

## ***Derechos del menor ante la ruptura familiar\****

**Por Ángela C. Pinacchio**

### **1. Introducción**

El objetivo será analizar distintos temas que le incumben al menor cuando sus padres no conviven bajo el mismo techo, quedando someramente englobados en discusiones de tipo procesal sobre las que no se hace mucho hincapié. Es menester mencionar: el abogado del niño, la capacidad progresiva y sobre todo el tan evocado interés superior del niño declarado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes que conforme mandato constitucional tiene su igual jerarquía para complementar los derechos, declaraciones y garantías.

Cuando los progenitores decidieron su separación, giran en torno del niño cruciales hitos para su vida. En el ámbito judicial se suele discutir sobre el régimen de visitas, la tenencia y la cuota de alimentos. Sin embargo cuando el vínculo familiar se rompe la vida del menor entra en crisis porque aquél fue su primer ámbito afectivo y conocido de socialización.

En la modernidad, la familia cumplía el papel educador desde el ejemplo sobre los valores morales, pero en la actualidad asistimos a una realidad compleja donde la familia no cumple este rol y los sistemas educativos no están preparados para asumir un papel diferente. Podemos citar al respecto prestigiosos autores como Savater<sup>1</sup>, por ejemplo, que refiere a la necesidad de que alguien desista de la inmadurez como forma de hacer frente a tanta relativización social. Desde la mirada de este autor, la realidad aparece como grandes telones que esconden otro escenario: la crisis de la humanidad y la familia, entre otros que son de debate actual.

Por ejemplo tomemos el caso de la familia. Entendemos que ésta debe dar los primeros ejemplos de vida al ser que se forma en un clima de afecto. La inestabilidad de la familia radica en la promoción de la juventud como única forma de vida pero no puede totalmente disimularse esa madurez ya que su signo más característico es asumir responsabilidades. Por eso en el intento afanoso del ser que desea eternamente ser joven convoca su inmadurez. Pero el autor advierte que una familia funciona educativamente cuando alguien se resigna a ser adulto. Podríamos referirnos al mismo tiempo a una crisis de la autoridad que implica una antipatía contra la posibilidad de ocuparse personalmente de la familia de la que se es responsable.

Esto se vincula con la idea de la eterna juventud y en una falsa creencia de que autoridad es sinónimo de mandar. Dentro del eclipse familiar está incluida la figura paterna. Por otro lado, mucho de esto tiene que ver con la irrupción de la televisión en nuestras vidas. Los medios tecnológicos actuales todo lo muestran y todo lo descubren ante nuestros ojos utilizando los mismos métodos de socialización primaria para educar. Para lo cual, la tarea de quien renuncia a ser eternamente joven será

---

\* Extraído del artículo publicado en la revista electrónica "Equipo Federal del Trabajo", [www.eft.org.ar](http://www.eft.org.ar). [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Savater, Fernando, *El valor de educar*, Bs. As., Ariel, 2008, p. 59.

que estos infantes potencialmente adultos futuros aprendan del valioso ejemplo de la responsabilidad de sus padres. Todas estas cuestiones invitan a la reflexión pero también a repensar el derecho de familia. Puesto que la representación del infante inocente que anhelaba el saber de los mayores es un cuento fantástico que fue sobrepasado por la realidad de niños que perdieron la inocencia porque todo lo han descubierto tempranamente. Se procura concertar a la reflexión analítica y prodigiosa del estudio jurídico en la creencia de que brindará un aporte primigenio respecto de los derechos del menor cuando los padres deciden separarse.

## **2. Cuestiones sobre el procedimiento, el interés superior del menor y su asesoramiento independiente**

La regla ética por excelencia del abogado de familia y la Administración de justicia debiera ser el aunar a las partes en conflicto para que el menor siempre encuentre respiro en la pacificación, ya que después del primer round, ninguno de los progenitores terminará completamente satisfecho. En esto, creo, se dio un primer paso al introducir la mediación previa obligatoria. Por otro lado, existen otras cuestiones que no hacen al derecho de fondo sino de forma, pero al mismo tiempo competen a los menores que debieran ser asistidos independientemente de sus padres ante la justicia, para que estos defensores del menor breguen por sus propios intereses independientemente de las subjetividades de sus padres. No se discute el derecho de una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad a ser oída por un juez independiente, pero esta situación no es lo mismo que tener acceso a la jurisdicción.

