

CURSOS DE LA COMISION DE CAPACITACION Y EXTENSION PROFESIONAL

SISTEMA JURÍDICO DE LA MINORIDAD EN LA ARGENTINA Y EL EJERCICIO NOTARIAL Y LA MINORIDAD

POR GRACIELA BORZONE

SR. COORDINADOR - La Comisión de Capacitación y Extensión Profesional tiene el honor de presentar a la doctora Graciela Borzone, quien se referirá a aspectos jurídicos de la minoridad, en relación con la actividad notarial, haciendo especial referencia a la participación profesional en el proceso de adopción.

La doctora Borzone es abogada y doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: se desempeñó durante más de veinte años en el organismo nacional técnico administrativo proteccionista, alcanzando el cargo de directora nacional de los Servicios del Menor y la Familia, y subsecretaría del Menor y la Familia. Fue profesora titular de Asistencia y legislación de Menores, en la carrera de Servicio Social de la Universidad de Buenos Aires. Es profesora visitante de Políticas de Bienestar Social en la licenciatura de Servicio Social de la Universidad del Salvador. Fue directora de la Escuela de Servicio Social de la Universidad de Buenos Aires. Es miembro fundador y vicepresidenta 1era. del Instituto Argentino de Investigaciones de la Problemática del Menor y la Familia y miembro de la sala de la Minoridad de la Universidad Notarial Argentina. Es autora de diversos trabajos en su especialidad.

Sistema jurídico de la minoridad en la Argentina.

DRA BORZONE - Quiero agradecer al Colegio de Escribanos la invitación que me ha formulado para hacer mi modesto aporte en este tema la primera impresión es que la actividad notarial poco o nada tiene que ver con el régimen jurídico de menores. Sin embargo una disposición de la ley 19134, que regula la adopción y establece que el padre o la madre del menor no serán necesariamente citados al juicio y no se admitirá su presencia cuando hubieren manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento público (art. 11), ha despertado una gran polémica, a la que me

referirá más adelante, aunque desde ya manifiesto que en un país tan extenso como el nuevo y con una organización judicial donde en muchas ciudades no hay tribunales pero se cuentan con escribanos, la intervención notarial no debe ser motivo de alarma sino una forma de controlar y asegurar los actos previos al juicio de adopción.

Veamos cuál es el sistema jurídico minoridad en la Argentina.

Siguiendo las palabras del doctor Mendizábal Osés, distinguido especialista en derecho de menores, el menor integra una colectividad, la colectividad de menores de edad, que tiene un derecho totalmente primario -que no puede ser de ninguna manera desconocida a desarrollar su personalidad. El menor de edad es una persona en formación y requiere que las mayores de edad no interfieran en ese proceso a través del cual se van a insertar en la sociedad donde van a actuar y ejercer plenamente sus derechos y obligaciones.

Un grupo de juristas notables -de cuyas ideas participo piensa que existe un verdadero derecho de menores, una normativa con especificidad que estaría dada, en primer lugar, por el sujeto, que es siempre un menor de edad; en segundo término, por el fundamento axiológico: todas las normas de este derecho están impregnadas por un sentimiento de solidaridad y son tuitivas y protectoras; en tercer lugar, por el fundamento metodológico ya que todas sus normas se basaran en la propia realidad social, observando el medio que rodea al menor y su persona.

Esos tres ingredientes han sido considerados fundamento suficiente para sostener que debe existir un derecho de menores. Esta posición no tuvo demasiado arraigo en nuestro país pero ahora está cambiando.

Existen tres formas de concebir el derecho de menores. Una, muy amplia, que comprende a todas los menores cualquiera que sea su situación. Otra más restringida, donde el sujeto de este derecho es el menor infractor, el que delinque, y una tercera, llamada intermedia, en que se han alimentado casi todos los Códigos de Menores que existen en América, que sostiene que comprende a los menores en situación irregular, expresión que abarca a los huérfanos, a los abandonados y a los que se hallan en peligro moral a material.

En esta corriente está enrolada la Argentina y en los últimos anos se llegó a proponer la sanción de un Código de Menores y una ley integral, pero ninguno de los proyectos fue sancionado.

