tiene conflicto con sus representantes no será necesaria la designación de un tutor especial, si es que cuenta con asistencia letrada.¹⁷

14. Art. 680: "Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos".

15. Art. 596: "Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada".

16. Art. 679: "Juicio contra los progenitores. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada".

17. Art. 109: "Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos

La segunda situación prevista es el reclamo de alimentos, previsto en el artículo 661.¹⁸ El niño puede solicitarlo autónomamente si cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Es lógico que así sea ya que la desidia de uno o ambos progenitores puede poner al niño en estado de indefensión. No se establece que deba ser adolescente, pero este doble juego de edad y grado de madurez será el evaluado al momento de aceptarlo como parte procesal.

Si bien la norma no lo prevé expresamente, creemos que el niño estaría legitimado para ejercer su derecho de manera autónoma para demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, no solo de sus progenitores sino de otros deudores alimentarios, a saber abuelos y progenitor afín.

Por último, el niño puede pedir rendición de cuentas por lo actuado por sus progenitores. El artículo 697¹⁹ no prevé que el pedido sea judicial, puede solicitarlo el niño a los padres y éstos pueden rendirlas. El pedido de rendición de cuentas hace presumir que el niño cuenta con madurez, pero no especifica que esta madurez deba ser suficiente ni hace mención a la edad. Tampoco requiere asistencia letrada para la intervención del niño. No vemos obstáculos a que esta solicitud de parte del hijo pueda hacerse judicialmente.

Es de destacar que partir de la Ley 26579, se modificó el artículo 459 del Código Civil. En cualquier tiempo, el Ministerio de Menores o el menor mismo, siendo mayor de dieciséis años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.

5. Representación y asistencia letrada

¿Cuándo el niño debe estar representado o asistido por un letrado? No es obligatoria la participación de un abogado del niño en todos y cada uno de los casos que involucren a niños. Esta participación se torna necesaria en los casos de conflicto del niño con sus padres o tutores, en el caso de oposición de intereses, en el caso en que haya conflicto de intereses entre los dos (o más) progenitores o bien su inactividad pueda causar perjuicio a los intereses del niño o bien el niño o adolescente lo solicite expresamente.

menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda”.

18. Art. 661: “Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: a) el otro progenitor en representación del hijo; b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público”.

19. Art. 697: “Rentas. Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez”.

Ahora bien, si surge la posibilidad o necesidad de la asistencia letrada, alguien debe ser el encargado de designar al patrocinante. No cabe duda que los progenitores serán los encargados de designarlo, en los casos en que el niño no cuente con el grado de madurez necesaria. Puede ser designado incluso de oficio por el juez o a solicitud del Ministerio Público en caso de que el niño no cuente con abogado. Si cuenta con la edad y madurez suficiente, podría ser designado por el propio niño y en este caso estaríamos en presencia de contrato de mandato si el abogado accede a patrocinarlo.

Excede a este trabajo el adentrarnos en la capacidad de contratar del adolescente, pero en principio nos inclinamos por aceptar la posibilidad de este contrato de mandato, sobre todo en vista del control jurisdiccional inmediato y permanente que tendría el mismo.

Con respecto a la posibilidad de un patrocinante del niño, es digno de destacar un fallo de Mar del Plata²⁰ que dijo:

Se ha interpretado que a la luz del artículo 282 del C. C., no resulta obligatorio para el juez designar un tutor *ad litem* en tanto esta norma establece una facultad y no una obligación, por lo que, de así requerirlo el adolescente, el juez podrá permitirle su propio abogado patrocinante, haciéndolo a mérito del interés superior y la autonomía progresiva.

En ese fallo se recalca que el Ministerio Público no puede jugar el doble rol de asesor de menores y abogado del niño. Asimismo, el notario –a la hora de otorgar el poder– puede hacer un juicio de edad y madurez suficiente. Esta función no le es absolutamente ajena a los escribanos hoy, toda vez que hacemos juicio de discernimiento para cada acto que autorizamos. Sería apropiado que el contenido del poder sea explicado por el notario en un lenguaje comprensible para el niño, en tanto persona en condición de vulnerabilidad en ese momento del asesoramiento previo.

El escribano deberá poner especial atención en el asesoramiento del menor respecto al acto que solicita otorgar, transmitiéndole en las audiencias previas, en un lenguaje sencillo pero preciso, el significado y alcance de las facultades comprendidas en el poder, informándole además de las consecuencias que podrían derivarse del otorgamiento del mismo, todo esto a fin de lograr que el menor esté en condiciones de comprender el contenido del acto a otorgar.

En ese sentido, la regla n° 72 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008)²¹ recomienda:

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

20. Tribunal de Familia n° 2, Mar del Plata, 9/8/2007, “V. S. s/autorización”, expte. 7648/06.

21. [N. del E.: el lector podrá acceder al documento que contiene las cien reglas y también a otros documentos de la Cumbre desde la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

El juicio de madurez estaría emparentado con el juicio de discernimiento, y ambos están dentro de los límites de su propio convencimiento. Quien quiera aducir la falta de madurez deberá probarla.

6. Conclusiones

De este breve análisis se puede concluir que la participación de niñas o niños y adolescentes en los procesos judiciales que los afectan se torna obligatoria a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Civil y Comercial ha receptado el concepto de autonomía progresiva. La competencia procesal de los adolescentes debe considerarse amplia y para todos los actos, siempre que tengan la madurez para comprender el acto y asistencia letrada.

Nos inclinamos por aceptar la competencia procesal del adolescente para otorgar poderes para la elección del abogado patrocinante, siendo el notario quien puede determinar si cuenta con la madurez suficiente.

Es función del notario asesorar al niño en un lenguaje adecuado a su edad, cultura y grado de comprensión, a fin de lograr que este comprenda no solo el acto que va a otorgar sino las consecuencias que se derivan del mismo.