Según Bidart Campos, el acceso a la jurisdicción implica no sólo ser oído sino también a la defensa letrada<sup>2</sup>. Nos referimos, puntualmente, a la figura conocida como abogado del niño, la que surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del texto de la ley nacional 26.061 en su art. 27.

Observamos, entonces, dos formas en que los menores pueden participar: a través de la escucha y defendiendo su posición por derecho propio. Muchos son los padres que piden que se escuche al menor en el juicio y muchos son los que reniegan de ello. Si es tan necesario por ley la escucha al menor cómo puede sostenerse su inconveniencia. La práctica tribunalicia indica que suele denegarse la escucha al menor y que esto lo afectaría sobre la base de análisis psicológicos solicitados previamente a la concesión de un derecho que pareciera más del adulto que del niño. También suele argüirse que no es procedente porque la participación del menor en el proceso puede afectarlo emocionalmente tras la puja de sus padres o por el clima de tensión que existe entre ellos. Lo cual olvida que las luchas no sólo son vividas por el menor en el tribunal sino también dentro de sus casas conociendo la violencia que existe entre sus padres. Se alude a la defensa del niño más como una posible defensa del adulto que del menor. Muchos convencidos de esto rechazan en silencio o justificadamente el pedido del progenitor consistente en que el juez escuche a su hijo/a.

---

<sup>2</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, 3ª ed., Bs. As., Ediar, 1998, p. 285 a 292.

Cierta doctrina alude que en el siglo XXI los adolescentes y niños pueden actuar en juicio ya sea emitiendo su opinión y también actuando por derecho propio. En principio, para poder ejercer un derecho es necesario conocerlo o por lo menos tener comprensión de éste independientemente de su existencia material. Por otro lado, también implicaría tener las posibilidades reales de acceder a él. En la práctica tribunalicia no podemos sólo alegar la mera facultad del ejercicio del derecho de defensa; debemos exigir que ésta sea una obligación legal. El rito indica que el progenitor se presenta por derecho propio y en representación de sus hijos menores sujetos a su patria potestad.

Gil Domínguez afirma que la ley 26.061 es de aplicación para todo el territorio argentino, en mérito al deber del Estado nacional de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas<sup>3</sup>. Por lo tanto, lo que queda reglamentado en esta normativa es de aplicación inmediata y obligatoria para todas las provincias argentinas. Esta ley ha dado un vuelco en esta materia al posibilitar que a los niños y adolescentes se les reconozcan capacidad de hecho para presentarse en juicio. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas/os adolescentes en cualquier procedimiento judicial la posibilidad de contar con un letrado. Por lo tanto, tendrían los siguientes derechos: a) ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite; b) que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) ser asistido por un letrado desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya; d) en caso de carecer de recursos para ellos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; e) participar activamente en todo el procedimiento, y por último, el derecho a recurrir ante el superior ante cualquier decisión que lo afecte.

“La realidad indica que es el padre no conviviente el que reclama que se escuche al menor. Que no es un derecho reconocido sino a condición de exámenes psicológicos previos a los cuales se subordina su concesión. Que la opinión y la defensa independiente del menor no son de práctica obligatoria en el rito. Que a consecuencia de ello, el menor sigue sin defensa propia e independiente a la de sus padres en el procedimiento de familia donde se discuten los derechos que determinarán su formación para el futuro. Los intereses del menor no necesariamente van de la mano con los intereses del progenitor. Esa sola probabilidad debería obligar a convocar a un abogado independiente que asesore al menor. Esta falta de conocimiento, comprensión, información, asesoramiento no habilita, por ejemplo, al ejercicio de otros derechos como: la posibilidad de recurrir resoluciones que lo afecten directamente”.

Entonces podemos visualizar que en esta temática existe una doble posibilidad: 1) el derecho del menor a expresarse libremente en los procesos que involucran intereses que lo afectan, y 2) el derecho del menor de defenderse por intermedio de alguien que exprese técnicamente su voluntad.

Aunque hay diferencias de opinión en la doctrina, desde la práctica, los operadores jurídicos continúan considerando excepcional la citación de estas personas

---

<sup>3</sup> Gil Domínguez, Andrés, *La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado federal, de las provincias y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires*, “Revista de Derecho de Familia”, 2007, n° 35, julio-septiembre, p. 26.

para que sean escuchadas dentro de los procesos judiciales, prejudiciales y administrativos que los involucran, cuando debería ser de requerimiento obligatorio.

