

EL ABOGADO DEL NIÑO: UN NOVEL SISTEMA

Dr. C. Yairis Arencibia Fleitas¹, Claudia Hernández Fernández², Alexia A. Delgado Jiménez³

1, 2, 3 Universidad de Matanzas, yairis.arencibia@umcc.cu,
claudia.hernandez@est.umcc.cu,
alexia.delgado@est.umcc.cu

Resumen

El abogado del niño, es una figura jurídica moderna. Se conceptualiza como un profesional especializado en materia de infancia y adolescencia, que lo asesora en los asuntos que el niño precise tanto en el ámbito personal, social, familiar, penal, administrativo u otro. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a ser representados por un abogado encuentra su fundamento en normativa nacional cubana e internacional, como realización de la conexión imprescindible entre los principios de interés superior del niño y su capacidad progresiva. La incorporación del abogado del niño resulta una instancia innovadora que cumple y coincide con el paradigma de protección integral del niño en consonancia con los instrumentos internacionales en lo que respecta a su legítima y activa participación en la toma de decisiones que le atañen, respetándolo como sujeto titular de derechos de todo orden dentro del proceso judicial.

Palabras claves: Niño, capacidad jurídica; asistencia letrada, debido proceso, representación jurídica.

Introducción

Los nuevos escenarios que se han suscitado en materia de infancia en cuanto a libertades sociales, en el ámbito laboral -al facilitarle tal derecho una vez arribada a la edad legal para ello- y en una edad penal relativamente prematura constituyen la base, a partir de estudios científicos teórico-legales, para otorgarle a estos “grandes menores” capacidad progresiva, que les permite intervenir en algunos asuntos en defensa de sus intereses y en ejercicio de sus derechos.

En materia de niñez el sistema de protección integral de los derechos del niño constituye el paradigma principal para reconocer a las personas menores de edad como sujetos de derechos. El derecho de estos menores a ser oídos y a ser representados por un abogado encuentra su fundamento en normativa internacional, la cual tiene con estandarte esencial a

la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que garantiza además del derecho a ser escuchados, que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Bajo los influjos del movimiento defensor de los derechos del niño, se produjo la creación en 1946 de la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) y dos años más tarde, el 10 de diciembre, se promulgó la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, que reconoció el derecho de la infancia a cuidados especiales y dispuso el derecho a la igualdad social de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio¹.

Posteriormente, en 1959 se dictó la Declaración de los Derechos del Niño, como instrumento orientado a proteger los derechos de la infancia frente a las problemáticas surgidas como resultado de dichos conflictos bélicos², destacando su sentido garantista al reconocer al niño no como objeto, sino como sujeto de derechos. Aunque la Asamblea General de Naciones Unidas recomendó a los Estados miembros la introducción en sus legislaciones nacionales de disposiciones prácticas de conformidad con la Declaración, muchos países demostraron no estar dispuestos aún a comprometerse³.

El 20 de noviembre de 1989 el propio organismo internacional aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño, la que constituyó el primer instrumento internacional con fuerza vinculante en materia de derechos humanos de la infancia, que entre sus principales aciertos tuvo la incorporación de una visión de la familia y la importancia de su salvaguarda como medio ideal para garantizar el desarrollo adecuado de los niños.

Supuso una inflexión en el derecho de la infancia y la adolescencia, al introducir un cambio de paradigma en el cambio de concepción del niño, que pasó de una posición de sumisión absoluta a la voluntad de los adultos -a través de las tradicionales instituciones de protección-, para pasar a convertirse en sujetos de pleno derecho merecedores de un

¹Cfr. Artículo 25, apartado segundo, de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Consultada el 5 de febrero de 2018.

²No se puede catalogar como garantista ni reconocedora del niño como sujeto de derechos. Donde radican las garantías o la efectividad en la protección? Las garantías pueden ser vistas desde tres órdenes: desde el desarrollo de políticas públicas, desde las normas jurídicas y desde las decisiones judiciales u otros entes estatales, solo el primero de estos elementos encuentra alguna expresión en esta normativa internacional. Debe destacarse además que no era vinculante. Se trata de una norma que refleja claramente el enfoque paternalista de protección de los derechos de la infancia ya que regula principios protectores que reconocen que los niños tienen determinadas necesidades, pero no como derechos subjetivos exigibles frente a otros.

³Recuérdese que una Declaración es una serie de normas y principios que los Estados crean y se comprometen a cumplir a lo interno de sus naciones. Los Estados que la firman no se obligan a cumplir y si esto ocurre, les será aplicable una “sanción moral”, a modo de llamado de atención. Por su parte, una Convención es una serie de acuerdos de los Estados con normas y principios que los obligan a garantizar su cumplimiento. Vid. Instituto Interamericano de Derecho Humanos. Consultado en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/> el 5 de febrero de 2018.

tratamiento como tales, ajustado a su situación y a sus necesidades (Villagrasa Alcaide, 2015).

En este marco, se dejó claro que el sector de los niños merece una especial atención y un *plus* de protección a su vulnerabilidad natural. El mencionado instrumento internacional, en su artículo 1 establece que ha de entenderse por niño a todo aquel ser humano menor de dieciocho años de edad. Se trata de un instrumento contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección hacia todas las personas.

Como sin acción no hay derecho, es decir, sin la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia en busca de un reconocimiento explícito al que figura en la letra de la ley, es imprescindible para que el niño pueda ejercer sus derechos, brindarles una auténtica tutela judicial. Ello, a grandes rasgos, se asienta en tres pilares fundamentales: el acceso de la justicia, la representación propia y el debido proceso.

Al hablar de las garantías contenidas en los Artículo 8 y 25 de dicha Convención se debe recordarla la posición de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos : “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 (...). Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento(...)”.

Para su concreción, además de las garantías y derechos procesales que les corresponden a todas las personas, la Convención sobre los Derechos del Niño a través de su articulado prevé las que deben asegurar los Estados en todos los procesos en los que se encuentren en juego los intereses de las personas menores de edad. En efecto, para poder aplicar correctamente este principio básico, es primordial, como se dijo primero, que estos cuenten con una tutela judicial efectiva.

A fin de conseguirla, ha surgido una moderna figura, que tiene como objetivo postularse en nombre y en interés de la persona menor de edad, cuyo origen se encuentra en la provincia de Buenos Aires, Argentina⁴: el Abogado del niño, quien tiene la representación de los intereses individuales y personales ante cualquier procedimiento civil, administrativo, o familiar que los afecte.

⁴ El instituto del abogado del niño logra su bloque normativo con la entrada en vigor de la Ley 14568 en la provincia de Buenos Aires, la cual crea la figura referida. El profesional intervendrá en carácter de parte y sin perjuicio de la intervención del asesor de menores. Los Colegios de Abogados de Buenos Aires desde el año 2013 debían contar con un registro de Abogado del Niño, donde se consten todos aquellos profesionales que hayan cumplimentado el curso de “Abogado del niño, niña y adolescente”. La normativa mencionada se replica en el ordenamiento jurídico de manera internacional y nacional conforme a lo establecido en el Art 12 CDN, Art 8 pacto de San José de Costa Rica, con las 100 Reglas de Brasilia, acceso a la justicia del 2008 y el Art 27 de la ley 26061, y en la provincia de Corrientes también se recepta la figura estudiada en el Art 42 de la Constitución de dicha región. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (sancionado mediante ley 26994 y que entro en vigencia el 1 de agosto de 2015, según ley 27077) constituye un paso más en la relación a la figura del abogado del niño.

Traspolar los elementos anteriores a la arena patria significaría analizar las bases teóricas para su incorporación en el Derecho nacional, a partir de la determinación de qué órgano o qué operador del Derecho sería para Cuba el equivalente ideal del abogado del niño. En el espacio nacional, la figura del fiscal interviene en asuntos concretos relacionados con niños, a los fines de velar por sus intereses y ejercer una representación legal en defecto de sus padres o tutores.

En el artículo 8 inciso g. de la Ley de la Fiscalía General de la República al fiscal le corresponde entre sus funciones ejercer en representación del Estado las acciones judiciales que correspondan conforme a la legislación vigente, en función del interés social y en su caso, en representación de menores, ausentes o incapaces. En las Disposiciones Generales se faculta al fiscal para asumir en procesos civiles, de familia y en cualquier otro, la representación de menores de edad. Además específicamente en el Capítulo III, del propio cuerpo legal se reconoce la protección de los menores, desde la posición del Ministerio Fiscal.⁵

En tal sentido, deviene trascendental determinar las bases teóricas necesarias para estructurar la figura del abogado del niño en el marco del debido proceso cubano, a partir de la consideración de que su introducción en la práctica judicial cubana, de acuerdo con los fundamentos teóricos del Derecho nacional en el ámbito Constitucional, Civil y Procesal. Para ello se impone además partir de una descripción de las más modernas tendencias teóricas en torno al contenido del principio de autonomía progresiva de los niños, así como su reflejo en el escenario legal cubano. Al mismo tiempo, devendrá fundamental analizar, desde una óptica teórico-legal, las garantías y los fundamentos de la figura del abogado del niño, para por último argumentar las bases teóricas que podrían sustentar el acogimiento de la figura en el proceso cubano.

I: La persona menor de edad: una visión desde el Derecho.

I.1 Persona y minoridad: evolución histórica.

En el lenguaje ordinario los términos de persona y ser humano son usados indistintamente como sinónimos (Culleton, 2010). El término de persona tiene en la actualidad un protagonismo determinante en la comprensión de ser humano cuando se debate de ética, política y Derecho. La noción de persona ha sido teorizada desde la filosofía occidental, con el fin de caracterizar al ser humano y de justificar su centralidad axiológica-normativa.

