

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado (Dra. Flah).- Damos comienzo a esta sexta mesa redonda que estará dedicada, en su primera parte, a un tema interdisciplinario, como es el de la minoridad en el derecho interno y los tratados con jerarquía internacional. La encargada de abordarlo será la doctora Minyersky, quien se referirá, específicamente, a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el derecho interno. Tiene la palabra.

INTERDISCIPLINARIO: LA MINORIDAD EN EL DERECHO INTERNO Y LOS TRATADOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Dra. Minyersky.-

Dado el tiempo de que disponemos, abordaremos brevemente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, denominada también Convención de Nueva York, y su incorporación a la legislación interna. Asimismo, analizaremos otras convenciones que tratan sobre los derechos de los niños, estudiando si la legislación interna se adecua a la convención madre –aludimos así a la Convención de Nueva York– así como también si las otras convenciones, a las que vamos a referirnos, siguen los mismos lineamientos.

I. Introducción. Convención de Nueva York

Durante el siglo XX, en especial en los años que siguieron a la segunda guerra, se produjo lo que podríamos denominar la refundación del pacto social de la modernidad que inscribe como ciudadanos, sujetos de derecho, sólo a una parte del total de la población. Los sectores excluidos se han ido incorpo-

rando en las sucesivas crisis que el bregar por sus derechos ocasionaba en la estructura del poder vigente. De este modo, la idea y práctica de los derechos humanos, que proponen la igualdad de los seres humanos en su diversidad, ha ido cobrando dimensión mundial. En lo referente a los niños, estas ideas y prácticas hallan su culminación, luego de la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

Esta Convención, aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y que quedara abierta para la firma y ratificación en Nueva York el 26 de enero de 1990, constituye un plexo que nos remite, como bien ha dicho Baratta, al concepto de ciudadanía. Es el primer instrumento acabadamente específico referido a los niños, a los infantes, como poseedores de derechos propios y amplía, en consecuencia, el espectro del ejercicio de esos derechos. Da cuenta de los derechos humanos fundamentales, señalando los derechos civiles y políticos, así como los sociales, económicos y culturales que tiene el niño al ser reconocido como ciudadano.

Digamos que la principal virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño reside en que sigue los principios de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Recordemos que hasta no hace mucho tiempo la concepción que predominaba, en relación con el tratamiento de la problemática de los niños y los adolescentes, era la llamada doctrina de la situación irregular, una de cuyas principales características era considerar a aquéllos como objetos y no como sujetos de derechos. Esta mirada tenía implicancias tanto en el ámbito familiar como en el judicial, donde se encontraban desprotegidos ante una eventual victimización. A partir de la Convención esta situación tiende a revertirse, ya que van definiéndose sus derechos en el articulado de ésta, al tiempo que se establece que en el caso de que algunos de esos derechos se encuentren amenazados o violados es deber de la familia, de la comunidad o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos.

No obstante, como ya lo expresara la Dra. Grosman, la formal afirmación de los derechos del niño no significa su concreción efectiva. Recordemos que, a la fecha, prácticamente la totalidad de los Estados han suscripto esta Convención, destinada a deslegitimar conductas abusivas y, a la vez, constituir una fuente jurídica primordial dirigida a promover las normas y mecanismos indispensables para asegurar y defender los derechos de la infancia.

La Convención marca un hito en la historia del derecho y de la humanidad, especialmente en la historia de la niñez. Pero sólo tendrá valor si su aceptación, casi universal, se traduce en modificaciones de envergadura en la legislación interna de cada país signatario y, fundamentalmente, en la adopción por éstos de políticas públicas, a todo nivel jurisdiccional y administrativo, que hagan de la norma una realidad concreta, de manera que se provoque un profundo cambio en el imaginario social y se asuma plenamente la idea de niño sujeto de derecho, titular de derechos humanos y, del mismo modo, se lo considere ciudadano frente al poder público y titular de derechos personales que le son

debidos en el ámbito privado.

Pocos años después de haberse aprobado la Convención en la Asamblea General de las Naciones Unidas, los delegados de 20 países aprobaron un plan de acción en el que se afirmaba que las aspiraciones de la comunidad internacional, respecto al bienestar de los niños, estaban reflejadas de manera acabada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Se dijo en esa ocasión que la Convención resulta el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños, en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados parte deberán tener en cuenta aspectos culturales propios.