Cabe aclarar que existe una distinción que recepta la idea de que el abogado del niño es quien realiza una defensa técnica, diferente a la que hacen los representantes legales y promiscuos. Pero también diferente, a la que encara el tutor *ad litem*.

Explica Morello que esta última, es la figura con la que guarda más similitudes pero no por ello debe asimilárselas<sup>4</sup>. Corresponde tener en cuenta que el tutor *ad litem* es un defensor que puede ser designado por el juez, en aquellas ocasiones en que los intereses de los niños y niñas, adolescentes que actúan en un proceso dado se contrapongan con los de sus representantes habituales. Tenemos aquí varios caracteres: el juez dispone cuándo corresponde su designación, elige a la persona que va a ejercer la función y ello lo hará siempre que existan intereses contrapuestos entre el menor de edad y quienes deban representarlo en relación a ese litigio.

En cambio, se explica que es el menor quien decidirá cuándo acudir a un profesional de su confianza para que lo patrocine en un proceso judicial y que no es necesario que sus representantes legales tengan intereses encontrados con los suyos puesto que puede optar por este asesoramiento en aquellos casos en que los padres no tengan intervención ni interés personal en el resultado. En cuanto a la mera facultad del menor de acudir o no a un letrado para la defensa de sus intereses aún cuando no haya puja entre éstos con el de sus progenitores es bastante discutible. En principio, puede un menor decidir sobre la conveniencia o no de un letrado particular. Creo que no aludimos a la realidad cuando predicamos los derechos del niño/as adolescentes. Las tareas del abogado del menor, en teoría, será la de asesorar, aconsejar en relación con los intereses de su cliente, pero actuar con las limitaciones o alcances que éste le marque. No importaría aquí preponderar el interés superior sino seguir las instrucciones del cliente, valorizando la subjetividad del interesado.

La ley argentina no especifica una edad a partir de la cual un niño puede designar a su propio abogado. La doctrina se ha ocupado de esta laguna legal y ha abordado bastante el tema. Que el abogado del niño es un personaje ligado al principio de capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. Así el abogado no sustituye su voluntad (del niño), la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como podría ocurrir con cualquier adulto.

El concepto de la capacidad progresiva se sustenta en las prescripciones sobre la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061. Los artículos referentes a la capacidad dispuestos en el Código Civil deberán ser reinterpretados por la judicatura, siguiendo los lineamientos de normativas internacionales. Los niños, entonces, podrían ejercer todo lo que hace a sus derechos personalísimos sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo; ello a pesar de lo que surgiría de una fría lectura de los artículos del Código Civil. Podríamos, también,

---

<sup>4</sup> Morello, Augusto, *La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil*, "Revista de Derecho Procesal", 2002, n° 1, p. 212 a 312.

concluir que debería cumplir catorce años para admitir su actuación con patrocinio letrado.

Parte de la doctrina aventurada por estos ideales considera que cabría la posibilidad de cuestionar este criterio por atentar el concepto de capacidad progresiva regulado e inspirado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demostrar que hay personas menores de esa edad que también pueden actuar por derecho propio, sin necesidad de contar con la acción de sus representantes. Lo cual a criterio de quien escribe es una mera formulación teórica. Pero lejos de ser un principio de aplicación es un absurdo pensar en un menor con capacidad de decidir, ya sea, por ejemplo, para contratar un abogado, costearlo, o decidir por *motu proprio* asesorarse independientemente de sus padres por cuanto ni económicamente ni afectivamente pueden tomar *per se* esas decisiones, sin esperar al mismo tiempo, ser amedrentados por la figura de quien ejerce autoridad en el hogar, que va de suyo es quien ejerce la patria potestad. Quizás la forma de acercarse más prontamente al menor y saber de sus necesidades es a través del colegio donde asiste asiduamente. Aunque esta propuesta está alejada de lo que en la verdad de los hechos sucede. No existe aunque de serlo sería positivo, siendo numerosas las ventajas de articular a los colegios con el trabajo del Poder Judicial.

El ejemplo más paradigmático, probablemente, lo encontremos al analizar la situación que se plantea en los juicios de tenencia. Aquí las dos partes principales son la madre y el padre de los niños involucrados. Quedan fuera de este contexto tradicional, por ende, las personas sobre quienes va a recaer la resolución del litigio, los hijos.

