

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

AÑO: 2012

EXPOSICION SOBRE EL PROYECTO DE MODIFICACION Y
UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

EXPOSITORES: Sergio Daniel MUÑOZ - Abogado y Malena ROSO –
Abogada

Intervinieron en la elaboración del presente:

- Oficina de Defensa de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes -
USHUAIA y RIO GRANDE.
- Dirección de Asuntos Jurídicos - Ministerio de Desarrollo Social.

OBJETIVO DE LA PRESENTE EXPOSICION:

El presente trabajo tiene por objeto analizar los artículos del proyecto de reforma del Código Civil, que incorpora los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, receptada en nuestra Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22), en la reforma constitucional del año 1994, que a su vez se refleja en la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes y en la Ley Provincial N° 521 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias.

EL ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO

Sin dudas todo niño que se vea afectado en un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza, y en caso de que no lo designe, el Estado le deberá asignar uno de oficio. Dentro de este marco, el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27° de la Ley Nacional 26.061 es una garantía que obliga al Estado a hacerla efectiva. Por lo tanto, se infiere que es un derecho contar con esa asistencia letrada. Esto significa que para el niño es optativa la designación de un abogado de su confianza, pero para el Estado no lo es y, por ende, siempre debe proporcionarle al niño un abogado, pues se encuentran comprometidas otras garantías constitucionales, como el debido proceso.

No obstante, en el supuesto de niños que no puedan expresar su postura individual dada su escasa edad, la función del abogado será hacer prevalecer estos derechos y garantías del niño en el proceso.

Tal vez, es este el punto más conflictivo cuando se define el rol del abogado del niño, dado que en este caso su función se confunde con la resignificación de la misión del asesor de menores a la luz de la Convención y de la Ley 26061, cual es hacer prevalecer los derechos de la persona menor de edad.

Además de garantizar el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, la función del abogado de confianza será aportar pruebas y controlar la prueba de la contraria, ambas facultades comprendidas en el artículo 27° inciso c) de la Ley 26.061 cuando hace mención al derecho del niño a participar activamente en el proceso.

Lo expuesto anteriormente surge en virtud de que la representación de los padres y del Ministerio Público de Menores no es suficiente para garantizar acabadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El protagonismo que la Convención sobre los derechos del Niño y la nueva ley otorgan a los niños en las cuestiones que los afectan implican que gozan del constitucional derecho de ser asistido de un abogado de confianza. Al respecto, a fin de lograr una tutela judicial efectiva, el niño debe participar como “parte” en todo proceso en el cual se decidan cuestiones relativas a su derecho y su futuro, todo ello al margen de la representación legal de los padres y la promiscua del asesor de menores.

Ello es así porque, si bien en principio y de acuerdo con nuestra legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres, y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores, y que para estar en juicio necesitan la autorización expresa de ambos padres, cabe también recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, reconoce en su artículo 5° el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades.

En este sentido, se ha dicho que la actuación del Ministerio de Menores no tendrá que responder a la ideología del Patronato que, basada en la consideración del niño como objeto de protección, parte la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil.

En consecuencia, el asesor de menores deberá velar por el irrestricto cumplimiento del debido proceso legal, debido proceso legal que supone de modo inexorable la actuación del abogado de confianza, en miras al riguroso respeto de la Convención y la Ley 26.061.

Lo expuesto conforme la obra “Infancia y Derechos: Del Patronato al Abogado del Niño”, de la Dra. Laura RODRIGUEZ.

EL PROYECTO DE REFORMA Y LOS DERECHOS DEL NIÑO:

Con relación al objetivo expuesto anteriormente, es que nos proponemos analizar algunos de los artículos del Proyecto de Reforma del Código Civil que creemos influirán de manera positiva en el actuar de las Oficinas de Defensa de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la ciudad de Ushuaia y Río Grande, dependientes de la Subsecretaría de Familia – Ministerio de Desarrollo Social, las que cumplen el rol de abogado de la niñez y adolescencia.

Por lo expuesto es dable recordar que las Oficinas mencionadas cumplen sus funciones en virtud a lo preceptuado en la Ley Provincial N° 521, sancionada el 28 de noviembre del año 2000 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el día 2 de julio de 2001.