Entre los artículos que hacen a los principios estructurantes de la Convención, se destaca el art. 3° que se refiere al interés superior del niño. Pero, ¿qué es el interés superior del niño? Muchos años antes de que existiera la Convención, un jurista francés, Charbonnier, expresó que el interés superior del niño era algo muy etéreo que podría ser lo mejor y también lo peor para el niño, y que tal vez no existía concepto más peligroso, ya que su contenido dependería de quien lo proveyera. Lógicamente, éste fue uno de los temas más conflictivos al momento de dictar la Convención. ¿Cómo definir el interés superior del niño? Una doctrina ataca este principio por indeterminado; sería una especie de caballo de Troya pasible, a través de los adultos, de contenidos nefastos. Otros, como Auster, consideran, basándose en teorías denominadas dinámicas, que se debe partir de determinados valores comunes a toda la sociedad. Pero estos valores no son siempre comunes, ya que existen distintas concepciones culturales. Tomemos como ejemplo a los niños japoneses que, en determinados sectores sociales, son obligados a ingentes estudios que los privan de parte de su infancia, pero si no los realizan quedan desocializados.

El interés superior del niño está delimitado por los derechos que surgen de la Convención. Si en una decisión o una asunción política se cumplen y no se violan estos derechos, estoy cumpliendo con el interés superior del niño, o sea, su protección integral.

En el artículo 3° de la Convención se dice: “en todas las medidas concernientes a los niños”. Esto que parece una perogrullada fue objeto de infinidad de discusiones acerca de si se refería al ámbito privado o abarcaba también las políticas públicas. No obstante, el art. 3° tiene una mayor amplitud que el ámbito de lo privado. Se refiere claramente a todos los ámbitos y decisiones públicos o privados de bienestar social, y expresa: “[en] los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativas una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, e incluso deberá ser considerado al momento de aprobarse los presupuestos nacionales y/o locales.

También podemos citar, sucintamente, al art. 6, que se refiere al derecho a la vida; el art. 7, referido al derecho al nombre y a la nacionalidad; el art. 8, sobre el derecho al nombre y al domicilio; el art. 12, relativo al derecho de expresar sus opiniones, a ser oído, así como al derecho a la libertad religiosa y el

derecho a la intimidad. Por otro lado, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, se establece el derecho a la salud, a la educación, al nivel de vida adecuado, el derecho a la seguridad social y a la información.

La Convención de New York nos remite, como bien ha dicho Baratta, a un concepto de ciudadanía. Es el primer instrumento acabadamente específico referido a los niños, a los infantes, como poseedores de derechos propios y amplia, en consecuencia, el espectro del ejercicio de esos derechos. Habla de los derechos humanos fundamentales y señala los derechos civiles y políticos que tiene este niño al ser reconocido como ciudadano, así como sus derechos sociales, económicos y culturales.

Algunos de estos derechos serán analizados nuevamente cuando nos refiramos a la ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires.

Se ha criticado a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por no poseer un órgano supranacional de carácter jurisdiccional que controle el efectivo cumplimiento de su instrumento. Dentro de su articulado se crea un Comité de los Derechos del Niño que tiene como función examinar los procesos realizados por los Estados parte a fin de supervisar si éstos cumplen con lo preceptuado por la Convención. Cada Estado debe presentar, cada 5 años, un informe sobre las medidas que se hayan adoptado a fin de efectivizar los derechos reconocidos por la Convención y los progresos que se hubieran realizado respecto de la realidad del goce de estos derechos por parte de los sujetos involucrados.

Recordemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos organiza un sistema de protección reconociendo institutos supranacionales: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Podemos colegir entonces que, de tratarse de la violación de un derecho, podría reclamarse la satisfacción de éste, si la víctima fuera un niño, armonizando y articulando estos dos instrumentos.

Haremos ahora un breve paneo sobre la legislación nacional y provincial a la luz de la Convención.

II. Derecho interno. Adecuación del Código Civil

En nuestro país la Convención es operativa y, recordando a Bidart Campos, decimos que, cuando los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, hay que adjudicarles y reconocerles fuerza normativa. Recordemos que, conforme el art. 27 de la Convención de Viena, madre de todos los tratados, no es posible alegar el derecho interno como causa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales. Reiterados fallos avalan lo expuesto. A título meramente ejemplificativo podemos citar el famoso caso "Osswald" (46.468 - CNCiv., Sala G, marzo 1-1995. "Wilner, Eduardo Mario c. Osswald de Wilner, María Gabriela s/ exhorto", *ED*, tº. 162-557/576) y el caso "Lía" (46.779 - CNCiv., Sala H, marzo 2-1995. "A., L. A. s/ exhorto", *ED*, tº. 165-163), en los cuales se atendió específicamente la sustracción de menores y su restitución.