Nuestras leyes específicas son: la imbatible y vetusta 10903 a ley del Patronato, la 19134 de adopción las leyes 22278 y su modificatoria la ley 22803 referida a los menores incurso en hechos que la ley califica como delitos. La Argentina ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, con una reserva y varias declaraciones a través de la ley 23849.

Reserva significa la no aplicación de determinados puntos de una convención internacional mientras que las declaraciones son interpretaciones que realiza el país sobre ciertas cuestiones.

La reserva se vincula con el tema de la adopción, pues la Convención se refiere a la adopción internacional, donde el adoptado pertenece a un país y los adoptantes a otro. En muchos países de Sudamérica la adopción internacional es totalmente aceptada, ya que ante los problemas económicos que existen en ellos, piensan que es mejor que los menores encuentren una solución fuera del país pero la Argentina la rechaza porque entiende que facilita el tráfico de niños. En realidad, la adopción internacional puede ser aprovechada para esos fines y es uno de los argumentos que se esgrimen para evitar la participación de escribanos en las adopciones. No conozco ningún caso de escribanos que hayan sido involucrados en tráfico de niños, pero si he tenido noticias de la participación de otros profesionales.

La ratificación de la convención de los Derechos del niño plantea si es necesario reformar las leyes vigentes en la materia para adaptarlas a ella.

Las convenciones internacionales se hacen buscando acuerdos mínimos entre países que tienen legislaciones culturas, filosofías completamente distintas. Por ello la misma Convención establece que hay que aplicar la ley nacional cuando es más beneficiosa para el niño (art. 41).

Esto es lo que ha hecho nuestro país en el caso de la participación de menores en conflictos bélicos pues la ley local consagra los 18 años, mientras la Convención la determina a partir de los 15, ES decir, cuando aún es niño de acuerdo con la propia Convención.

Esto ha motivado una declaración deplorando que la Convención haya adoptado ese límite etario.

Otra declaración importante interpreta el art. 10 de la Convención extendiendo a la concepción y no al nacimiento el concepto de niño. Esta declaración es coherente con el principio consagrado en el Código Civil y en el Código Penal argentinos.

Finalmente en una última declaración estima que los padres tienen derecho a organizar sus familias, por lo que la planificación familiar no puede serles impuesta, sólo puede asesorárselos sobre ella.

Mientras se debatía si esta Convención obligaba a una actuación legislativa, se produce la reforma de la Constitución Nacional, que dispone que determinados tratados, en general todos los que atañen a los derechos humanos, adquieren jerarquía constitucional.

Se ha producido un amplio debate sobre si éstos forman parte de la Constitución o son normas complementarias de ella. En rigor el texto constitucional hace referencia a la complementariedad de estos tratados en relación con las normas constitucionales. En consecuencia establece -lo voy a leer porque no quiero poner nada de mi cosecha- que: "Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa Sede. Los tratados - concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Es decir, que también hemos cambiado la pirámide jurídica desde la reforma constitucional, colocando los tratados por encima de las leyes nacionales.

Este artículo establece que determinadas declaraciones, pactos internacionales y convenciones, entre las que se encuentra justamente la que versa sobre los Derechos del Niño "en las condiciones de su vigencia (esto significa con las reservas y declaraciones a que hicimos referencia) tienen jerarquía constitucional.

Así se pone término a una discusión, que también se había generado cuando ratificamos la Convención, sobre si las normas de ésta podían aplicarse directamente en un caso concreto o si se necesitaba de una ley que las recogiera. De hecho muchos jueces de familia fallaron diciendo que podían aplicarlas directamente cuando se encontraban ante situaciones no contempladas en la legislación argentina y estaban previstas en la Convención.

La reforma constitucional introduce nuevas metas legislativas en materia de minoridad: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad'. "Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza

elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Tal el contenido del inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional. No sabemos cómo se instrumentará el régimen de seguridad social, pero como se advierte de la lectura del texto constitucional, está limitado a los menores en situación de desamparo, por lo que se deberá comenzar por establecer cuándo se entenderá que se encuentran en ella.

También la expresión seguridad social, por sus connotaciones con el régimen laboral, plantea interrogantes sobre la forma en que se encanará la ley que debe estructurar la meta constitucional.