Tengamos presente que estos terceros no son cosas sino personas, sujetos de derecho, circunstancia que parece olvidarse. El tema que se plantea es, pues, cuál es el papel que ellos ocupan dentro de la estructura del proceso. Si pensamos una vez más en lo que ocurre en un juicio por la custodia de los hijos, podemos advertir que la voluntad de éstos puede verse reflejada o coincidir con los intereses que expresa alguno de sus padres pero lo más probable es que ello no suceda.

Por consiguiente, en todas las circunstancias en que los intereses de los hijos no están reflejados por los de alguna de las partes correspondería darles a ellos algún tipo de intervención y permitirles tener los mismos derechos de acción que tienen las otras dos partes. No basta aquí con la citación como testigo o tercero por más amplia que sea esta conceptualización. Se pueden plantear situaciones diversas en otros asuntos como ser el de alimentos, donde la madre que ejerce normalmente el derecho de custodia del hijo reclama una cuota al padre. Cuantas veces se discute simultáneamente este asunto complejo junto con el de régimen de visitas en audiencias del fuero. Sin encontrar anuencia entre ellos. Más bien los hijos pueden convenir con sus padres en el pago de alimentos en especie y en una cercanía mucho más afín respecto de su régimen de visitas. Mientras esto no pueda implementarse recae en el deber del juez determinar hasta donde empiezan los intereses de los progenitores custodios de sus hijos menores y donde finaliza en el complejo discurso de sus palabras mezcladas con intereses del menor sus carencias personales.

Por su parte, Gil Domínguez refiere a que “el menor tiene un derecho pero no un deber de intervenir en el proceso. Pero porqué tiene esta facultad. No coincido por cuanto hace falta una intervención conciente del Estado. Que resguarde el inte-

rés superior del menor que no puede a merced de sus padres quedar postergado. Ya que los intereses del menor se ven comprometidos en el preciso instante en que se produce el desvinculo familiar<sup>5</sup>. Quizás debiéramos plantearnos la necesidad de convocar al orden público en los procesos de familia. Aquél estándar jurídico que nos permita calibrar el sentido de las normas. Cuando la realidad dista de ser muy alejada a ésta y son en demasía sus injusticias. Hace falta plantearse la convocatoria del Estado en estas cuestiones. Volviendo al tema que nos ocupa, la pregunta debiera ser: ¿puede el menor elegir libremente entre ejercer un derecho que apenas conoce o que comprendiendo no puede pensar su existencia independientemente de sus padres? El conflicto que produjo el desvinculo no surgió entre los hijos con sus padres sino entre adultos que tienen responsabilidad sobre sus hijos.

Miles de expedientes quedan atrapados en una maraña de intereses contrapuestos que se expresan en una incidencia judicial que trasciende durante el lapso de minoridad del niño/a y adolescente. El menor tiene un derecho superior no contemplado por políticas de Estado y que consiste en crecer en el hogar que mejor garantice al menor: conocer a su progenitor no conviviente y alimentos (que no comprende sólo la manutención). Los fallos frecuentemente aluden al derecho natural por cuanto hacen hincapié en la naturaleza de las cosas, los deberes y derechos emergentes de la autoridad de los padres y sobre todo el subordinante interés de los menores. Mucho se ha discutido sobre “el interés superior del niño”. Se sostiene que éste no es el único ni tampoco excluyente que primero habrá de armonizarse en las posiciones de todos los involucrados en la trama. Pero en cuestiones prácticas hay una verdadera imposibilidad de saber a qué nos referimos con un criterio tan subjetivo. Sin embargo, no se ha precisado algo tan sencillo como desde cuándo se ve afectado ese interés. Podemos ubicar un parámetro objetivo en el vínculo familiar. Una vez roto surge el interés superior del niño que hasta tanto no era objeto de medición en los fueros de familia.

