

XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

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

Por **Lea Levy** y **Susana Lambois**

La Comisión N° 8 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que debió abocarse al tema de “La minoridad en el derecho interno y los tratados con jerarquía constitucional”, sesionó durante los días 20 y 21 de setiembre de 2001. Actuaron en calidad de presidentes los Dres. Cecilia Grosman y Atilio Álvarez, con la coordinación de los Dres. Lea Levy, Susana Lambois y Jorge Mayo. La secretaría estuvo a cargo del Dr. Carlos Arianna.

Se presentaron las siguientes ponencias:

- Las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y su concordancia con los tratados internacionales.

- El reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial y el derecho de la mujer.

Autoras: Dras. **Alicia N. Arbol**, **Alicia M. Castro** y **Carolina Finocchio**.

- Convención sobre los derechos del niño y adopción internacional: inconveniencia de la reserva de la República Argentina y del art. 315 del Código Civil.

Autores: Dres. **Esteban Caride**, **Florencia Nallar**, **Jorge Navarro Quantin** y **Esteban Szucs**.

- El derecho a la intimidad de los hijos.

Autoras: Dras. **Nora Lloveras**, **María de los A. Bonzano de Saiz** y **Raquel M. Pereyra**.

- El Derecho del menor a ser oído bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño.

Autora: María J. Nicolini de Franco.

- La compatibilización de la capacidad de los menores.

Autores: Dres. Rosa N. Rey y Antonio J. Rinesi.

- La minoridad en el derecho interno y los tratados con jerarquía constitucional.

Autora: Claudia Schmidt Hott.

- Proyecciones del *standard* jurídico de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

- Superior interés del niño: caracterización teórica y aplicación práctica en materia de fondo. Proyecto de Código Civil Unificado.

Autora: Susana M. Traillou de Cardozo.

Las nueve ponencias presentadas fueron defendidas por sus autores y puestas a discusión en la Comisión. Las sesiones se desarrollaron en un clima de cordialidad, mas no exento de fervor, lo que dio origen a un extenso y enriquecedor debate. En tal sentido, es de señalar el entusiasmo y preocupación de los miembros de las distintas provincias, que expusieron los problemas que afectan particularmente a la minoridad en cada región y la necesidad de armonizar el derecho interno con los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Los temas que provocaron mayor interés de los participantes y convocaron la intervención de miembros de otras comisiones fueron, entre otros, los referidos a:

1) La conceptualización del interés superior del niño y las dificultades en la delimitación de sus alcances.

Se discutió el alcance de la expresión y la conveniencia de conceptualizarla, concluyendo que se trata de un concepto amplio que comprende un conjunto de derechos y garantías constitucionales destinados a la protección integral del niño. Se insistió en que es necesario entenderlo como un principio anterior al derecho positivo, por lo que no puede ser obviado por ninguna norma legal.

2) La armonización de las normas contenidas en los tratados internacionales ratificados por nuestro país y las leyes internas cuando éstas entran en conflicto con aquéllas.

En consonancia con el reconocimiento del derecho superior del niño como norma de rango superior, se propuso la modificación de las normas que estuvieren en conflicto con los principios de las Convenciones Internacionales, sustituyéndolas por aquellas que expresen los principios de la protección integral del niño, para lograr así la ansiada unificación de criterios entre la legislación interna y los tratados ratificados por nuestro país.

En este contexto, se señaló la necesidad de propiciar el dictado de normas procesales que garanticen la vigencia de los citados principios, con especial referencia a las pautas que deben seguirse en materia de competencia en todos aquellos procesos en los que se encuentre involucrado un niño, de manera tal que ello no se convierta en un obstáculo para la solución de los problemas que

los afecten, que requieren una celeridad incompatible con el rigorismo formal de la ley.

3) La legitimación para impugnar la paternidad matrimonial y las diferentes opciones que pueden presentarse en cuanto a la posibilidad del nombramiento de un tutor *ad litem* a instancias del Ministerio Público o la participación de la madre del nacido:

Este tema dio lugar a una fervorosa polémica, en la que los participantes pusieron de resalto la rigidez de la legislación vigente, con particular referencia al artículo 259 del Código Civil, en cuanto a la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial, y abordaron casos jurisprudenciales que limitan la legitimación del hijo al postergar la posibilidad de promover la impugnación hasta la edad en que –según la ley– adquieren discernimiento. También se pusieron a consideración de la Comisión diferentes soluciones para sortear el problema de la representación del niño en los supuestos en que la acción de impugnación sea promovida durante la minoría de edad.