⁵ **Artículo 25.-1.** Los órganos de la Fiscalía General de la República están facultados para realizar, a través del Fiscal designado, las funciones relacionadas con el control y preservación de la legalidad en la atención a los menores.

2.-El Fiscal actuante tiene las facultades siguientes:

a) representar y defender a los menores que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor.

Partiendo de la filosofía tomista es posible explicar la coincidencia entre “ser humano y ser persona”. Así pues, esto es sólo posible en el interior de una prospectiva ontológica y sustancialista que recupere el significado originario tomista del concepto: “La persona es la sustancia (subsistente) individual de naturaleza racional”. Se trata aquí de una definición enfocada en el concepto de “sustancia” (que indica que subsiste en sí, que por sí misma no se extiende a otros) refiriéndose al individuo, concretamente, que por “naturaleza” (ontológicamente hablando) está caracterizado por la racionalidad. En este sentido, las funciones, los actos, las propiedades del ser humano no existen en sí, sino que existen como funciones, actividades y propiedades accidentales de un individuo humano, que es el referente unitario y permanente, la condición ontológica real. Esta es la definición que permite explicar la “unidad” (espacio) y la permanencia (tiempo) de la identidad del ser humano (Velázquez González, 2011; Valdés Díaz, 2011; Jaimez, *et al.*, 2012 y Alonso Regueira, 2012).

Desde el punto de vista jurídico, es importante señalar el criterio que aporta Diez-Picazo y Gullon, sostiene que todo hombre es persona, mas argumenta que la personalidad no constituye una cualidad reconocida por el Derecho al hombre, sino más bien resulta una exigencia de su naturaleza y dignidad humana⁶, en función de las cuales y de sus atributos, debe girar todo el entramado de normas legales; posición coincidente con la de Blasco Gascó al señalar que el ordenamiento jurídico debe estar presidido por el respeto a la dignidad de la persona (Blasco Gascó, 2003; Pérez Fuentes, *et al.*, 2015 y Valdés Díaz, 2013).

En este sentido, sostiene Valdés Díaz que la acepción jurídica de persona define a todo ser capaz de derechos y obligaciones⁷ y actualmente, superado el régimen esclavista, se identifica el concepto de persona individual con el de hombre, como ente sustantivo del derecho objetivo.

Desde el surgimiento del Derecho un tema polémico ha sido reconocer al menor de edad como persona, desde una óptica jurídica. Para entenderlo sería conveniente utilizar los aspectos teóricos de dos ciencias sociales que se unen en diferentes puntos cuando del ser humanos se trata: la Filosofía y el Derecho.

⁶ En este sentido es importante destacar que la dignidad humana indicada –y a la que se hace referencia en este trabajo– hace referencia a la dignidad intrínseca, en tanto valor humano que poseen todos los hombres en virtud de su mera condición humana, sin que ninguna cualidad adicional sea exigible. Se trata de un valor que se encuentra indisolublemente ligado al propio ser de la persona y por ello es el mismo para todos y no admite grados. Por su parte, la dignidad ética de la persona hace referencia no a su ser, sino a su obrar. Se trata de una dignidad dinámica, construida por cada persona a través del ejercicio de su libertad y alcanzada por el ser humano cuando su conducta está orientada a la realización del bien, a través de lo cual se hace a sí mismo mayormente digno. (Andorno, 2012).

⁷ Conceptualización que comprende tanto al hombre en tanto ser humano jurídicamente considerado - denominado persona natural o individual como a entidades que actúan en el tráfico jurídico con intereses económicos o sociales reconocidos por la voluntad estatal. (Valdés Díaz, 2004), postura que sigue un sector importante de la doctrina cubana (Fernández Bulté, 2004; Hung Hil, 2014 y Pérez Echemendía, 2009).

Se debe partir para el debate de tres criterios fundamentales:

- 1- Antecedentes históricos acerca de la percepción del fenómeno de la minoridad desde la óptica jurídica;
- 2- Desde lo subjetivo, el análisis al menor en su esencia misma como persona, con independencia y autónoma;
- 3- Desde el ámbito moral, la contraposición de su protección como individuo y la promoción de su autonomía como sujeto de Derecho en el plano jurídico personal.

La protección jurídica hacia los menores de edad ha sido prácticamente ausente en la literatura jurídica, ni siquiera tocante a su derecho a la vida o integridad física⁸.

Desde la cultura romana eran ínfimas, llegando a ser prácticamente nulas, los intereses expresos en cuanto a la vida del menor así como su desarrollo físico y mental. El infanticidio en Grecia era algo positivo según la ley y la opinión pública, en tanto los menores eran simple objeto, que solo dependían o aspiraba a la adquisición del status exclusivo de la ciudadanía. El abandono era una práctica común, cuestión que era resultado de que los hijos ilegítimos no eran reconocidos, extendiéndose a su vez la confiscación de la niñez. Estos infantes podían ser recogidos por cualquier persona, de la que dependían y la cual podía disponer de su vida y su persona.

La determinación de la edad en Roma, constituía un elemento esencial para gozar de capacidad jurídica, estableciéndose una pluralidad de límites: 1- infantes hasta siete años, incapaces para realizar actos jurídicos; 2- impúberes *infantia maiore* (entre los 7 y 12 o 14 años, si trataba de hombre o mujer respectivamente) se le reconocía un mínimo de capacidad para realizar aquellos actos que reportasen un beneficio patrimonial; 3- púberes (a los 12 o 14 años) los cuales eran plenamente capaces para contraer matrimonio y para testar; 4- mayores de 25 años para testar; 4- mayores de 25 años, con capacidad plena de obrar.

La concepción acerca de la niñez, fue evolucionando con la llegada del cristianismo, comenzándose a respetar la sanidad de la vida, lo que se manifestó en las leyes que se fueron creando. A partir de esos tiempos la familia, para las culturas vigentes comenzó a ser considerada como el medio natural donde los infantes debían crecerse, formarse y desarrollarse, la educación del niños se confiaba a la madre y no a una esclava o institutriz, incluso en las mejores familias, se comenzaron a otorgar subvenciones a los padres que dejaran desamparados a sus hijos.

Sin embargo, sobrevivieron las costumbres referentes a las diferencias entre la educación de las niñas y la de los niños, por cuanto, los varones iban introduciéndose paulatinamente en el círculo social, llegando a tener derecho a intervenir en la vida política y civil una vez

⁸ Señala Lloyd De Mause que cuanto más se retrocede en el pasado más bajo es el nivel de la puericultura y más expuestos están los niños a una muerte violenta, el abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales. Citado por (Martí, 2006).

cumplidos los 16 años, salvo que debían continuar sometidos para todo acto relacionado con su familia o patrimonio a la autoridad del padre hasta no contraer matrimonio o emanciparse. La presunción de ligereza en la cultura romana en relación con las féminas se tradujo en su incapacidad civil por lo que permanecían en las casas dedicadas a la labor doméstica, situación que se prolongó hasta la época justiniana.

Posteriormente en el medioevo, el desamparo de menores devenía de situaciones de miseria, malformaciones genéticas o desaprobación pública, sin embargo estas actitudes fueron moralmente reprochables y la caridad cristiana inspiró la creación de hospicios dedicados a brindar cuidados elementales de los niños. La intención de estos lugares de misericordia era no más que la supervivencia, dejando a un lado el desarrollo integral del niño(a). En esta sociedad feudal la educación también obedeció a la clase social a la que se pertenecía, al tiempo en que el padre y la madre eran los que ejercían en conjunto la tarea de educar y proteger a los hijos, así como la de administrar sus bienes.

La determinación de la edad para ostentar capacidad jurídica en el Derecho Canónico, tuvo puntos de contacto con el Derecho Romano, dividiendo, como antes se exponía, la vida de cada niño en dos etapas que transcurría por el período de la infancia y el de la niñez. La importancia de esta división radica en que se permite el acceso a los distintos estados legalmente establecidos (matrimonio)⁹, a los sacramentos o algunos derechos.

En el siglo XVI se hizo tan fuerte la influencia del Derecho Romano que en nada se beneficiaba al niño, la mayoría de edad se retrasaba hasta los 25 años, se rompe con el derecho consuetudinario que permitía a los hijos adquirir una verdadera autonomía, sin que significara falta de apoyo por parte de la familia.

En la edad contemporánea se experimentó un notable ascenso de la tasa de natalidad propiciado por el control de la natalidad a partir del uso de anticonceptivos, el aborto, el abandono y el infanticidio. Este último no desapareció, por el contrario, evolucionó indirectamente proporcional al aborto, por lo que a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se tomaron severas penas para delitos como el infanticidio y el aborto, así como que se cerraron los hospicios.

⁹ En ambos casos el compromiso no era definitivo. Para el matrimonio se precisaba la confirmación del anterior acuerdo una vez alcanzados los 12 o 14 años y para el sacerdocio la mayoría de edad se fijaba en los 24 años. No obstante, eran sumamente frecuentes los matrimonios concertados-fundamentalmente en familias de rango social elevado, con la pretensión de reforzar alianzas o aumentar sus dominios- y una práctica sumamente extendida el hecho de que ejercieran los padres todo tipo de presiones para la aceptación del contrato por parte de sus hijos, a lo que se opusieron los canonistas de la época sobre la base de la necesidad del libre consentimiento para la validez del matrimonio.

Por su parte, en cuanto a la práctica religiosa, a partir de los 7 años se podía recibir la comunión y ser válidamente escuchado en confesión, aunque esta edad no suponía la adquisición de plenas facultades, pues todavía les era prohibido participar en elecciones eclesíásticas, ejercer el derecho de patronato sobre las iglesias o elegir sepultura. (Paja Burgoa, 1998).

Hasta estos siglos la muerte de un niño era una situación indiferente y un suceso de resignación, pero ya a inicios del siglo XIX, comenzaron a verse como “entes sociales” diferentes de los adultos, y a nivel internacional se tomaron medidas para su protección, que concretamente no fueron ejecutadas hasta el siglo XX.