La Constitución vigente hasta 1994 también consideraba a los tratados internacionales dándoles categoría de obligatoriedad de cumplimiento respecto

a la legislación interna. Con la reforma de 1994, queda definitivamente incorporado a la Carta Magna como uno de los 11 tratados mencionados en el art. 75, cuyo inciso 22 les da categoría constitucional, y crea obligaciones al Estado en tres fases y en tres aspectos. O sea, los jueces tienen que aplicar estas normas que son plenamente operativas; los legisladores deben adecuar la legislación interna en cuanto se oponga a esta norma de jerarquía superior; y, en especial, los poderes públicos deben adoptar todas las políticas necesarias para que los derechos económicos y sociales enunciados precedentemente sean una realidad. Esta amplia esfera de aplicación hace de la dimensión de los derechos del niño un instrumento nuevo, que realmente nos da armas, en el mejor sentido de la palabra, para hacer realidad una vida digna para todos los niños. Esta obligatoriedad para el Estado argentino, en sus tres poderes, surge claramente desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido que los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no con relación a otros Estados, sino a los individuos bajo su jurisdicción.

Sin embargo, debemos lamentar que, a tantos años de la ratificación, e incluso después de 1994, de la incorporación a nivel constitucional de la Convención en cuestión, estamos muy atrasados en cuanto a la modificación de la legislación interna. Uno de los casos más patéticos es la subsistencia y no derogación, si bien algunos consideramos que está derogada por la inconstitucionalidad de sus normas, de la ley 10903 de Patronato, que por cierto sigue siendo aplicada.

En todas las reformas legislativas se sigue hablando de “menores”, y aunque no consideramos que por el mero cambio de la palabra “menor” por “niño” o por “infante” se obtengan cambios sustanciales, creemos que el tema del lenguaje es un primer paso ineludible.

Lamentablemente nuestros juristas, y nuestros legisladores, muchas veces no tienen en cuenta el cambio sustancial que supone la Convención y cómo ésta debe impregnar las reformas legislativas. Prueba de ello es la Ley de Adopción, sancionada hace aproximadamente 3 años, en la que se desconocen los dictados de la Convención, por lo cual, en consecuencia, contiene numerosas normas que no se ajustan a la Constitución. No se respeta el derecho del niño a ser oído, ni se exige su consentimiento. No se respeta el derecho del niño a permanecer con su familia de origen, ni se respeta su derecho a la identidad.

Es imprescindible reestructurar el concepto de capacidad, en especial en lo que hace a los derechos personalísimos. La capacidad y su dimensión debida hacen a la esencia de considerar al niño sujeto de derecho. La modificación de la legislación de fondo todavía no se ha efectuado y el Proyecto de reforma del Código Civil desconoce la Convención. Así, como veremos más adelante, derechos otorgados por la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tendrán correlato en una ley nacional de carácter superior a ella, cuando se legisle sobre capacidad, derechos del niño en la familia, etcétera.

Desde la sanción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se han planteado numerosos proyectos de leyes, tanto en relación con el

régimen penal como en proyectos integrales, pero hasta hoy, a nivel nacional, no hemos logrado la sanción de una ley acorde con sus lineamientos. En cambio, la mencionada ley 114 de protección a la infancia sigue fielmente los postulados de la Convención, aunque desgraciadamente encuentra graves obstáculos para ser aplicada. Esta ley, que sí se adecua a la Constitución, no es aplicada cuando sí lo es permanentemente la ley inconstitucional de Patronato.

III. Legislaciones provinciales

A nivel provincial, podemos señalar como grandes avances la ley de Mendoza y la ley de Chubut, que han introducido reformas en la normativa de protección de la infancia con mayor o menor acercamiento a las indicaciones de la Convención Internacional. También debemos saludar la sanción de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estas leyes tienen estructuras similares y, en sus distintos capítulos, tratan de reafirmar los derechos y garantías señalados en la Constitución, reforzando la responsabilidad en cuanto a políticas públicas mediante la creación de organismos aptos para llevar a cabo y controlar los programas relativos a la niñez.