Cuando estalla el conflicto que provoca la desunión surge para el niño la necesidad de que se resguarden sus intereses que son superiores a las cuestiones pasionales de sus padres. “Podríamos entonces bregar por la unión familiar pero roto el mismo será necesario pensar en cuestiones tales como: alimentos para el menor y su contacto afectivo con su progenitor no conviviente. Adquiere entidad propia los intereses del menor roto el vínculo familiar donde se ven afectados y se hace necesario que alguien independientemente de sus padres salga a la saga de sus propias conveniencias”. Precisamente los conceptos de padre y madre quedan consolidados en el vínculo familiar, en cambio, el de progenitor es biológico y no siempre quedarán emplazados como padre y madre. El concepto de derecho de visitas tiene su origen en un fallo de la Corte de Casación francesa del 8 de julio de 1957. Los términos que han sustituido al tradicional: derecho de comunicación, de relación, derecho a una adecuada comunicación y supervisión de la educación. En dicho fallo se permitió el derecho de visitas de los abuelos, sentenciando que el padre no puede ser el único juez y soberano que impida injustificadamente la relación con sus hijos. El derecho de visitas es un derecho inalienable de los progenitores cuando ha quedado fracturada la normal convivencia pero es por sobre todo un deber; más aún

---

<sup>5</sup> Gil Domínguez, *La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado federal, de las provincias y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires*, “Revista de Derecho de Familia”, 2007, n° 35, julio-septiembre, p. 27.

una función pues resulta a la vez un derecho impostergable del menor mantener una adecuada comunicación y trato con aquéllos ya que ello contribuye en condiciones normales a crear situaciones más aptas para su formación sana e integral. El derecho de visitas viene a suplantar la falta de convivencia con algunos de sus padres, como tal, es autónomo con independencia de la cuota de alimentos. No es un límite al ejercicio de la patria potestad, y tiene la característica de ser personalísimo, intransmisible, inalienable e implica una relación afectiva y espiritual que trae aparejada la ruptura del vínculo familiar.

Se ha cuestionado si la suspensión del régimen de visitas es una medida conveniente ante la falta de pago de los alimentos. Lo cierto es que tanto uno como el otro son importantes, pero no excluyentes, puesto que los alimentos no pueden suplantar la presencia del padre o de la madre en la casa. El juez goza de gran discrecionalidad pero la solución a la que arribe deberá apuntar prioritariamente al interés superior del menor teniendo en cuenta la necesidad de éste de concretar una buena relación con el progenitor no conviviente dentro de las alternativas poco favorables que apareja la ruptura del núcleo familiar.

La jurisprudencia indica que deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: 1) posibilitar una mayor fluidez; 2) que no se desconozcan los derechos del otro progenitor; 3) deberá tenerse en cuenta que el crecimiento impone etapas de socialización que se intensifican con los años. Se ha dicho que el régimen de visitas no puede ser tan amplio que configure una especie de tenencia compartida no admitida por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Con lo cual se afirma que la tenencia en sí implica unidad y permanencia en el tiempo y en el espacio. No es intención de quien escribe ondear en temas tan espigados pero sí hacer referencia que tanto el tema de alimentos como el de régimen de vistas hacen ineludiblemente al interés superior del menor. Puesto que una vez roto el vínculo familiar nace la necesidad de tener en cuenta al más indefenso. Habida cuenta de que durante la convivencia familiar no eran discutibles ni los alimentos ni la visitas puesto que en la unión familiar tanto la presencia como el sustento económico era algo habitual y natural propio del hogar. Su ruptura hace surgir un verdadero conflicto en torno a sus intereses que no son entre los padres sino entre los hijos y sus padres en conjunto. Lo cual debería hacernos reflexionar sobre la necesidad de convocar una mayor presencia del Estado en estas cuestiones.

### **3. Conclusión**

Según Margulis, la adolescencia es un criterio social que pauta desde cuándo una persona debe de insertarse en la sociedad<sup>6</sup>. Mientras que en el siglo XIX se veía a la adolescencia como una verdadera patología, en el siglo XXI asistimos a la moda joven. Sin olvidar que el término en sí se conjugó siempre en masculino puesto que a diferencia de la mujer que prontamente accedía al matrimonio el varón era destinado a la formación secundaria de creación burguesa. Al igual que la noción de niño/a. El concepto niñez no fue desde siempre. A medida de que iba atenuándose el pensamiento determinista de la vida y el desarrollo científico incrementó las expectativas de vida del hombre. La niñez llegó a ser un criterio cada vez más marcado. Al

---

<sup>6</sup> Margulis, Mario, *La juventud es más que una palabra*, Bs. As., Biblos, 2008, p. 15.