Con el estallido de las guerras mundiales se crearon organizaciones supranacionales y suscribieron tratados internacionales referidos a los derechos humanos. En 1919 se creó la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo, organismos que desempeñaron un papel importante en la protección de los menores, de lo que derivó la aprobación de normas reguladoras de la edad mínima para el trabajo en la industria y el marítimo y otras relativas al trabajo nocturno de los niños en las fábricas.

El 10 de diciembre de 1946, se promulgó la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, que reconoció el derecho de la infancia a cuidados especiales y dispuso el derecho a la igualdad social de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio¹⁰.

En 1959 se dictó la Declaración de los Derechos del Niño, y reconoce al niño no como objeto, sino como sujeto de derechos. El 20 de noviembre de 1989 el propio organismo internacional aprobó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño, la que constituyó el primer instrumento internacional con fuerza vinculante en materia de derechos humanos de la infancia.

Por otra parte, la minoría de edad ha sido considerada como un estado jurídico diferenciado, con características propias, integrada en la noción general del término de persona. Apunta Montejo Rivero que la situación jurídica del menor queda amparada a su estado civil con el consiguiente establecimiento de una edad, lo que la distingue con las personas mayores de edad, que si bien constituye una garantía, seguridad jurídica y es útil a los fines de su conceptualización, imposibilita distinguirlas en cuanto a los aspectos relativos al momento cronológico por el que transcurre la persona hasta alcanzar la mayoría de edad, con las consecuencias jurídicas y naturales que traen aparejadas (Montejo Rivero, 2016).

En resumen, una conceptualización más acabada de la persona menor de edad de cara a la contemporaneidad debe ser el ser humano que bio-psicológicamente no ha arribado a un estadio de plena emancipación jurídica, titular de capacidad y personalidad jurídica, y por tanto de derechos inherentes a la personalidad que lo coloca en una posición de sujeto activo frente a la colectividad, cuyo ejercicio autónomo viene determinado por la cualidad de aquellos y por su carácter de sujeto con aptitudes psíquicas en evolución que le conceden status jurídico especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento de la progresión natural de sus competencias –y al mismo tiempo de

¹⁰Cfr. Artículo 25, apartado segundo, de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Consultada el 5 de febrero de 2018.

correlativas medidas de complemento de su capacidad de obrar- como expresión de su capacidad (Arencibia Fleitas, 2018).

I.2 Contenido del principio de autonomía progresiva.

A partir del nuevo paradigma de la Protección Integral de la infancia y adolescencia, propuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), se reconoce a la persona menor de edad como sujeto de derechos. Esto implica que se la constituye en titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí misma. Sin embargo, esta última tiene una particularidad: lo es conforme con la evolución de sus facultades.¹¹

De resultas, uno de los principios que postula el instrumento internacional mencionado para que el niño pueda poner en práctica –personalmente- sus derechos y no a través de sus representantes, es el reconocimiento de su autonomía progresiva. Esta última, junto con el interés superior y el derecho del niño a ser oído, son los tres postulados básicos sobre los que gira el cambio de paradigma y que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos.

La capacidad de ejercicio no se adquiere de un día para el otro al cumplir 18 años. Es un proceso gradual por el cual las personas menores de edad pueden ir ejerciendo derechos por sí mismas de acuerdo a su edad y grado de madurez. Por eso se llama capacidad o autonomía progresiva.

Las transformaciones que van dando lugar en las sociedades, a finales del siglo XX generalmente, han provocado cambios en el *status* social del niño, dándose nuevos enfoques a los derechos humanos de la infancia y reconociéndose junto a la plena titularidad de algunos derechos en las personas menores de edad, la capacidad progresiva para ejercerlos. No se puede perder de vista que esta plena capacidad de obrar se produce de forma progresiva y gradual en consonancia con la evolución de la persona y de la adquisición natural que el ser humano va teniendo desde los primeros años de vida.

El art 5 de la CDN sostiene el principio de autonomía progresiva de los niños por el cual se establece que: “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

¹¹ A finales del siglo pasado, como se mencionaba, han comenzado a esgrimirse criterios en torno al reconocimiento de aptitudes progresivas en estas personas para el ejercicio de su capacidad, ya que esta no es siempre igual, sino que evolucionan sus aptitudes físicas y mentales, y se permite su intervención con eficacia en determinados actos, ya sea por normas legalmente establecidas, por medio del conocido sistema de emancipación, o graduando progresivamente sus capacidades. El reconocimiento del desarrollo, evolución y progresividad de su madurez psicológica, biológica y neurológica ha sido resultado de avances científicos, lo que conduce a reafirmar su condición de persona, su dignidad humana en condición de niño y adolescente al mismo tiempo.

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.”

A su vez el Art 12 de la CDN contempla: “Los Estados Partes garantizarán al niño q esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente, en función de edad y madurez del niño.”

Tal como lo considera Minyersky, la interpretación de estos artículos revela que los derechos de los niños no son derechos en expectativa hasta que estos alcancen la edad adulta y puedan ejercerlos. Por el contrario, son derechos completos que serán ejercidos por los niños de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentren. En este sentido es fundamental afirmar que “el niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo en la etapa de desarrollo en la que se encuentran, lo que va a construir el grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos”(Minyersky, *et al.*, 2018).

Esta interpretación no desconoce que los niños no siempre pueden ejercer por sí mismos sus derechos¹². Justamente, el artículo 5 de la CDN obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias para que los niños alcancen su grado máximo de autodeterminación.

De dicha norma emerge el principio de autonomía progresiva del menor de edad para el ejercicio de sus derechos de modo que sea él quien decida y elija cómo y cuándo pretende hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses. Ahora bien, aquella autonomía tiene una particularidad: de acuerdo a la evolución de sus facultades. Es decir, los niños van adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas. El propio artículo 5, lo es conforme con la evolución de las facultades de los menores de edad.

Con dicho concepto se alude a “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión,

¹² El ordenamiento jurídico civil cubano le reconoce la plena titularidad de derechos a cualquier persona natural desde su nacimiento con el comienzo de su personalidad (Art 24 y 28.1 del Código Civil respectivamente), sin embargo la capacidad restringida o la incapacidad total le limita el ejercicio pleno de sus derechos en muchas situaciones, en mayor medida en cuestiones jurídicas, donde su capacidad civil se ve completada con la representación, únicamente legal, sin posibilidad de la contratación letrada, en representación de sus intereses. Sin embargo, la minoría no puede ser entendida como discapacidad, dada su generalidad y temporalidad, es una fase normal y natural del desarrollo humano, pero es causa limitativa de la capacidad de obrar, que puede restringir aquella incluso hasta la incapacidad total en los primeros años de vida.

en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden materializarse mejor”¹³.

Como se observa, no se establece una edad biológica a los fines de que los niños pongan en práctica sus derechos, ni se precisan reglas fijas para determinar niveles de comprensión de acuerdo a una franja etaria, dado que aquellos –claro está- no son iguales en todos los infantes¹⁴.

Si bien la edad de un niño es un indicador para conocer su desarrollo o grado de madurez, no debe ser el único a considerar. No se puede perder de vista que aquél proceso paulatino tiene lugar en un contexto que rodea al menor de edad y que también es determinante para la adquisición de sus facultades, por lo que no se producirá de la misma manera en todos los casos. Así, influyen en la construcción de la autodeterminación tanto la familia, como la educación, el lugar en el que se vive, la situación económica, entre otros factores del medio. En consecuencia, la autonomía progresiva es una noción que deberá ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad como así también la individualidad psicológica, social y cultural de cada niño.

Resulta importante destacar que la capacidad progresiva que se les reconoce a los niños no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para sus obligaciones. Esto es, los niños son paulatinamente responsables de sus actos a medida que van adquiriendo facultades y se deben hacer cargo de las consecuencias que se desprenden del ejercicio autónomo de sus derechos. Si un adolescente es lo suficientemente maduro para tomar una elección personal sobre su destino, también lo es para hacerse cargo de los errores, riesgos y deberes que aquella puede traer aparejados (Lescano, 2013).

Esto implica reconocer que todos los niños son los protagonistas de sus propias vidas, sin desconocer que esa autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que el niño se encuentre (Leonardi, 2012). De lo contrario, otorgarles autonomía a los niños sin considerar sus posibilidades evolutivas implicaría dejarlos en estado de desprotección.

¹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 “Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia”; UNICEF- Centro de Investigaciones Innocenti; p. 76.

¹⁴ Al margen de una edad cronológica, se sitúa una edad biológica o de desarrollo lo que expresa el grado de madurez alcanzado. Algunos autores refieren la existencia de una edad psicológica, la que se refiere a las capacidades adaptativas del individuo, en relación directa con los aspectos relativos a la memoria, el aprendizaje, la inteligencia, las destrezas, las emociones, las motivaciones, los sentimientos; se presenta así vinculada a la edad funcional, definida como la capacidad que posee el individuo relativo a otros de su misma edad para el funcionamiento dentro de la sociedad. Por último señalar que la literatura refieren otros tipos de edad dentro de los que se encuentra la edad social, referida a los hábitos sociales y roles de los individuos relativos a las expectativas de la sociedad, que incluye manifestaciones observables: forma de vestir, actitudes frente a circunstancias determinadas; la edad legal, referida al momento determinante de límites mínimos y máximos, concernientes a la edad cronológica. Las diferentes edades que existen no pueden verse separadas de la madurez, sino que tienen un estrecho vínculo, entendiéndose por esta últimas, la capacidad para asumir las convenciones sociales desde una elaboración autónoma de los principios morales, resaltando ya desde su mera conceptualización su ligamen con la autonomía.