El problema de las nuevas leyes de las provincias –si bien las considero un paso importante en la conceptualización del niño como sujeto de derecho y en cuanto a la desjudicialización de algunos temas– es que las reformas no han sido expresadas en un consecuente y necesario cambio de los servicios, ya que estas normas todavía tienen elementos propositivos, sobre todo en aquello que hace a los derechos económicos y sociales, a partir de los cuales resulta dificultoso lograr una aplicación de políticas que nos señalen una consecución directa de los beneficios.

La ley de Mendoza, que fue la primera ley provincial después de que se ratificara la Convención, tiene algunos inconvenientes técnicos, al navegar a veces a dos aguas entre la doctrina de la situación irregular y el modelo de protección integral de derechos, además de que la necesidad de ser reglamentada se ha utilizado para la dilación en su aplicación. De todas maneras, creo que posee un impulso loable de modificación de normas y de trabajo en un acercamiento a las medidas que fija la Constitución. Yo soy muy respetuosa del derecho y prefiero tener una norma, aunque no sea perfecta, a no contar con ninguna. Asimismo, cabe destacar que, con UNICEF, se han hecho algunos trabajos de campo importantes en Guaymallén y otras localidades.

La ley de Chubut mejoró en algunos mecanismos. Chubut abandona la doctrina irregular y va logrando cambios en el lenguaje y la conciencia social.

La Ciudad de Buenos Aires dicta, el 3 de diciembre de 1998, la ley 114, dando cumplimiento a la Constitución ciudadana, que en su artículo 39 señala: “La ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos y les garantiza su protección integral”. Dicha ley tiene cuatro títulos, el primero contiene disposiciones generales, objeto y fines, y es interesante destacar que, si bien podría parecer reiterativo en cuanto al señalamiento de algunos principios programáticos que están en la Convención, creemos

que de todos modos es importante como ejemplo de ley que también puede devenir un instrumento para prevenir y educar.

El art. 1 señala que la ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los derechos y garantías enumerados en la ley deben entenderse como complementarios de otros reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad.

El art. 2 entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que se les reconozcan en el futuro. Esto está de acuerdo con el art. 3 de la Convención, que dice que en todas las medidas concernientes a los niños que sean tomadas por instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los organismos judiciales, la consideración primordial será el interés superior del niño. Pero también podríamos pensar que, en cierto modo, realiza un avance respecto de la Convención, en cuanto define y le da una caracterización más clara al principio del interés superior, ya que expresa que por interés superior de niños, niñas y adolescentes se entiende el sistema integral que conforman. O sea que el interés superior, considerado una norma de interpretación y que a veces ha suscitado dudas y temores en cuanto a cuál es su contenido, está precisado aquí como el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocerse. Éste es el interés que debe prevalecer en la aplicación e interpretación de la ley en aquellas medidas que se tomen a todo nivel, ya sea en instituciones públicas o privadas, es decir, que estaría comprendida la familia, así como también los órganos legislativos, administrativos y judiciales.

Se señala que los niños gozan de los derechos fundamentales inherentes a todas las personas y, en el art. 6, se determina la necesidad de efectivizar, tanto sea desde la familia, la sociedad o el Gobierno de la Ciudad, los derechos a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud y a la alimentación. El Gobierno de la Ciudad debe asegurar las medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en todos los niveles legislativos. Asimismo, se obliga a la Ciudad a acudir, a través de sus servicios públicos y la asignación de recursos, a la formulación de políticas públicas para paliar aquellas situaciones en las cuales se detecten violaciones a estos derechos.

Otro punto interesante a destacar es que el art. 17 establece el derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses, o al encontrarse personalmente involucrados en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos. Podríamos pensar que aquí también se avanza respecto de la Convención, que en su art. 12 señala que los Estados parte garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar libremente sus opiniones. “En condiciones de formarse un juicio propio” puede ser un condicionamiento. Creo que estas limitaciones que trae el art. 12 son

fruto de la nueva relación con el poder. Abandonar el poder es muy complicado, por ello no se comprende cómo un niño, cualquiera sea su edad, vaya a ser admitido para que se lo escuche, se lo tenga presente tan fácilmente. Esto limita o ve debilitado el interés superior del niño.