Analicemos otras leyes atinentes a los menores.

La ley 23264 que modificó las normas del Código Civil sobre patria potestad y filiación, consagró un objetivo para la primera que se ajusta al espíritu de la Convención de los Derechos del Niño, ya que debe ser ejercida para la protección y formación integral de los niños. Es decir, para el interés superior de los menores por encima de los adultos.

Recordemos, sin embargo, que las leyes son interpretadas y aplicadas por los jueces. Cabrá entonces a ellos decidir, en caso de controversia cuál es la solución que mejor se ajusta al interés superior del niño, más allá de lo que los involucrados piensen.

También la ley 19134 establece que la conveniencia del menor debe ser la que determine la necesidad de la adopción.

Podemos concluir que ambas leyes, cronológicamente anteriores a la ratificación de la Convención, se adecuan a ésta.

Por último, los derechos y garantías personales que la Convención les asegura están ya consagrados en la primera parte de nuestra Constitución, ya que ésta no discrimina entre mayores y menores de edad, y aun los extiende a todos los habitantes, o sea naturales o extranjeros que vivan en el territorio argentino.

El ejercicio notarial y la minoridad

DRA BORZONE - En el caso de los menores que viven con su familia, la función del notario se da en casos puntuales, como la autorización para salir del país. Desde la sanción de la ley 23264 se requiere autorización de ambos padres. Las formas de otorgar esa autorización son variadas, desde las completamente amplias –“hasta que sea mayor de edad y cualquiera sea el lugar donde vaya”- hasta las más restringidas: sólo para ir a determinado lugar, en

determinadas épocas, o por un tiempo limitado, por ejemplo durante los próximos dos años.

Cuando no hay acuerdo entre los padres, tienen que acudir al juez. Un caso en que me ha tocado intervenir fue el de una mujer cuyo segundo marido es destinado fuera de la República Argentina y el primer marido -padre biológico del niño- luego de establecer una serie de condiciones para firmar el acuerdo para que el niño viaje al exterior, se niega a dar su consentimiento. Ambos padres invocan los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En este caso, será el juez quien autorice o no la salida del niño del país sobre la base del interés superior del mismo.

Otro instituto referido a menores bajo patria potestad es la habilitación, que se hace a través de escritura pública. Con la sanción de la ley 23264 se requiere que el menor que será habilitado manifieste su consentimiento. Es una de las pocas veces que un menor firma una escritura.

La polémica se despierta en el tema de la adopción. Cuando era funcionaria del Estado, la posición dominante -que yo no compartía era que los padres adoptivos eran ángeles, mientras que los biológicos eran casi execrables y que no le daban seguridad al menor. La adopción en sí es un juicio, donde habrá una sentencia constitutiva de un nuevo estado -el de adoptado: pero antes de ese juicio hay una situación fáctica que es el origen del problema de la adopción. Tal como me enseñaron quienes sabían del tema cuando comencé a aventurarme en él, cada caso tiene que ser contemplado en su realidad y resuelto de acuerdo con sus características; no se pueden establecer normas generalizadas. Sí se pueden fijar normas generales de procedimiento, sobre condiciones de adoptante y adoptado, pero cada caso particular tiene que ser estudiado y resuelto en su individualidad. Porque igualmente se puede llegar al otro extremo -deplorable como el anterior- donde se dice que el niño nunca va a estar mejor que con su propia familia aunque lo maltrate.

La adopción en nuestro país es una institución tardía. Por años vivimos sin que el Código la contemplara. La primera ley sobre adopción, a fines de la década del '40, dice expresamente que la trae como solución para aquellos que no tienen hijos; y así surgía del debate parlamentario.

El transcurso del tiempo va modificando estas cosas y se entendió que el problema no era dar un hijo a una familia, sino dar una familia a un niño. Esto se concilia con la idea del interés superior del menor.