De esta forma lo reconoce la opinión consultiva No.17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprometidos en aquel concepto de niños. 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 de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”¹⁵

En suma el principio de autonomía revela que son los niños quienes deban ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez con el debido acompañamiento de los adultos. Es decir que el rol de los adultos en la toma de decisiones sobre la vida de los niños deberá variar gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades del niño. En este sentido, el Art 5 de la Convención significa que “en definitiva, y de manera inversamente proporcional, a medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero.” (Minersky, et al., 2006).¹⁶

Según las conclusiones que se han arribado acerca del contenido del principio de autonomía progresiva, es menester considerar sus implicaciones en los regímenes vigentes en materia civil. En este sentido se puede considerar que el principio de autonomía progresiva tiene incidencia en el régimen legal de hoy, denominado patria potestad. Esta institución detenta que son los progenitores quienes tienen la potestad de decidir sobre sus hijos menores. En este sentido se establece contradicción con lo que el principio de autonomía progresiva viene a sostener, en cuanto los adultos vienen a impartir orientación para que sean los menores quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos.

Es por ello que en la doctrina se sostiene que la denominación del régimen es equívoca y hay necesidad de reemplazarlo por el término responsabilidad parental. De esta forma la responsabilidad parental por parte de los padres irá decayendo a medida que los niños van adquiriendo mayor autonomía actuando la representación legal como la forma de

¹⁵ Corte Internacional de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17. Párrafo 101 y 102.

¹⁶ Nada reconoce la ley sustantiva civil cubana con respecto a la evolución paralela de la capacidad civil del menor y la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por actos ilícitos suyos. Mas, al analizar lo que se regula se demuestra la responsabilidad por daños ajenos de padres y tutores. El artículo 90 se contrapone a lo expuesto en el 29, ya que, según el artículo 29 apartado b, los menores de edad emancipados, alcanzan la plena capacidad jurídica de hecho, ya que al contraer matrimonio, aunque sigan siendo menores de edad, se extinguen sobre ellos la patria potestad, comenzando a partir de ese momento a ser susceptibles de convertirse en padres, iniciando una vida independiente, por lo que quedan fuera de nuestro interés en cuanto a la responsabilidad civil. Según el articulado 30, apartado a, los que han cumplido diez años de nacido, quienes pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, los que hayan alcanzado la edad laboral, quienes pueden disponer de la retribución de su trabajo. El legislador expresa su voluntad al exonerar de responsabilidad a padres y tutores cuando estos han actuado con la debida diligencia, es decir que no actúen en toda circunstancia por la mera causación de daños. Es razonable pensar partir de esto, hasta qué punto respondería un padre que su hijo haya cumplido los 17 años de edad, que trabaje y que ejecute las actividades que ha su tiempo le son apropiadas y los derechos que se le atribuye como ser humano digno.

protección especial de los niños que no cuentan con un grado de madurez o autonomía suficiente para ejercer por sí mismos sus derechos. “En otras palabras, a mayor participación de los hijos menor protagonismo de los padres, lo que implica, de manera inexorable, un ‘encogimiento’ o ‘achicamiento’ de la responsabilidad parental” (Herrera, 2009).

I.3 Autonomía progresiva e interés superior del menor.

El principio del interés superior del niño que -como se dijo- forma parte del nuevo paradigma de la protección integral, está consagrado en el Art 3.1 de la Convención y sienta como regla que en todas las medidas o decisiones que se adopten concernientes a los niños se deberá atender primordialmente a su interés superior. Esta manda está dirigida tanto a las instituciones públicas o privadas, a los tribunales, a las autoridades administrativas y órganos legislativos; como así también a los padres y adultos en general.

Si bien la noción de interés superior ha dado lugar a varias interpretaciones y mucho se ha dicho al respecto, conviene resaltar la definición que sobre este principio ha formulado Cillero Bruñol, ya que por su precisión merece que no sea utilizado discrecionalmente como argumento para la toma de cualquier tipo de solución.

Según dicho autor, el principio del interés superior es la plena satisfacción de los derechos de los niños (Cillero Bruñol, 2005). La integralidad a la que se alude con este concepto condice con la propia denominación del nuevo paradigma de la infancia y adolescencia: “protección integral”. Por lo tanto, en todas las medidas que se adopten concernientes a ellos se deberá atender a la realización y protección sistemática de todos sus derechos, de modo que estos no sean vulnerados o amenazados. Además, no corresponderá que en las decisiones que involucren a niños se ponderen o consideren otros intereses, como puede llegar a ser la satisfacción de los derechos de sus padres, o si atentan contra políticas públicas o sociales.

Como bien lo explica el autor citado, “los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen” y agrega que (...) “en el marco de la Convención el interés superior del niño es un principio jurídico garantista” (Cillero Bruñol, 2005). Es decir, es una garantía para el menor de edad del pleno ejercicio de los otros derechos reconocidos en dicho instrumento jurídico, ya que los hace posibles.

Así precisado el principio bajo análisis, amerita que no sea considerado como una mera guía o norte a seguir, cual un estándar genérico, sino como un verdadero límite a la discrecionalidad del Estado, de las autoridades, de los padres y de los adultos en general que debe ser aplicado en cada caso concreto en razón de lo que mayor satisfaga los derechos del niño. Y, en caso de que dos o más derechos del menor de edad entren en conflicto, será la pauta de interpretación que se deberá seguir.

Ahora bien, el dilema se plantea cuando un adolescente decide ejercer autónomamente sus derechos de una manera tal que ello vulnera o amenaza su propia integridad, su desarrollo como persona o la realización de otros derechos. Es decir, de una forma que tenga un impacto negativo para sí mismo.

Un joven, en virtud de su autonomía, puede decidir dejar de someterse a un tratamiento de quimioterapia, cambiarse de sexo o realizarse una operación de aumento mamario. Y, ¿si quiere hacerse un tatuaje o un piercing? ¿Qué sucede si hay intereses religiosos de por medio? Muchas de estas decisiones pueden poner en riesgo –o no- ciertos derechos del adolescente, como a la vida, a la salud, a la integridad física, entre otros. Pero, asimismo, no permitirle adoptar tales elecciones amenaza otras prerrogativas como la libertad de culto, a disponer del propio cuerpo, a la identidad de género, etc.

Llevado el caso a la justicia, ¿se deberá decidir considerando primordialmente el interés superior de aquél o se respetará su autonomía progresiva?

Como ya se dijo, ambos son principios básicos de los derechos del niño. Los dos son igual de importantes para la realización de sus facultades. Uno implica protección de los derechos (más cercano a una doctrina tutelar) y el otro libertad para su ejercicio (más próximo a una doctrina liberalista).

Y es que, los adolescentes son seres humanos aún en desarrollo que necesitan de una guía para su formación como personas, todavía requieren de cierta protección, consejos y acompañamiento por parte de sus responsables; sin perjuicio de los derechos de los que son titulares. Si bien las funciones de dirección y orientación de los padres hacia sus hijos van decreciendo a medida que aquellos van evolucionando, lo dicho no significa que cuando entran en la etapa de la adolescencia sus responsables tengan que abdicar sus tareas.

Es por ello que es tan importante el reconocimiento y respeto de la autonomía progresiva del adolescente como no desconocer que dicho ejercicio no puede estar absolutamente liberado. Por el contrario, es necesario establecer una limitación en tal sentido para evitar que el disfrute de sus derechos se termine volviendo en contra de su propia integridad y desarrollo personal, o impida la realización de otras prerrogativas.

Michel Freeman sugiere que ese límite está dado por la irracionalidad de las acciones y decisiones que toman los niños, lo que justificaría una intromisión en la vida de aquellos con la finalidad de su protección. El autor explica que una acción será irracional si, en forma manifiesta, socavaría futuras opciones de vida del involucrado y dañaría intereses de modo irreversible (Freeman, 2008).

Por su parte, Garzón Valdés –citado por Jaime Couso- señala que para que la autonomía individual sea sacrificada deberían darse dos requisitos: por un lado, la existencia de una incompetencia básica de la persona que la lleve a tomar decisiones que atenten contra sus propios intereses, que ella misma reconoce como válidos, por lo que habría una auto

contradicción; y, en segundo lugar, que la decisión que se adopte en razón de la intromisión sea necesaria y adecuada para mejorar las condiciones de vida del sujeto (Couso, 2005).

Las situaciones de hecho planteadas por los autores citados justificarían que se haga a un lado la elección del adolescente y sean otros –jueces, padres, etc.- quienes decidan qué es lo mejor para su interés superior. Sin embargo, son nociones que pueden resultar ambiguas e indefinidas a la hora de aplicarlas a un caso concreto. Asimismo, por su propia indeterminación pueden quedar atrapadas innumerables situaciones que derriben lo que los jóvenes han decidido. Pero, no se puede perder de vista que si se establecen criterios o estándares fijos al respecto quedarían fuera muchos casos que requieren de la intervención de la justicia o de los padres por atentar contra los propios derechos de los adolescentes. En consecuencia, a la hora de aplicar las nociones nombradas se debería buscar un punto medio: ni tan inclusivo ni muy excluyente.

Por otro lado, la señalada limitación a la autonomía con la consiguiente intervención en la vida o proyecto del niño, no implica que se caiga nuevamente en el anterior sistema tutelar en el que el niño era considerado y tratado como objeto, sino que -podría decirse- se toma un eslabón de dicha doctrina decidiendo sobre la vida del adolescente, pero con la particularidad que se lo hace justamente sólo para resguardar los derechos fundamentales de aquellos. Por lo tanto, no significa apartarse del sistema de protección integral, por el contrario lo hace posible. No hay que perder de vista que el interés superior es también un principio fundamental que posibilita el resto de los derechos (Delle Vedove, 2010)¹⁷.