Por todo ello, el derecho del niño a ser oído es uno de los derechos que encuentra mayores obstáculos y reviste mayor complejidad en su abordaje. En este caso debemos analizar distintos artículos conjuntamente. El artículo en cuestión nos dice que: “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez. Con tal fin se dará oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Como ya dijéramos, frente a este artículo aparece, en la ley 114, el artículo 17 que establece que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos”. Baratta sostiene que el art. 12 no crea derechos definitivos al considerar que el derecho otorgado es débil, ya que posee una serie de condicionamientos. De los artículos que acabamos de mencionar, es claro que el artículo 17 no se encuentra en esa situación, mas el artículo 12 ya en su comienzo expresa: “en condiciones de formarse un juicio propio”. ¿De qué modo un funcionario judicial o administrativo va a darse cuenta de si el niño que se le acerca en un proceso se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio?

Ante esto, Baratta dice que se le garantiza que haga un juicio propio, por lo que ello sería un derecho de prestación, porque cómo alguien va a formarse un juicio propio si no ha sido previamente dotado de una serie de elementos tales como la educación. Se refiere entonces a la prestación que se tiene en aquellos casos en los cuales debe hacerse una actividad para que pueda ejercerse el derecho, frente a los derechos de protección, tales como el derecho a la libertad. Por ejemplo, si camino por la calle y me lo prohíben, el Estado me protege en ese momento. Pero lo hace cuando se viola mi derecho. No tiene que prestar y realizar una actividad para que mi derecho sea efectivo desde su nacimiento.

Si continuamos con el artículo, veremos que se refiere a la opinión del niño nada más que en aquello que lo afecta, “teniéndose en cuenta las opiniones del niño”, pero con una limitación ya que expresa: “debidamente en función de la edad y madurez”. Se vuelve a subjetivar la cuestión. Va de suyo que dichos determinantes serán tomados en cuenta. Lo son en toda relación humana, por lo que su inclusión resulta superflua.

Podemos observar aquí que, en Francia, la Corte de Casación consideró que las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,

aun ratificada, no creaba derechos subjetivos. Ello derivó en la sanción de una ley especial acerca del derecho del niño a ser oído.

El art. 11 de la ley 114 tiene para destacar un tema que no hemos tocado en esta charla, que es el de las garantías procesales. Tanto en el art. 12 como en el art. 11 se elevan las garantías que otorgan a niños y adolescentes las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como reglas de Beijing, las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Se les otorgan garantías procesales y se perfecciona, podríamos decir, el art. 12 de la Convención, en tanto y en cuanto se dice, en el inc. e): “a ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial”. Es interesante destacar que el art. 12 nos habla de la posibilidad de que el niño sea escuchado, pero no en forma directa, sino a través de sus representantes con lo que se violaría el principio de la inmediatez.

Los arts. 13 y 14 se refieren al derecho a la identidad, a cómo hacerlo efectivo y a la protección de este derecho. Se plantea que el Gobierno de la Ciudad debe identificar al recién nacido mediante el procedimiento que establezca la normativa vigente y garantizar la inscripción gratuita de los niños y niñas. Sabemos el problema terrible que supone los miles y miles de niños y niñas sin inscripción debida. Se dice, asimismo, que la indocumentación de los padres no debe ser obstáculo para la inscripción del niño. Se obliga al Estado a facilitar y colaborar para obtener información en la búsqueda de los progenitores. También se habla del derecho a la integridad.

El derecho a la igualdad aparece en el art. 20 y no se admite fundamento alguno para la discriminación. El art. 21 se refiere a las necesidades especiales, mientras que el art. 23 aborda la protección a la salud. Recordemos también el art. 9 de la Convención, acerca del derecho del niño de permanecer con su familia de origen o con su familia ampliada, y observemos que en el art. 25 se expresa que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser criados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen.

El art. 26 es una incorporación realmente necesaria, relativa a la no judicialización de la pobreza, que establece que la carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable no constituye causa para la separación de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar.

En los sucesivos artículos se tratan los derechos a la educación, a la recreación, a la participación e integración y a la libre expresión.

El art. 34 nos interesa fundamentalmente pues expresa (recordemos los concordantes de la Convención, arts. 5 y 18) que incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo de sus hijos para su protección y formación integral. La Ciudad de Buenos Aires respeta los derechos y deberes de los padres y les presta la ayuda necesaria para su ejercicio con plenitud y responsabilidad.