En su parte pertinente la normativa provincial referenciada crea y delimita las funciones de las Oficinas de Defensas de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en su arts. 64 al 66.

Específicamente en el art. 66, que al establecer las funciones de las Oficinas prevé en su inc. e, que estas otorgan patrocinio jurídico gratuito a niños, niñas y adolescentes.

Si bien la norma provincial expresamente prevé el patrocinio jurídico a niños y adolescentes esto en la práctica debió compatibilizarse con lo normado en el Código Civil y el Código de Procedimiento provincial, que no daba cuenta de esta posibilidad.

Así las cosas es que en la ciudad de Ushuaia en coordinación con los Juzgados de Familia Distrito Sur se pudo hacer lugar a este derecho de todo Niño Niña y Adolescente a Ser oído y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta, teniendo a adolescentes entre los 14 y 18 años como legitimados activos en acciones de cuota alimentaria y regimenes de visitas.

También debido a la labor coordinada con los Juzgados de Familia se pudo garantizar este derecho conforme a la Ley Nacional 26.657 “Ley Nacional de Salud Mental”, en aquellos casos en que menores de 18 años son internados y que conforme lo prevé dicha norma legal estas asumen el carácter de involuntarias, con la intervención de la Oficina de Defensa de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En congruencia con el paradigma de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes se pronuncia también la Ley Nacional 26061, del año 2005, cuyos artículos pertinentes expresan:

Artículo 24 °: (Ley Nacional 26061): DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y aquellos que tengan interés;
- b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Artículo 27°: GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMEINTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

- b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte;
- c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) a participar activamente en todo procedimiento;
- e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Ahora nos adentramos en el proyecto de reforma del Código Civil y encontramos los siguientes artículos que receptan principios del marco normativo de la Protección Integral y por lo tanto ven al niño, niña y adolescente como un sujeto de derecho:

ARTICULO 26° PROYECTO: EJERCICIO DE LOS DERECHOS POR LA PERSONA MENOR DE EDAD. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DICIESIS (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su

consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médico respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISEIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

TITULO VI – CAPITULO I - ADOPCION

PRINCIPIOS GENERALES:

ARTÍCULO 595:

La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

ARTÍCULO 608: Sujetos del Procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial del estado de adoptabilidad requiere la intervención:

- a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada.

TITULO VII

CAPITULO 1- DE RESPONSABILIDAD PARENTAL:

ARTICULO 639: PRINCIPIOS GENERALES. ENUMERACION.

La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;

- b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psico-física y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

CAPITULO V: DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES.

OBLIGACION DE ALIMENTOS

ARTICULO 661: LEGITIMACION:

El progenitor que falta a la prestación de alimentos puede ser demandado por:

- a) el otro progenitor en representación de hijo;
- b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;
- c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

CONCLUSION:

De la breve incursión por los artículos aludidos se desprende que el proyecto bajo análisis recepta principios de la Convención de los Derechos del Niño, que permiten operativizar el Derecho de Niños y Adolescentes a participar activamente en todo procedimiento, con la asistencia de un letrado que lo patrocine y en caso que el niño o adolescente no lo designe el Estado debe procurárselo y es en este punto dónde entran en juego el rol de las Oficinas de Defensa de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Queda aún pendiente la recepción del concepto de capacidad progresiva, en ámbitos judiciales de la Provincia, para garantizar a todos los menores de 18 años su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, en todo procedimiento administrativo o judicial, ya que en la actualidad solo nos encontramos brindando el derecho a ser asistido por un letrado a adolescentes entre 14 y 18 años quedando desprotegidos los menores de esta edad.

Es opinión de quienes intervenimos en esta exposición que dicha capacidad debe ser analizada en el caso concreto, como lo expresa la Dra. Laura RODRIGUEZ, en su obra “Infancia y Derechos: Del Patronato al Abogado del Niño”:

“La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de este, esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado. Las normas pertinente Código Civil tendrán que ser reinterpretada y ya no podrán aplicarse en s sentido literal tras la sanción de

la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061. De aquí se sigue el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es el de la capacidad progresiva. Con o expuesto, se quiere señalar que los conceptos de capacidad o discernimiento cronológico (de los artículos 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimientos reales. Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa.”