Sin embargo, tampoco debe permitirse que bajo la bandera o pretexto del interés superior del niño, dicho principio se convierta en una herramienta de la doctrina tutelar – aún presente en muchas prácticas sociales y judiciales-, por la cual como regla los jueces, las instituciones, los padres o los adultos en general terminen decidiendo –sin escuchar- qué es lo mejor para el interés del adolescente independientemente de su voluntad y haciendo a un lado o modificando la decisión de aquél, quien con su edad y madurez suficientes tomó una elección de cómo quiere ejercer sus derechos. Así las cosas, más que de libertad se estaría en presencia de un autoritarismo.

¹⁷ No obstante, en esta dinámica en que se inserta el juicio emitido por terceros acerca de la presencia o no en el niño de las competencias o aptitudes necesarias para adoptar una decisión específica siempre será determinante además lo que en una sociedad dada sea definido como funcional. Díez-Picazo ha efectuado importantes consideraciones en esta línea, al apreciar que tratándose el “beneficio de los niños” de una fórmula de gran ambigüedad, solo la casuística puede perfilar sus contornos, aunque se puede avanzar que lo más beneficioso no es lo que subjetivamente el padre entiende, tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales, aunque puedan *de facto* terminar por imponerse; por consiguiente, serán las convicciones generalizadas de la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse más beneficioso. Además, tratándose de personas de corta edad, ha de ponderar el beneficio futuro por encima del presente, equilibrándose la connotación económica que posee la idea de beneficio con su connotación pedagógica. Por último, en relación al fundamento del “beneficio de los niños”, junto con el principio del libre desarrollo de la personalidad se encuentra la idea de igualdad, en cuanto que el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás. (Díez-Picazo 1984).

Pero, ¿cómo se resolverá, entonces, el conflicto de principios planteado?

Cillero explica que “los conflictos entre principios no se pueden resolver por la lógica de su validez o invalidez derivada de aspectos formales o de reglas interpretativas preexistentes, sino de su peso relativo en la situación concreta (...)”. (Cillero, 2005). Es decir, en definitiva se decide en el caso concreto ponderando cuál de las máximas en conflicto debe prevalecer sobre la otra. La desventaja que presenta esta salida propuesta es que aún en la práctica –y como resabio de la doctrina tutelar aún presente en nuestra sociedad- se observa que los jueces, en la gran mayoría de los casos, inclinan su balanza en favor del interés superior dejando a un lado la autonomía progresiva.

Por su parte, Freeman propone como salida que se busque un punto de equilibrio a la hora de adoptar medidas concernientes a los niños y habla de un paternalismo liberal: importa tanto el resguardo de los niños, como su autodeterminación, todo en pos de que exista una verdadera protección a sus derechos (Freeman, 2006).

Esta última solución podrá hacerse efectiva con la aplicación del tercer principio que forma parte del nuevo paradigma de la protección integral: el derecho del niño a ser oído.

Este último está establecido en el Artículo 12 de la Convención, el cual dispone que se le debe garantizar a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de aquél, en función de su edad y madurez. A tal fin, se le debe dar al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Esta máxima es una manifestación del reconocimiento de la capacidad progresiva lo cual queda explicitado al hacer alusión a nociones como “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de su edad y madurez”.

Por su parte en el nuevo Código Civil de Argentina el Art 26 –4º párrafo- dispone que “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”.

Este principio, entrará a jugar cual un mediador en el conflicto. Con su aplicación se buscará una vía alternativa para que a través del diálogo -escucha y expresión- se obtenga la solución más beneficiosa para resguardar los derechos del adolescente involucrado y que incluya sus puntos de vista. Esta salida le dará a aquel la posibilidad de que manifieste cuáles son sus deseos, intereses y de cómo pretende hacer realidad sus derechos, como así también cuál es la alternativa de ejercicio que le será menos perjudicial conforme con su proyecto personal de vida y cuyas consecuencias está dispuesto a afrontar.

De esta forma, se accederá a una construcción del interés superior que incluirá la mirada del adolescente acerca de cómo quiere él ejercer sus derechos –y no sus padres o el juez-, reconociendo el protagonismo que tiene en la concreción del mentado principio y respetando su autonomía progresiva en cuanto se lo hace partícipe en el ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, el joven co-participará junto con el juez interviniente en la definición de lo que será mejor para su interés. Esto quiere decir que, si bien se le reconoce al adolescente un papel importante debido a que su opinión deberá ser tenida debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, aquella no será determinante o vinculante para resolver. En otras palabras, no se debe aceptar incondicionalmente el deseo del joven si ello puede resultar perjudicial para su persona.

Por otra parte, en el caso del ejercicio de los actos médicos por parte del adolescente el derecho a ser informado será fundamental para poner en práctica su derecho a ser oído. Es decir, el joven para poder expresar su voluntad debe tener los conocimientos necesarios de la práctica médica a la que desea o debe ser sometido como así también de sus consecuencias. Ello será posible con la provisión de una adecuada información.

“El deber de información consiste en la obligación del facultativo de suministrar al paciente el conocimiento real del tratamiento al que se verá sometido y los riesgos que éste implica, siempre atendiendo al nivel de comprensión, intelectual y cultural y a la integridad psicológica del sujeto. Cuando no sea posible o conveniente brindar la información real, esta información debe ser dada a los representantes legales” (Santi, 2012).

Asimismo, no se debe perder de vista que el otorgamiento de la información servirá para prevenir las llamadas decisiones o acciones irracionales o apresuradas que suelen tomar los adolescentes.

Finalmente, en todos los casos en que se le practique un acto médico a un joven se deberá contar con su consentimiento para llevarla a cabo, previo suministro de la información suficiente. La definición acerca de su adopción, de su guarda y cuidado ante el divorcio o separación de sus padres, lo que podría ser determinante también en lo relativo a su traslado de un hogar o de un país a otro, sobre lo cual debería tenerse en cuenta su opinión y su interés superior, sobre sus relaciones o régimen de comunicación no solo con sus padres, sino también como otros familiares, como sus abuelos, tíos, etc; si el niño fuere progenitor, debería ineludiblemente participar en la toma de decisiones acerca de sus hijos y debería tener capacidad jurídica suficiente para instar procesos judiciales o defender sus intereses aunque para ello deba ser asistido por sus padres (nótese, no representado, sino asistido, para complementar su capacidad restringida), debería oírsele en todo lo que involucre cualquiera de sus derechos inherentes a la personalidad, sobre todo cuando se pretende, por ejemplo, una modificación de su nombre¹⁸, el uso de su imagen, íntimamente ligada a su

¹⁸ Cfr. artículos 108 y siguientes del Reglamento de la Ley 51 Ley del Registro del Estado Civil cubana.

privacidad (derecho a la intimidad). Creo que deberían ampliar con cuestiones como estas, que le atañan primordialmente al niño como sujeto más afectado por cualquier decisión que se adopte al respecto, para que se aprecie la trascendencia e importancia de la participación en el proceso representado por el abogado del niño.

I.4 Capacidad progresiva en el Ordenamiento Jurídico Cubano

Cada período de la vida es una fase por la que atraviesa la persona en su devenir, que lo dota de aptitudes para discernir y poder actuar por sí mismo a través del ejercicio de sus derechos y la realización de actos jurídicos con inteligencia y voluntad suficientes. Este es el claro fundamento de la tendencia actual que pugna el establecimiento de una capacidad progresiva en cuanto a los menores de edad. Además del influjo natural que el transcurso del tiempo ejerce sobre la persona, también ciertas afectaciones pueden incidir en su entendimiento y voluntad sin llegar a excluirlos, quedando imposibilitado de realizar ciertos actos y pudiendo perfectamente realizar otros.

Aunque la figura de la capacidad restringida, como manifestación de la capacidad progresiva, no es creación de las legislaciones modernas y desde el Derecho romano se estableció graduaciones en cuanto a las posibilidades de actuación jurídica de la persona, el artículo 30 del actual Código Civil cubano no tiene antecedentes con el derecho patrio. El Código Civil español anteriormente vigente en Cuba no contaba con un precepto similar, de carácter general, aunque admitía la participación de menores de edad en algunos actos de la vida jurídica, permitiendo que pudieran formalizar matrimonio con la debida dispensa, otorgar testamento y administrar los bienes que hubieran adquirido por su trabajo o industria.

El régimen de graduación de la capacidad del menor es cada vez más acogido por las legislaciones (Morales Mello, 2003)¹⁹, pues se asemeja a lo que naturalmente ocurre en la realidad que el Derecho regula, por lo que se tiende a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En ese sentido, ofrece un valioso criterio Sánchez Bergara, en línea con Mesa Marrero al señalar que "...no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona menor de edad no puede ser, por razones obvias, idénticas al modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor" (Sánchez Bergara, 2005).

El inciso a) del art 30 concede al menor que ha cumplido diez años capacidad suficiente para disponer del estipendio que le ha sido asignado y, cuando alcance la edad laboral, de la retribución por su trabajo. No hay duda en cuanto a esa capacidad parcial que puede ejercer

¹⁹ Como ejemplo pueden citarse el Código Civil de Brasil, artículos 3, 4 y 5.

respecto a tales actos, pero ¿acaso son los únicos que están encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria como en general les autoriza para actuar el enunciado que encabeza este precepto? Al no establecer el propio Código pautas que permitan elegir qué actos califican como tales, esto debería deducirse. Actos de administración o disposición de los bienes que posean, por ejemplo podrán ser en algunos supuestos imprescindibles para la manutención elemental del individuo que los ejecuta y, en otros supuestos, no lo serán. Así como afirma Albaladejo, en los casos de falta de precepto expreso en la ley, “el negar o conceder al menor capacidad para realizar actos, es cosa que se ha de realizar no mecánicamente (...) sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional) al menor”. (Albaladejo, 1996). Tomando en cuenta tales principios, debe interpretarse el enunciado general del art 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar todos los actos que de un modo u otro contribuyen a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, para los cuales necesitaría el debido complemento de su capacidad.