En el título segundo, “Principios de derechos y garantías”, se habla de las políticas públicas de protección integral para que estos derechos y garantías

puedan ser cumplidos. Se dan pautas básicas que tratan de brindar un lineamiento a ese fin. Por ejemplo, implementar servicios de identificación y localización de padres, madres o responsables; propender a la formación de redes sociales; descentralizar organismos de aplicación; elaborar programas específicos en áreas de salud, educación, vivienda, recreación y evaluarlos; constituir y propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa de los derechos de los niños.

Las medidas de protección especial tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de las consecuencias de esa vulneración. Comprenden los recaudos necesarios para que no se viole el derecho a la identidad así como la obligación de comunicar y denunciar los casos que se conozcan de abuso físico, psíquico, sexual y tratos negligentes. En cuanto a la intervención judicial, se establece que puede ser requerida por quien tenga interés legítimo –como representante legal, como miembro de la familia de parentesco o de la comunidad local–, por los integrantes de los equipos técnicos o por el mismo niño o adolescente en su propio resguardo.

Es interesante el art. 43, que determina que, cuando la amenaza o violación de los derechos sea consecuencia de las necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas. Estas políticas deben brindar orientación, ayuda y apoyo, incluso económico. O sea, se busca que el gasto público se focalice en sostener al niño en su familia de origen fortaleciendo estos vínculos y, en todo caso, dando la apoyatura necesaria, en consecuencia, también la internación, que aparece como una medida de último recurso.

El título 4° se refiere a las autoridades de aplicación y crea, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, como organismo especializado que tiene a su cargo las funciones de protección integral y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. La creación de este Consejo es muy interesante por las atribuciones concretas que se le otorgan para definir políticas en cuanto a niñez y aprobar los programas necesarios para que se pueda cumplir con los principios elaborados en los primeros títulos. Entre ellas, por ejemplo, articular políticas públicas de todas las áreas de gobierno en lo que se refiere a niñez y adolescencia.

Uno de los aportes interesantes, en este título, es el de las defensorías zonales de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que ya han estado funcionando en el ámbito de la Ciudad Autónoma y que tienen como objeto diseñar y desarrollar un sistema interdisciplinario para controlar la efectivización, defensa y resguardo de los derechos de su incumbencia, ejecutando políticas públicas específicas.

Por su parte, el art. 39 dice que toda persona que tomara conocimiento de abuso físico, psíquico, sexual, trato negligente o explotación de niños, niñas y adolescentes deberá comunicarlo inmediatamente a los organismos compe-

tentes y a las defensorías zonales creadas por la ley. Si la defensoría no puede resolver la situación, recién entonces se da lugar a la intervención judicial.

Las defensorías tienen un consejo consultivo con participación de la comunidad y equipos técnicos interdisciplinarios. Sus funciones son muy amplias, e incluyen el difundir los principios de la Convención; establecer procedimientos para efectivizar los programas; brindar asesoramiento, orientación y atención ante cualquier situación de violación de los derechos del niño; articular una red de organismos capacitados en esta temática; dictaminar subsidios; otorgar patrocinio jurídico gratuito, cuando lo estime necesario o conveniente, a niños, niñas y adolescentes y a miembros de su grupo familiar; informar a las autoridades competentes las irregularidades; interponer la acción judicial en defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes o, incluso, proponer reformas legales necesarias para garantizar y procurar que los niños, niñas y adolescentes albergados por razones de urgencia en forma transitoria en pequeños hogares y organismos no gubernamentales regresen a su grupo familiar o recuperen la convivencia con los miembros de su familia ampliada o de la comunidad local, facilitando la reinserción y contención en el medio afectivo. La ley no tendría sentido sin la creación de las defensorías y el Consejo de la Niñez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Gobierno de la Ciudad debe incluir en el presupuesto la partida necesaria y suficiente para el cumplimiento de la finalidad del organismo.

Queremos señalar que, a nuestro juicio, esta ley interpreta acabadamente la norma constitucional, armonizando el derecho del niño a ser oído, el principio del interés superior, el principio de que prioritariamente el niño debe permanecer con su familia de origen y de que el Estado solamente debe intervenir para ayudar a ello, y fortaleciendo todos los mecanismos administrativos para desjudicializar no sólo la pobreza sino las relaciones de familia. Es interesante que se difunda. Resulta lamentable, pero frecuentemente esta ley no se cumple debido a que muchos jueces consideran que, por ser “jueces nacionales”, no pueden aplicarla hasta tanto no se efectivice el traspaso de la justicia de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como lo establece la Constitución Nacional y la de la Ciudad.