igual que explica Palacios, la adolescencia durante el siglo XVIII se vuelve a popularizar puesto que era necesario mano de obra especializada<sup>7</sup>.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño/a y Adolescente remiten a conceptos que no acuerdan con el Código Civil argentino. Sin embargo, la globalización, introduce nuevos paradigmas que alcanzan temáticas sociales y culturales intensificando a escala mundial las relaciones intersubjetivas. El concepto de niñez y adolescente no tienen un origen legal aunque luego puedan ser receptados por el derecho para la regulación de conductas. Son criterios culturales los que definen al ser o como niño o como adolescente y son sus parámetros valorativos los que debemos tener en cuenta. El vocablo que más se aproxima al derecho positivo vigente e incluso desde un ángulo pragmático: es el de menor (adulto e impúber). Dando cuentas de otra realidad que hace hincapié a la consecuencia jurídica de tener catorce, dieciocho o veintiún años. Es decir, refiere directamente a la capacidad legal, junto con una observación ineludible. Puesto que ni la práctica ni de la lectura de los artículos del Código Civil nos remiten al concepto de capacidad progresiva que la Convención Internacional de los Derechos del Niño/a y Adolescentes aluden. Por lo que es menester una profundización en esta temática.

La biblioteca se encuentra dividida entre quienes propugnan la posibilidad de suspender el régimen de visitas ante el incumplimiento del pago de la cuota de alimentos y la no suspensión de este derecho bajo ningún concepto, habida cuenta de que su contracara no es el pago de alimentos. Es al fin de cuentas, una discusión legítima en la medida que el mismo Código no es claro al respecto. La disposición referente al derecho de visitas consta de un articulado dispuesto bajo el título de los “derechos y deberes de los parientes” donde son más los apartados para definir el tema alimentos y un solo artículo que corresponde a esta cuestión tan espigada en materia jurisprudencial.

Esto habilita a pensar, aunque sea por poco tiempo, que puede parecer legítima la suspensión de derecho de visitas al progenitor que no aportó alimentos a sus hijos. Sin importar cuales sean las causas por las cuales los padres no convivientes no aportarán a la cuota de sus hijos no puede merituar una sanción para el menor que de suspenderse los derechos de aquél será también en detrimento suyo. Dando cuentas de una dificultad de pensar los derechos del menor ante la ruptura familiar que puede redundar en dificultades prácticas y en soluciones poco felices para éste.

La regla ética por excelencia del abogado de familia y la Administración de justicia debiera ser el aunar a las partes en conflicto para que el menor siempre encuentre respiro en la pacificación, ya que después del primer round, ninguno de los progenitores terminará completamente satisfecho. En esto creo se dio un primer paso al introducir la mediación previa obligatoria. Pero por otro lado, existen otras cuestiones que no hacen al derecho de fondo sino de forma, pero al mismo tiempo competen a los menores que debieran ser asistidos independientemente de sus padres ante la justicia. Para que estos defensores del menor breguen por sus propios intereses independientemente de las subjetividades de sus padres, deberíamos repensar no sólo el derecho de fondo sino también el procedimiento en asuntos de

---

<sup>7</sup> Palacios, Jesús - Máchese, Álvaro - Coll, César, *Introducción a la psicología evolutiva. Historia. Conceptos básicos y metodología*, en “Desarrollo psicológico y educación”, Madrid, Alianza, 1998, p. 25.

familia, para incluir al menor en el proceso como principal interesado. Lo cual inquieta pensar en la tan mentada discrecionalidad de éste en intervenir, o no, por cuanto la sola posibilidad de que sus derechos puedan verse afectados da cuentas de la necesidad de su defensa, independientemente de que sea conciente o no, y a efectos de que su voz no sea un criterio valorativo sino obligatorio, donde exista una defensa concreta de sus intereses. Es necesario adecuar nuestra legislación al sentido de capacidad progresiva, y tener en cuenta las connotaciones de la posmodernidad.

Finalmente, los temas a considerar para optimizar los resultados sobre el planteo en cuestión son: convocar una mayor presencia del Estado en la materia; impulsar y estimular la articulación entre los colegios y la labor del juez de familia; hacer investigaciones en derecho comparado en este sentido y revisar la posibilidad de un nuevo sistema, y preconcebir un procedimiento totalmente oral que dé cuentas de la inmediatez que requieren estos temas por ser de suma importancia a los intereses del menor su resolución expedita.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