II. Tendencias actuales de la capacidad progresiva del menor y la figura del abogado del niño en el Derecho cubano.

II.1 El niño en el proceso judicial. Capacidad procesal.

El debido proceso legal, siguiendo a Ávila Paz de Robledo, es “*el instrumento de tutela de la dignidad humana*” (Ávila Paz de Robledo, 2012). En este sentido, la tutela de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes en el proceso judicial encuentra su punto de apoyo en la Constitución de la República de Cuba.²⁰ No obstante algunas normas regulan más precisamente esta realidad así como dictámenes de organismos internacionales de derechos humanos han precisado a través de opiniones consultivas algunos de sus alcances.

El principio de igualdad (Artículos 1, 13 d), 42 y 44 de la Constitución de la República de Cuba) así como la prohibición de discriminación a los niños, niñas y adolescentes (artículo 2 Convención sobre los Derechos del Niño) se integran al debido proceso legal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva ha dicho: “*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*

²⁰ La participación del niño en el proceso encuentra en Cuba respaldo constitucional en el artículo 92 del nuevo Magno Texto promulgado en 2019, que toma como eje central la accesibilidad al sistema de justicia y de conjunto con el 94 inciso a) del propio cuerpo legal -a su vez conectado con el inciso d) del artículo 13 del magno texto- da paso a la posibilidad de intervenir en el proceso en condiciones de igualdad y “*recibir asistencia letrada para ejercer sus derechos*” (disposición contenida en el inciso b) elemento que forja la idea de la actuación directa del niño, con voz propia, en el marco de su autonomía progresiva

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”²¹.

Jordi Nieva Fenoll, reconocido catedrático español, apunta que “[e]l niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro”.(Nutter, 2011).

El derecho a ser escuchado por quienes administran justicia se refuerza, cuando se reconoce el derecho a recurrir a un superior, si quien lo escuchó en primer término no le dio la razón o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño avanza aún más cuando en su artículo 24 inciso d. y reconoce el derecho del niño, niña y adolescente de “recurrir a un superior” ya sea en un procedimiento judicial o administrativo.

II.2. ¿Abogado del niño: un novel sistema?

En el ordenamiento jurídico los derechos del niño pueden ser defendidos de forma material, por ejemplo, con la obligación del deber de ser oído; y de manera técnica con la noción de asistencia jurídica que se pretende como interés propio del representado. Combinándose ambas características en la nueva figura analizada. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a ser representados por un abogado encuentra su fundamento en normativa nacional e internacional.

A raíz del citado artículo 12 de la Convención, se afirma que el niño se transforma en sujeto de derecho capaz de petitionar, reclamar u opinar de acuerdo a su desarrollo²² y tendrá en la instrumentación de la figura del abogado del niño una forma concreta para hacerlo viable (Granica, 2009 y Rodríguez Martín, 2012). En este sentido, la escucha del niño en este ámbito deviene una garantía procesal, quien con la debida asistencia de un operador del Derecho²³ podrá participar en el proceso²⁴.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 7/12 del 28-08-2002, punto resolutivo 10.

²² En línea con la postura doctrinal que sostiene que la capacidad para ser parte, en tanto proyección en el orden procesal de la capacidad de derecho es, pues, inherente a toda persona. (Palacio, 2005 y Morello De Ramírez, 2007). De igual modo la Sentencia 183/2008 de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional español sostuvo que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de todo menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su vida y esfera personal, pues de otra manera resultaría lesionado su derecho de acceso a la jurisdicción para defender intereses personalísimos.

²³ La Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño citada *ut supra*, en sus párrafos 34, 36 y 37 manifiesta que el niño necesita la prestación de apoyo adecuado para la defensa de sus intereses propios, si se lo escucha a través de un representante, es de suma importancia que este transmita correctamente las opiniones del niño al encargado de adoptar decisiones, deberá conocer y comprender suficientemente los

La Opinión Consultiva número 17 de 2002 destaca: “Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. ...si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”(Kemelmajer De Carlucci, 2015).

El abogado del niño, como en capítulos anteriores hemos abordado, es una figura teórico-jurídica moderna, que no se conceptualiza más allá de que es un profesional abogado/a, especializado en materia, que va a tener la escucha especial y singular sobre los acontecimientos indiferentes que tengan lugar en la vida personal, social, familiar, penal o administrativa del niño o adolescente y que por tanto sientan que sus intereses están siendo vulnerados.

Desde el reconocimiento procesal de esta figura, se le da al niño/a la posibilidad de ser representado en su propia voz con la asistencia o el patrocinio de un letrado especializado, poniéndose al servicio de lo que el niño/a o adolescentes están queriendo y no de lo que el adulto cree que el niño debería querer.

En pos de los derechos del art 4²⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño , emana la figura y función del defensor de niños, niñas y adolescentes como “sujeto procesal necesario q tiene como función defender jurídicamente los derechos de niños, niñas y adolescentes en todo tipo de procesos donde estén en juego sus derechos e intereses teniendo en cuenta sus opiniones, tanto sea para la atención de casos individuales como para ámbitos generales, sea esta la figura del defensor público especializado garantizado en forma absoluta por el estado, y otras de diversa naturaleza con la misma pauta”.

El abogado del niño surge de la concepción del niño como sujeto activo de derechos. La intervención del abogado del niño tiene como finalidad esencial proteger los intereses personales e individuales del niño. Es dable resaltar que la participación del abogado del niño en el proceso “no reemplaza al niño en su palabra sino que responde a los intereses personales y autónomos” (Leonardi, 2013).

distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños, deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (por ej. progenitores), instituciones u órganos. Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.

²⁴ Derecho que además tendrá contenida la facultad para su renuncia, tal como también advierte la Observación General 12 en su párrafo 16: “El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación.

²⁵ “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional”.

Como labor principal, dicho abogado tiene la representación de los intereses personales e individuales de las personas menores de edad ante cualquier procedimiento civil, familiar, o administrativo que los afecte. En tal sentido, el profesional intervendrá en carácter de parte y sin perjuicio de la representación que ejerce su representante legal.

Como se manifestó en la parte introductoria, hay en la actualidad distintas posiciones que esgrimen en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la intervención del abogado del niño en lo que hace a la defensa técnica jurídica de los niños, las que parece pertinente describir a los fines de contar con un panorama actualizado en lo que respecta a la designación del abogado del niño.

En primer lugar existe la postura de Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina en donde la designación de abogado de niño depende de la edad y esta es a partir de los 14 años; hoy en concordancia con el Código Civil y comercial a los 13 años. (Bigliardi, 2015). La citada es una posición sostenida por la Corte Suprema de la Nación, la cual se observa análoga en dos fallos que enuncia uno de ellos es el precedente “M.G. v. P., C.A. s/recurso de hecho” deducido por la defensora oficial de M.S.M.” del 26/06/ 2012, en donde la Corte Suprema de la Nación resolvió que el pedido de una niña menor de 14 años de ser tenida por parte en el juicio donde se debate su tenencia, la designación y remoción de un letrado patrocinante y el pedido de actuación por derecho son improcedentes, pues las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores, tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26061 de Protección integral de los Derechos del niño. Es por ello que de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos y no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos. Se agrega que la Convención de los Derechos del niño, en su Art. 12 enunciado en más de una oportunidad en el presente trabajo, 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.

Como segunda posición la “designación de abogado de niño a toda edad”: aquí se sostiene que la Convención sobre los derechos del niño supedita la participación procesal de los niños a su capacidad progresiva y la ley 26061 no establece límite de edad; por lo cual cualquiera que fuese la edad del niño tiene derecho a una defensa técnica. Asimismo, entiende que tampoco es necesario que exista conflicto entre sus progenitores, es decir, que “siempre que se encuentre en juego intereses de los menores de edad deber contar con patrocinio letrado”.

Por su parte el Dr. Solari sostiene que el derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, tanto judicial como administrativo, independientemente de su edad, agregando que no pueden establecerse edades o condicionamientos para el ejercicio de esta garantía mínima reconocida por el ordenamiento jurídico.

Otra posición a tener presente como posición para la designación es en caso de conflicto con sus progenitores.⁷: parecería ser la posición elegida por los redactores del Código Civil y Comercial -Ley 26994- al establecer en su Art. 26: que “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 interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada” Dicha posición de la designación del abogado del niño procedería en caso de evidente conflicto entre sus progenitores, los cuales -en razón de ello- se encuentran imposibilitados de llevar adelante la voz del niño desprendida de sus propios posicionamientos. Los que sostienen este enfoque no hacen ninguna referencia a la edad del niño /adolescente; es decir, que en el caso de que se dé la situación de conflicto, procedería a cualquier edad la designación del abogado del niño.

La última posición, y no menos importante, resulta la del grado de madurez suficiente. Frente a la posibilidad de que el niño se presente con abogado o se le designe uno: se da intervención al Cuerpo técnico a los fines de que los peritos psicólogos se expidan sobre si cuenta con madurez suficiente para proceder a presentarse con patrocinio letrado.

Entonces, quien asesore a un niño debe observar una elevada ética profesional y tener la preparación técnica adecuada, lo que supondría contar en primer orden con vasta experiencia profesional, además de estudios de especialización interdisciplinaria sobre la infancia (Stornini, 2016), que le permitan adaptar su función legal a las justas necesidades e intereses del niño, conduciendo su voz hasta el proceso, función que en el espacio cubano podrían asumir los abogados de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos²⁶.

El marco teórico descrito es coherente y apoya un sentido conceptual valorativo la importancia de la figura del abogado del niño en un proceso judicial, la necesidad de su especialidad como profesional y la incidencia de su intervención.