A principios de la década del '70 se dicta la ley vigente 19134 donde se consagra la adopción plena, que va más allá de la adopción simple porque tiene dos características fundamentales: rompe el vínculo de sangre e incorpora al menor a la familia del adoptante en todo sentido. Antes el vínculo era entre el menor y los padres adoptivos; ahora lo coloca en el centro de la familia; y además le da el carácter de irrevocable. El padre adoptivo tiene los mismos derechos y obligaciones que el padre biológico y por consiguiente no puede deshacer la relación. Incluso puede llegar a perder la patria potestad por las mismas causales que el padre biológico.

Esta no es una ley tan mala como se dice; la prueba está en que todavía no la han reemplazado, pero tampoco es tan buena y su principal defecto es que no se ajusta a una técnica legislativa. Comencemos por el tema de la intervención de los padres biológicos.

La ley tiene una parte referida a disposiciones generales, otra a adopción plena y otra a adopción simple. En las disposiciones generales aparece el famoso art. 11 donde dice que no deberán ser necesariamente citados a juicio los padres que se encontraran en distintas situaciones: en todas ellas, el denominador común es el abandono. Los padres pueden manifestar que desean entregar a su hijo y esto debe ser hecho ante autoridad administrativa judicial o por instrumento público.

Después, en la adopción plena la ley dice que podrán ser adoptados, bajo esta forma, los huérfanos de padre y madre, los que no tengan filiación conocida y los casos del art. 1, el cual es coherente con toda la doctrina sobre la adopción plena porque los huérfanos y los abandonados son los que están destinados a ser adoptados bajo esa forma.

La norma del inciso que se refiere a la intervención notarial marca quizás el caso más claro de abandono.

Ustedes saben que la patria potestad es intransferible, es indelegable. Si yo digo que quiero que mi hijo lo tenga otra persona para siempre lo estoy abandonando.

Lo que digo, aunque duro, es así y constituye una causal de adopción.

¿Cuál es la intervención notarial en este tema? Dar fe, lo que registra en un acta acerca de lo que le está diciendo la persona que está entregando al menor. Por eso, a mi juicio, su intervención hace más puro, más prístino el carácter voluntario de esa entrega.

En cuanto al adoptante, no considero que sea obligatoria su comparecencia.

Enfatizo: de la norma surge que el escribano público da fe de la entrega, nada más.

Por largo tiempo, esta norma de la ley 19134 no despertó mayores controversias. En un principio, recibí muchas consultas de los escribanos respecto a lo que tenían que poner en el instrumento notarial para que se ajustara al requerimiento legal.

Lo que elementalmente tiene que hacer el escribano es acreditar debidamente la identidad de la persona que entrega el niño, requerir la partida de nacimiento para saber realmente quién es el padre o la madre o los padres de la criatura y hacer constar su domicilio. Habitualmente, en la entrega, el padre es desconocido: sin embargo, yo conozco casos inversos: el padre es el que comparece y dice que la madre desapareció de la casa y no sabe dónde está y que no puede criar a su hijo.

Por razones de buena técnica notarial entiendo que conviene que esté presente el adoptante, pero que no participe ni intervenga en lo que dice la persona que hace la entrega del niño, de hacerlo, podría interpretarse que está viciando la voluntad del declarante.

La persona recibe al menor, pero su guarda le será otorgada después. Este es el sentido que yo siempre le he dado a la disposición legal. Me han traído muchos casos de adopción donde el consentimiento de la madre para que el niño sea entregado a determinadas personas fue dado ante escribano público. Se puede iniciar con el acta notarial el juicio de adopción, máxime con una ley como la nuestra en que la iniciación del juicio puede ser anterior a que se cumpla el tiempo de la guarda, aunque los efectos de la sentencia siempre comenzarán a producirse una vez cumplido el año de guarda.

Así concebida, la intervención notarial no es dañosa y, por el contrario, deseable en un país como el nuestro tan extenso, donde hay que asegurar a sus habitantes cómo poder acreditar la existencia de las manifestaciones de voluntad.

La experiencia también demuestra que, para quien decidió entregar a su hijo es menos traumático comparecer ante un escribano, que ante el juez.

El abandono de un niño es un hecho pernicioso, tanto más cuando lo efectúan quienes le dieron la vida y están obligados a velar por él, pero existen circunstancias que algunos no pueden superar: si estos

padres se preocupan por que otros le brinden la seguridad que ellos no pueden darle, no pueden ser condenados por ello.