IV. Convenciones que han sido ratificadas por nuestro país. Convención de La Haya y Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores

Nos parece pertinente analizar, en esta intervención, convenciones que han sido ratificadas por nuestro país y que son exponentes de normas que respetan al niño en cuanto sujeto de derecho. En todas ellas se alude, como centro de referencia, a la residencia habitual del niño, a la consideración primordial de su interés superior, así como a su derecho a ser oído.

a) El Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores fue adoptado el 25 de octubre de 1980 por la decimo-cuarta sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y ratificado por nuestro país a través de la ley 23857, que fuera publica-

da el 31 de octubre de 1990. Tiene por objetivo garantizar la restitución inmediata del menor ante una sustracción o traslado ilícito, así como velar por el respeto de los derechos de visita y custodia vigentes en un Estado contratante, por otro Estado contratante, cuestiones para las que posee normas directas de procedimiento. La experiencia dejada en estos últimos años por su aplicación ha demostrado su eficacia.

El derecho de guarda puede ser ejercido por una persona, una institución o un organismo de manera separada o conjuntamente (art. 3) y deberá ser reconocido por una autoridad del Estado de residencia habitual del niño. La sustracción se configura cuando se viola el derecho de custodia ejercido legítimamente, sea éste exclusivo o compartido, atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor. Sólo quien ejerce ese derecho de custodia puede exigir la restitución. En el caso de la patria potestad compartida, es necesario puntualizar que la autorización para entrar en el país de residencia habitual o salir de él no configura por sí sólo autorización o consentimiento de traslado, siendo prueba suficiente de la ilicitud del traslado la falta de conocimiento y ausencia de consentimiento de uno de los padres, de la remoción del niño de su residencia habitual por el otro.

La Convención puede ser clasificada entre las que tienen competencia internacional en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

También contempla excepciones para la restitución al país de residencia habitual del niño, aceptando y promoviendo la existencia de principios cuya jerarquía es superior a cualquier argumentación, como el aquerenciamiento, que intenta preservar el *status quo* del niño si se comprueba que éste se ha integrado a su nuevo medio. Para ello deberá concurrir la desidia o inacción de la persona que sufrió el perjuicio contra su derecho de custodia durante un año a partir del conocimiento de la sustracción o retención ilícitas, o que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, para lo que se tiene que presentar prueba convincente.

Otra de las excepciones a destacar es la que se establece cuando la autoridad judicial o administrativa comprueba, atendiendo a la edad y el grado de madurez alcanzado por el niño, que éste se opone a la restitución. Es decir que, tras escuchar y merituar los dichos del niño, puede ser negada la restitución. Con este criterio sólo se tomaría como válida la opinión de los menores adultos.

Una cláusula que puede resultar un fuerte obstáculo a la restitución es el art. 20, que dice que ésta podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

A este respecto, podemos citar nuevamente la jurisprudencia más resonante sobre el tema, casos como “Daniela Osswald” y el caso “Lía”, en los cuales se atendió específicamente la sustracción de menores y su restitución. Recientemente, el caso “Elián” —cabe señalar que Estados Unidos no ha ratificado prácticamente ninguna de las convenciones de derechos humanos con excepción de la de La Haya— en el que se vieron obligados a devolver al niño a su país de

residencia habitual, Cuba. Debemos recordar que hay miles de casos de progenitores que tienen iniciados los pedidos de restitución de sus niños, sacados ilícitamente de su lugar de origen y residencia.

b) Abordemos ahora, brevemente, la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores, aprobada en México en 1994. Su ámbito de aplicación lo constituyen los Estados americanos, admitiendo la adhesión de cualquier otro. Al igual que la Convención de los Derechos del Niño, considera menor a toda persona que no haya cumplido los 18 años, a diferencia de las Convenciones de Montevideo de 1989 y La Haya de 1980, que fijan la edad en 16 años.

Su objeto y materia de aplicación es la prevención y sanción del tráfico de niños y la regulación de sus aspectos civiles y penales, teniendo en miras el interés superior del niño que, en este caso, resulta ser el devolverlo al lugar en el cual tenía su residencia habitual. Por la expresión “residencia habitual” debe entenderse el centro real de la vida del niño y su familia, adoptando un criterio que integre al niño a una comunidad. Esta concepción zanja las diferencias existentes entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Siguiendo lo dispuesto en el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y a no ser atacado en su honor o en su reputación, se insta a que todos los procedimientos sean confidenciales.