²⁶ La figura del abogado del niño está prevista en el ordenamiento jurídico argentino vigente a partir de su incorporación en el artículo 27 de la ley 26.061, que dispone el derecho del niño *a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya*. Si bien la figura del abogado del niño constituye una garantía de carácter procesal, también se lo tiene en cuenta en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina al advertir la íntima relación/interacción entre fondo y forma. De este modo, se reconoce el derecho de que los niños concurren a las instancias administrativas o judiciales con asistencia letrada siempre que cuenten con grado y madurez suficiente como para poder elegir un abogado que los represente para el ejercicio de los derechos que intenta por sí mismo preservar, debiendo concurrir no solo el grado de madurez suficiente del niño, sino también un caso de conflicto con quienes son sus representantes legales, padres o tutores que amerite una asistencia letrada independiente. (Herrera, 2016).

2.3 Garantías del sistema del Abogado del Niño.

El cambio de paradigma en lo que respecta a la protección de los derechos de un niño como sujeto de derechos reconoce la activa participación en el proceso judicial como realidad impostergable.

La incorporación del abogado del niño a mi modo de ver las cosas resulta una instancia superadora e innovadora que cumple y coincide con el paradigma de protección integral del niño en consonancia con los instrumentos internacionales en lo que hace a su legítima y activa participación respetándolo como sujeto titular dentro del proceso judicial.

La defensa técnica jurídica y la efectiva escucha del niño en que lo pretende y atraviesa configuran garantías que hasta el momento resultaban obligatorias y naturales en los procesos judiciales de los adultos.

Es importante dejar aclarado que se toma como referencia al Derecho argentino para contrastarlo con el ordenamiento jurídico cubano, ya que se ha encontrado bibliografía que demuestran la práctica judicial de esta figura y han dado fundamentos sólidos sobre las garantías que este otorga.

Conforme todos los fundamentos legales, jurisprudenciales, doctrinales y las hipótesis expuestas, apoyan que la figura del abogado del niño resulta de importancia y trae luz a las condiciones jurídicas de defensa técnica con la garantía del acceso a la justicia que éste genera para la legítima participación activa del niño en un proceso judicial. La especialidad del abogado del niño en materia de niñez resulta vital por la incidencia en la responsabilidad que como profesional del fuero tiene en su intervención.

Es importante y tiene incidencia la intervención del abogado del niño en el proceso judicial para una participación activa y legítima de una persona menor de edad. Que en el contexto actual la implementación de la figura analizada es una realidad que no se puede ignorar.

Asimismo el compromiso que esta figura debe tener en su rol y la responsabilidad como profesional especializado que posee genera la necesidad de una capacitación constante y específica del mismo, ello concordante a la dinámica y el contexto circundantes del niño como justiciable. En tal sentido considero esencial incorporar a las prácticas profesionales capacitación periódica que adecue el modo de la defensa técnica jurídica especializada en los niños a los fines del efectivo ejercicio de sus derechos en el marco de un proceso judicial, con una escucha responsable que como patrocinante letrado les amerita a todas las personas menores de edad.

En este sentido, además de garantizar el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, la función del abogado será aportar pruebas y controlar la prueba de la contraria.

Por tanto nuevamente se da un reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derechos, situación promulgada desde hace tiempo la que equipara en un plano de igualdad en el tratamiento de derechos de los adultos al respetarse la garantía del debido proceso y el derecho de la escucha prescriptas como obligatorias en el orden constitucional y *corpus iuris* internacional.

Las características de los destinatarios de las normas e instituciones del sistema de protección integral de los derechos de la niñez exigen que las personas menores de edad se definan de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de los menores incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es que están en un periodo de crecimiento y desarrollo.

Asimismo resta mencionar que el niño tiene derecho a recurrir toda decisión contraria a sus intereses. El recurso de apelación debería ser concedido al niño en forma libre en todo tipo de procesos, teniendo en cuenta su interés superior, y pese a las disposiciones contrarias establecidas en el Código Procesal que para algunas resoluciones y tipos de procesos establecen la apelación en relación. Esto es así, a la luz del artículo 27 inciso d) de la ley 26.061, pues bajo esta figura, es decir la apelación libremente concedida, se abren facultades procesales que podrían favorecerlo, entre ellas, la producción de prueba en segunda instancia.

Tampoco serán aplicables al niño las restricciones al recurso establecidas en las leyes procesales porque la ley 26.061²⁷. Tampoco se le podrá rechazar al niño un recurso extraordinario por no haber cumplido los requisitos formales para su procedencia, entre ellos, la reserva de la cuestión federal. En otras palabras, el derecho al recurso tiene un alcance más amplio y garantista para los niños que para los adultos, no siendo aplicables a ellos las restricciones al derecho al recurso establecidas en los Códigos Procesales.²⁸

II.4 El derecho a ser escuchado. Regulación en Cuba.

La autonomía de los derechos de los adultos para determinarse viene dado por el conocimiento y valoración de sus necesidades, pero en el niño es el adulto quien determina la necesidad y quien determina si corresponde o no el ejercicio del derecho que se le ha concedido.

De ahí que se ha determinado que los derechos de los niños no están acompañados de la autonomía para su ejercicio, siendo una necesidad el establecimiento de reglas objetivas que garanticen al niño el ejercicio de sus derechos de manera incontrovertible, como puede ser el modo en que debe valorarse la manifestación de voluntad del menor en los procesos

²⁷ Ley 26.061 sobre el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina.

²⁸ Se toma en cuenta la jurisprudencia y los presupuestos teórico-legales del Código Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, Argentina.

en que debe ser escuchado, con vistas a lo regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, con el fin de garantizar la observancia de satisfacer el interés superior del niño.

Es por ello que resulta necesario definir legalmente qué se define como interés superior del niño, y a partir de este criterio, lograr su cumplimiento. Asimismo se requiere una adecuada preparación del funcionario o de personas que asuman la responsabilidad de escuchar a las niñas, niños y adolescentes, de forma que se obtengan mejores resultados, sin violentar la voluntad y los derechos del menor en cuestión.

En Cuba al tema de “la escucha de los menores de edad”, ha contribuido la Instrucción No.216 del 17 de mayo de 2012, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, estableciendo pautas en cuanto al derecho procesal en sus más modernas tendencias y los compromisos contraídos por Cuba en la ya consignada Convención Internacional de los Derechos del Niño. Esta rompe con el esquema que en la práctica se ha apreciado, de que la escucha se realice cuando el abogado tenga determinada edad.

Puede entenderse entonces como una concepción interesante y moderna, y se refiere a documento que complementa dicha instrucción judicial, donde se explican cómo “edades deslizantes”, condicionadas únicamente a la adquisición por el niño, niña o adolescente de suficiente juicio y aptitudes madurativas.

Dicha instrucción posee especial relevancia, debido a que permite realizar este importante acto de la escucha de los menores, cuando puedan formarse un juicio propio. Se traza a los jueces, pues, la máxima de jurisprudencia la capacidad progresiva y se refuerza, por ser de orden público, el principio de publicidad restringida para lograr un resultado eficaz en la escucha de estos. Se complementa con las “Reglas mínimas para la escucha de los menores de edad”, fijadas por el Tribunal Supremo Popular, en relación a las formalidades que deberá observar el juez ponente en este tipo de acto, por el logro más efectivo de eliminar los formalismos del proceso civil.

Lo criticable de dicha instrucción, está dado por el hecho de que solamente se tiene en cuenta la escucha de los menores, en los procesos de familia. Lo cual debería ampliarse a todos los procesos civiles, y no circunscribirlo únicamente a asuntos familiares.

Entonces, el cauce que se emplee como dirimir las controversias apuntadas podría tener el sello de dichos procesos de familia²⁹, con la correspondiente intervención del Ministerio

²⁹ En pos de agilizar la resolución del conflicto la des formalización del procedimiento debería ser otra pauta definitiva, elemento al que se ha referido Pérez Gutiérrez en el marco de los procesos de familia, y que indica que debe despojarse de formalidades técnicas que atenten contra la fluida comunicación del tribunal con las partes y por ello signa al proceso con la oralidad como principio guía, al cual tributan la inmediatez, el acortamiento de los plazos y la concentración de actos. Concentración cuyo propósito es evitar la dilación del proceso e inmediatez, traducida como un mayor contacto o cercanía entre los juzgadores y las partes; particular que la autora amplía al aludir al carácter dialogal porque deviene en ineludiblemente cierto que la posibilidad de que las partes, los abogados, los especialistas y los jueces intercambien criterios o se pregunten

Fiscal³⁰, sin perder de vista la celeridad que deberá caracterizarlo, pues según se ha sostenido, el tiempo es un factor que repercute en los procesos que involucran a un niño y que debe ser examinado no solo durante el proceso, sino también en toda la etapa previa la toma de una resolución³¹, en pos de acometer el desafío que supone evaluar y determinar la plena efectividad del interés superior del niño en conjugación con su capacidad progresiva y su derecho a ser oído en todos los asuntos que atañen a su persona y a su familia, para lo cual deviene fundamental contar en cada momento procesal con la asistencia especializada del abogado del niño.

Conclusiones

El fundamento actual que pugna el establecimiento de una mayor autonomía de los menores se enfoca en los avances de la sociedad y que cada etapa de la vida, de acuerdo a su evolución como persona natural, dota a las personas de más inteligencia para la toma de decisiones, lo que le permite el crecimiento de titularidades para el ejercicio pleno de Derechos.