Para finalizar es importante reflexionar sobre el Derecho del Niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta sin dejar de tener presente lo siguiente:

LA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO JUDICIAL

En relación a la participación de los niños y adolescentes, sería importante tener en cuenta, reflexionar, sobre el derecho a ser oído en cuanto a que es una facultad que puede utilizarse o no, tratando de repensar con esto las prácticas procesales en las que se hace partícipe al niño en los procesos judiciales; dado que, en general, la participación se hace mediante citación al niño o adolescente sin explicar que es una facultad de esta persona de expresarse pero que también es facultad suya abstenerse de hacerlo. En el caso de que se abstenga, podemos considerar las causas posibles a esta situación y, analizando esta alternativa cuando de cuestiones de familia se refiere, es probable que el niño no quiera verse en la situación de expresarse en contra de algún miembro de su grupo familiar en virtud de sentirse desleal con éste miembro. Pensemos que este niño va a un juzgado,

se expresa y luego muchas veces vuelve a su hogar a convivir con estas personas de las cuales se refirió de manera negativa.

Es importante entender que existen muchas formas de hacer presente al niño sin someterlo a la presión que implicaría influir sobre cuestiones que generasen consecuencias y que pudiesen traer aparejados riesgos para su grupo familiar (una exclusión del hogar de uno de sus padres que queda en situación de calle). Sería ingenuo pensar que el niño no realizase una relación causal entre lo que él expresó y lo que luego ocurrió en los hechos; con el daño psicológico que esto pudiera ocasionarle por el resto de su vida.

Es necesario reconsiderar que existen situaciones que, por más que exista en el niño o adolescente una capacidad de manifestar lo que piensa, es primordial que sean afrontadas por adultos ya que son ellos quienes deben asumir las consecuencias de estas decisiones. Cuando me refiero a distintas formas de hacerlo presente, hago referencia a informes escolares, testimonios de los adultos que interactúan con el niño y todo recurso adicional que pudiera utilizarse en el caso en concreto que evitara someter al niño a presiones que generen más perjuicios que beneficios en virtud de tal participación.

En lo referido a la participación del niño en los procesos, es importante aclarar que es una materia que se viene trabajando en los métodos alternativos de resolución de conflictos, más específicamente en la mediación. En éste ámbito del derecho, actualmente se debate sobre cuando es importante hacer participar al niño o adolescente, de qué manera se lo hace participar, y para qué hacerlo; a los fines de evitar someter al niño a juegos de lealtades o a asumir responsabilidades que competen a adultos. Entendiendo y trabajando sobre la diversidad en el grado de participación se trabaja sobre las distintas variables que pudieran surgir en una mediación cuando, por ejemplo, en una audiencia que trate cuestiones

de tenencia en la que existan varios hermanos, pudiera pasar que algunos quieran ser oídos y otros no, en estos casos se debate sobre cómo hacer para tener en cuenta la opinión de los niños que no quieren participar de la mediación frente a los que si lo quieren hacer, y es allí donde vemos que los mediadores ejercitan su práctica para hacer presente a estos niños que eligen no participar generando distintas propuestas.

Consideramos acertado e indiscutible el derecho a ser oído de niños y adolescentes, sin embargo, a la hora de hacerlo se ven falencias y dificultades en esta práctica. Es importante repensar y, de ser necesario, establecer un procedimiento específico para la intervención en casos en lo que existan niños y/o adolescentes, para así evitar procesos que pudieran generarle mayores daños que beneficios. A la hora de reconsiderar las prácticas pensamos que es necesario tener en cuenta que la persona que dé participación al niño debe entender las señales que demuestra en su testimonio (lenguaje analógico y digital) a la hora de brindarlo, pudiendo desentrañar si existe una voluntad real de participar o no y de ésta manera garantizar una protección integral de los derechos del niño.

Mucho se ha establecido en relación a el deber de que el niño y el adolescente sean tenidos en cuenta en sus opiniones en los procesos judiciales pero poco se ha desarrollado o establecido en relación a la forma de hacerlos participar. Es necesario hacer visible este punto para ser discutido y determinado metódicamente para así evitar una participación que pudiera llegar a resultar compulsiva y perjudicial en algunos contextos.