Se compromete a los Estados firmantes a adoptar las disposiciones legales y administrativas necesarias para garantizar la protección del niño, obligándolos a notificar a los Estados no partes cuando se encuentre en su territorio el niño víctima del tráfico internacional, al que se lo define como la sustracción, el traslado o retención ilegal mediante compra, consentimiento obtenido por fraude o violencia, raptó, falsificación de identidad o filiación para el logro de beneficios indebidos, como la explotación sexual o la servidumbre. A tal efecto, crea las autoridades centrales, que resultan un canal de comunicación más rápido y eficiente entre los Estados.

Es interesante tener en cuenta que esta Convención establece que, en interés del niño, se concede a las autoridades del Estado parte, donde éste se encontrare, la facultad de ordenar en cualquier momento su restitución, sin esperar la resolución judicial, conforme lo señala el art. 11. Para el pedido de restitución no existe limitación alguna. Corresponde a cada Estado establecer quiénes se hayan legitimados para accionar en ese sentido. Debe atenerse a la ley de la residencia habitual.

c) Puede decirse que las convenciones que hemos visto y las leyes que en ellas se apoyan tienen algunas constantes que, aunque a veces se presentan bajo diferentes aspectos, permiten reconocer la unidad de los textos. Una de ellas es el derecho del niño a una familia, entendiendo por tal a la familia de origen, y solamente cuando ésta es incapaz de tomar a su cargo al niño, se puede recurrir a una familia de sustitución, conforme lo indica el art. 20 de la Convención de Nueva York, así como también la Convención de la Haya de mayo de 1993, que nos dice que cada Estado debe tomar, prioritariamente, medidas apropiadas para permitir mantener al niño en su familia de origen. Este recha-

zo a la intervención no quita el derecho a que el Estado asegure la protección del niño en caso de ausencia o de carencias familiares o, por lo menos, apoye a los padres y a la familia para que puedan cumplir la función parental.

La primacía del rol de la familia respecto de otras autoridades políticas, sociales y judiciales es proclamada en el art. 5 de la Convención de Nueva York. Los Estados partes respetan la responsabilidad, el derecho y el deber que tienen los padres –o, en el caso de que ellos no puedan hacerse cargo, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, como lo prevea la costumbre local– los tutores y otras personas legalmente responsables del niño, de dar a éste, de una manera que corresponda a su desarrollo y a su capacidad, la orientación y los consejos apropiados al ejercicio de los derechos que le reconoce la Convención.

La segunda característica común a estas convenciones, y a las leyes que de ellas se derivan, es el tener en cuenta el parecer del niño. Esto es, prestar cada vez más atención a sus deseos y a su opinión. Hacer lugar a su palabra para permitir que se constituyan en actores de sus propios derechos.

Para finalizar, quiero recordar que se dice que el derecho –fruto de multiplicidad de factores y circunstancias de distinto orden, sociales, culturales y económicas– no es la justicia, pero debería serlo.

Luchemos para que derecho y justicia se aproximen y formen un todo inescindible, así logremos que los seres humanos, sin distinciones etarias, vivan con dignidad y se desarrollen.

Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.-

Dra. Minyersky, le doy las gracias por su esclarecedora exposición. Pasaremos ahora al segundo tema, referido a Derecho Privado Comparado, previsto para esta mesa redonda. Harán uso de la palabra los doctores Ángela Vázquez y Marcos Córdoba.

DERECHO PRIVADO COMPARADO: ESTADO DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Dra. Vázquez.-

El tema que nos convoca requiere precisar los conceptos para acordar a qué nos referimos cuando utilizamos la expresión “indivisión postcomunitaria”. La expresión literalmente alude al estado de indivisión que se forma a la disolución de un régimen de comunidad. Pero a la hora de definir qué es un régimen de comunidad, encontramos divergencias en la doctrina. Una parte de ella, en la que se integra Zannoni, por ejemplo, define al régimen de comunidad como aquel que se caracteriza por conferir a ambos esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos por cualquiera de ellos, que serán partidos al liquidarse, en general, aunque no en forma necesaria, por partes iguales. Belluscio señala que al régimen de comunidad lo caracteriza la formación de una