Los menores tienen derechos que deben ser respetados, entre ellos el derecho a ser escuchado, dicho más claro, antes de tomar decisiones que les sea aplicable deben ser tenidos en cuenta su opinión, sus necesidades y sus sentimientos.

directamente viabiliza la obtención de un fruto cercano a la verdad de los hechos y, mejor aún, resulta materialmente imposible que por medio de la escritura se pueda constatar la amplitud del lenguaje corporal que, en no pocas ocasiones, dice más de lo que quisiera y expresa mucho más de lo que realmente narran las partes en sus escritos. (Pérez Gutiérrez, 2013).

³⁰ En cumplimiento de la misión constitucional contenida en el artículo 156 del magno texto, el 8 g) y 25 y 26.1 f) de la Ley 83/ de primero de enero de 1998 “De la Fiscalía General de la República” y signado por el procedimiento que dibuja la Instrucción número 216 de 17 de mayo de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, N° 21, de 22 de junio de 2012, que concluye Pérez Gutiérrez “germina, con luces propias, (...) marcadamente distinto del proceso civil, no solo por la naturaleza de la materia que se ventila, que siempre le ha distinguido; sino porque ya cuenta con herramientas personalizadas, tales como jurisdicción propia y especializada, catálogo y procedimiento cautelar, vastas posibilidades de defensa de las partes por sí mismas y en coordinación con sus abogados, ampliación de la legitimación, acentuación de la escucha del menor y presencia de un equipo técnico asesor multidisciplinario”. (Pérez Gutiérrez, 2013).

³¹ Lo que explican Penatti y Pennise Iantorno De Machado del siguiente modo: Antes: se refiere al tiempo que el niño lleva inmerso en la situación de conflicto, aún antes de su judicialización, debiendo analizarse cómo redundó en su vida y su desarrollo. Durante: alude a la urgencia y la celeridad que requieren las cuestiones que involucran a un niño. Todo ello, sin desatender el respeto por las garantías procesales que deben asegurarse a todas las partes involucradas, enfocándose en la realidad del niño y en las secuelas o traumas que cada decisión pueda traer aparejada. (Penatti, *et al.*, 2016). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en relación con la celeridad que requieren los procesos que involucran a personas menores de edad que: “(...) en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, (...) deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”. Caso Furlán y familiares *vs.* Argentina. Sentencia número 246 de 31 de agosto de 2012.

Este derecho a la representación letrada es el que enarbola la garantía y fundamento de la figura del abogado del niño, el cual actúa de paralelo con la capacidad progresiva. Se le reconoce el derecho para la defensa de sus intereses en problemas civiles, administrativos, de familia y penales. A fin de que este abogado defienda sus intereses y se le reconozca el derecho a ser oído.

La legislación civil cubana sustituye la voluntad del niño contraria a la esencia misma de su capacidad progresiva y su capacidad para ser parte en el proceso. Los padres actúan para completar su capacidad jurídica. Lo más cercano al abogado del niño es la representación legal que hace el fiscal, sin que el menor pueda intervenir en el proceso como parte escuchada.

Referencias bibliográficas

ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, Segunda edición, 2012.

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. Introducción y Parte General. Introducción y Derecho de la persona*. Volumen primero. Barcelona: Bosh, 14ª edición, 1996.

ARENCIBIA FLEITAS, Y. El menor de edad como persona: una visión *ius* filosófica y teórico-jurídica contemporánea en el ámbito de sus derechos sexuales y reproductivos. *Revista Crítica de Derecho Privado*. Uruguay: no. 15, 2018, pp. 915-974.

AVILA PAZ DE ROBLEDO, R.A. Nuevos Horizontes de las cautelares en el Siglo XXI en el Proceso Judicial Civil, con particular referencia a su límite temporal de vigencia. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Córdoba, no. 13, 2012 pp. 210-225.

BIGLIARDI, K.A. El abogado del Niño. *Diario La Ley*. Buenos Aires: no. 10, año 22, 2015, pp. 1066-1067.

BLASCO GASCÓ, F. *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona*. (Coordinador). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 4ª edición, 2003.

CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago de Chile: UNICEF, no. 9. [Fecha de consulta: 20 mayo 2019]. Disponible en URL: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf.

COUSO, J. El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. *Revista de Derechos del Niño* [en línea] Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, no. 3 y 4, 2006. [Fecha de consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en: http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf.

CULLETON, A. Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad). *Revista Española de Filosofía Medieval*. Madrid, no. 17, 2010, p. 59-71.

DELLE VEDOVE, M.J. *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente* [en línea]. Santiago de Chile: [Fecha de consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en: www.derecho.unc.edu.ar.

DÍEZ-PICAZO, L. *El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'nfant) en la tutela de los derechos del menor*. Córdoba: 1984.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*. Segunda parte. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

FREEMAN, M. Tomando más en serio los Derechos de los Niños. *Revista de Derechos del Niño*. [en línea] Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, no. 3 y 4, 2006. [Fecha de consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en: http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf

GRANICA Adriana y SOTOLANO, Oscar. El rol del abogado del niño en la nueva normativa vigente en Argentina. Una perspectiva jurídica y psicoanalítica acerca del derecho a ser oído. *Revista Cubana de Derecho*. La Habana: no. 33, 2009, pp. 95-112.

HERRERA, M. Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Revista Jurídica y Derechos del Niño*. Buenos Aires: no. 7, 2009, pp. 7-22.

HERRERA, M. Los derechos de infancia y adolescencia en el Código Civil y Comercial de la Nación: claves para entender una nueva interacción legal. *Cartapacio de Derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho, UNICEN, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Volumen 29, 2016, pp. 1-39.

HUNG GIL, F.A. “La persona en el ámbito del Derecho Civil” en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coordinador). *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después. Libro homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz*. La Habana: Editorial UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2014.

JAIMEZ, S.S y MEZA, A.G. “Derechos civiles y políticos” en ALONSO REGUEIRA, E. M. (Director). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*. Buenos Aires: Editorial La ley, 2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. La participación del niño y adolescente en el proceso judicial. *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: no. 3, 2015, pp. 2-18.

LEONARDI, C. Cuestión de Derechos. *Revista electrónica*. Madrid: no. 2, 2012, pp. 100-114.

LESCANO, M.J. El Abogado del Niño. Nuevo impulso para la construcción del sistema de promoción y protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la provincia de Buenos Aires. *Niños, Menores e Infancias*. Buenos Aires: no. 7, 2013, pp. 125-142.

MARTÍ, J.M. *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

MINYERSKY, N. y PÁRAMO BERNAL, M. Reflexiones sobre la capacidad civil y competencia médica de niños, niñas y adolescentes. *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: no. 85, 2018, p. 189-202.

MONTEJO RIVERO, J.M. *La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos. Especial referencia al ejercicio de la patria potestad*. La Habana: Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, 2016.

MORALES MELLO, C. y ARAÚJO ESTEVES FRAGA, T., et al. *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito Comparado*. Río de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MORELLO DE RAMÍREZ, M.S. El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal. *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: no. 35, año 2007, pp. 25-41.

NUTTER, S. El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces. *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública* Ed. [en línea] Ciudad de Buenos Aires: UNICEF y Defensoría General de la Nación, comité editorial Subsecretaría de Comunicación Institucional-Secretaría General de Política Institucional. Defensoría General de la Nación, no. 1, 2011 [Fecha de consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en: http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro_Ninos_UNICEF.pdf

PAJA BURGOA, J.A. *La Convención de los derechos del niño*. Madrid: Tecnos, 1998.

PALACIO, L.E. *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. FERNÁNDEZ, S.E. (Directora). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

PENATTI, M.V. y PENNISE IANTORNO DE MACHADO, S. Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las personas*. Buenos Aires: no. 1, Año VIII, 2016. Editorial Thompson Reuters-La Ley, pp. 9-19.

PÉREZ ECHEMENDÍA, M.L. y ARZOLA FERNÁNDEZ, J.L. *Expresiones y términos jurídicos*. Santiago de Cuba: Editorial Oriente, 2009.

PÉREZ FUENTES, G.M y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K. *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*. México D.F.: Editorial Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ GUTIÉRREZ, I. Los principios del Derecho Procesal Familiar en Cuba. Conferencia dictada en la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. MESA CASTILLO, O. y GONZÁLEZ FERRER, Y. (Coordinadoras). *Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines*. La Habana: UNIJURIS, 2013.

RODRÍGUEZ MARTÍN, L. y PALMERO MARTÍN, Y. El abogado del niño como garante del pleno ejercicio de los derechos de los menores de edad. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. [en línea] Bogotá: no. 1, 2012. [Fecha de consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/19/.

SÁNCHEZ BERGARA, S. *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testificación activa*. Trabajo de Diploma. La Habana: Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005.

SANTI, M. Capacidad y Competencias de las personas menores de edad en el Proyecto de Nuevo Código Civil. *Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: no. 11, 2012, pp. 213-236.

STORNINI, N.S. Derecho del niño a ser oído. Su participación en el proceso en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. FERNÁNDEZ, S.E. (Directora). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

VALDÉS DÍAZ, C. C. La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad. *Justicia y Derecho*. La Habana, no. 16, año 9, junio de 2011, pp. 12-43.

VALDÉS DÍAZ, C.C. “Comentarios al artículo 24” en PÉREZ GALLARDO, L.B. (Coordinador). *Comentarios al Código Civil cubano. Disposiciones preliminares*. Tomo I, Volumen I. La Habana: Félix Varela, 2013.

VALDÉS DÍAZ, C.C. (Coordinadora). *Compendio de Derecho Civil*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

VELÁZQUEZ GONZÁLEZ, L. El concepto de “persona”. Un debate actual en bioética, considerado a la luz de algunas reflexiones del pensamiento tomista tradicional. *Etbio*: México: Colegio de Profesionistas Posgraduados en Bioética de México D.C, no.1, año 1, 2011, pp. 99-106.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal. *Menores y Derecho. Revista Anual de Filosofía del Derecho y Filosofía Política*. Granada: no. 49., 2015, p. 17-41.