El escribano no otorga la guarda sólo da fe de la entrega que ha decidido la madre.

Yo no veo en todo esto motivo de alarma institucional. Me preocupa que se diga que debe suprimirse la intervención notarial para evitar el trafico de niños.

Este, lamentablemente, subsistirá aunque se tipifique el delito y se establezcan graves condenas.

La ley 24410 modificando disposiciones del Código Penal, sancionada el 30 de noviembre de 1994, es resultado de la conmoción sufrida por la opinión pública ante casos reveladores de la existencia de ese tráfico ilegal.

Así, agrava las penas en el delito de abandono de persona y supresión y suposición del estado civil y de la identidad, y reprime con reclusión a prisión de 3 a 10 años al que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de esos delitos, añadiéndose una inhabilitación especial para funcionarios y profesionales de la salud en el caso de que fueran los intermediarios.

Si recordamos cuál fue el criterio de nuestros jueces penales en las causas por suposición del estado civil en las que valoraban la protección y trato dado al menor víctima para minimizar la condena a declararla en suspenso, podemos decir que se ha producido un gran cambio.

Pero, como he dicho, esto no basta.

El tráfico de niños se ha convertido para algunos en una industria de servicio que satisface las ansiedades de padres frustrados. Frustrados por su esterilidad, pero también por el sistema, y aquí debemos abordar la realidad fáctica de la adopción pero antes de hacerlo, debo referirme a la forma en que se desarrolla hoy la intervención notarial.

En jurisdicción de esta Capital y de acuerdo con la establecido por una acordada judicial, requerido el escribano para labrar el instrumento público que acredita la entrega del hijo por sus progenitores, debe comunicar el acto al Asesor de Menores de turno y éste tomará las medidas que correspondan. Con la comunicación cesa la responsabilidad notarial.

En los proyectos de reforma a la ley de adopción los legisladores proponen para evitar el tráfico de niños, particularmente el internacional, exigir a los extranjeros que soliciten adoptar un tiempo

mínimo de residencia en el país. La otra innovación con el mismo fin es el cese de la intervención de los escribanos sobre lo que creo me he referido extensamente, reivindicando su necesidad.

Vayamos entonces a la realidad fáctica de la adopción. Existe una situación de hecho anterior e indispensable que los adoptantes tengan al niño.

Las dificultades aparecen cuando se busca a ese niño. Para el aspirante a adoptar, el gran problema es cómo se llega a aquél en condiciones de ser adoptado.

Por otra parte, los índices de abandono no son los mismos en toda la República, lo que trae como consecuencia que haya lugares donde resulta más sencillo encontrarlos.

La Argentina es un Estado Federal; por tanto, las provincias conservan las facultades no delegadas en la Nación.

La adopción es un instituto del derecho sustantivo y como tal tiene una regulación única en todo el territorio.

Pero las políticas y procedimientos proteccionales son propios de las autonomías provinciales.

Ante la situación expuesta es aconsejable que Nación y Provincias acuerden a través de las llamadas leyes-convenios pautas comunes de organización y procedimientos que aseguren la transparencia de un sistema de acceso a la adopción.

Para ello deben establecerse controles para que los niños no sean separados de su familia, salvo que sea necesario para satisfacer su interés superior.

El sistema también debe garantizar para los aspirantes a la adopción adecuadas información, orientación y asesoramiento y debe divulgarse para que, conociéndose como se accede a él, se torne innecesario recurrir a intermediarios oficiosos e interesados.

Es mi convicción de que si Nación y Provincias aúnan sus esfuerzos la labor de estos profesionales del delito se verá seriamente dificultada y se dará un importante paso contra ese tráfico aberrante.

La solución propuesta no sería costosa como se ha dicho, ni un supersistema; sólo deben habilitarse los canales de comunicación, cerciorándose los organismos locales con el nacional.

Otra medida a adoptar en todas las jurisdicciones es un adecuado control sobre hospitales y clínicas.

Considero que la solución, para poner fin al tráfico y venta de niños, no pasa por quitarle a los escribanos la función que hoy cumplen sino en enfrentar las dificultades reales resolviéndolas.