La posibilidad de ampliar la legitimación en la acción de impugnación de paternidad a la madre y al padre biológico tuvo amplia acogida, pero se consideró que, a los efectos de la estabilidad de las relaciones familiares, esa aptitud debe encontrar un freno en un plazo de caducidad.

4) El alcance del término “patria potestad” y la conveniencia de sustituirlo por otra expresión que refleje con mayor precisión los deberes de los padres en consonancia con los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño.

Constituyó preocupación de varios de los participantes la delimitación del concepto de patria potestad, en cuanto no condice con el criterio que debe primar en las relaciones de los padres con sus hijos y las responsabilidades que aquéllos asumen al concebirlos.

5) Los criterios para adaptar la capacidad de los menores a los requerimientos de la actual sociedad y las nuevas formas de vida, toda vez que el discernimiento requerido en el Código Civil no se adecua a los requerimientos y situaciones que debe enfrentar un adolescente en el siglo XX, aceptando la existencia de una gradación de incapacidades conforme la evolución del individuo.

6) La insuficiencia de la normativa vigente en materia de adopción con respecto al tráfico de niños.

Con relación a este tema se discutió el contenido del art. 315 del C. Civil, en cuanto a los problemas que puede suscitar su aplicación. Tal el caso, entre otros, en el que padres de nacionalidad y domicilio argentinos que han estado fuera del país por un lapso superior a cinco años deban esperar igual período para solicitar la adopción. El requisito impuesto por la ley constituye un obstáculo para obtener adopciones que, de no mediar esa restricción, hubieran resultado beneficiosas para el menor. Por otra parte, también se criticó el texto legal que, conforme el fin perseguido por el legislador, puede resultar inocho si se trata de solicitantes extranjeros que hayan residido en el país durante cinco años y deciden retornar a su lugar de origen. Nada impediría, a la luz

del art. 315 del Código Civil, obtener la guarda con miras a una futura adopción.

Desde otro punto de vista, se realizó un interesante cambio de opiniones en relación con la correspondencia conceptual y fáctica del tráfico de niños y la adopción internacional, en el sentido de que la prohibición de ésta no resulta eficaz para evitar el tráfico de niños. Se consideró la necesidad de analizar el tema con mayor profundidad a efectos de lograr una efectiva protección de los menores que se encuentran en condición de ser adoptados.

Como corolario del trabajo realizado y luego del tratamiento de cada tema en particular, la Comisión recomendó, en carácter de conclusiones, las siguientes:

1) Las Convenciones Internacionales ratificadas por la República, y en especial las que tienen jerarquía constitucional por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, prevalecen sobre las leyes internas que contradigan sus preceptos, y debe ser considerada como derogada toda norma que resulte contradictoria con otras posteriores o de mayor rango.

2) Es necesario modificar la legislación interna de fondo y de forma hasta lograr su total concordancia con los principios de las Convenciones Internacionales, que deben ser tenidos en cuenta, asimismo, para la interpretación sistemática de las normas vigentes.

3) El principio general del interés superior del niño integra el conjunto de derechos y garantías constitucionales, como norma de primer rango y como principio anterior al derecho positivo, destinado a la protección integral de los más débiles.

4) La consideración del interés superior de los niños exige adoptar en todos los casos el criterio de máxima protección a los derechos fundamentales de aquéllos.

5) Como criterio y regla de interpretación, en caso de conflictos en cuanto a la aplicación de soluciones jurídicas, deben preferirse las normas específicas por sobre las generales, y las soluciones que mejor protejan el interés de los niños.

6) Es necesario profundizar con enfoques interdisciplinarios el análisis de todos los institutos jurídicos relativos a los niños.

7) El conjunto de responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos no debe mantener la denominación latina de “patria potestad”, que debe ser reemplazada por términos más adecuados a la naturaleza de las relaciones jurídicas intra y extra familiares que comprende (*de lege ferenda*).

8) Debe reafirmarse la titularidad conjunta por parte de madre y padre de la inadecuadamente llamada “patria potestad” respecto de los hijos, así como su ejercicio conjunto como regla general, sin perjuicio de las situaciones en que corresponda el ejercicio unipersonal por uno de los progenitores.

9) En materia de adopción, el interés superior del niño debe ser interpretado como el respeto a los derechos fundamentales del adoptado, evaluando si

la filiación que va a constituirse asegura el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y el respeto a su pertenencia socio-cultural.

10) La actual formulación del artículo 315 del Código Civil no proporciona una solución válida al tráfico de niños que se pretende evitar y podría resultar violatoria del interés superior del niño.

11) Reafirmando el respeto que debe observarse a los principios establecidos en la última parte del artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, podrá dejarse de lado la reserva del artículo 2º de la ley N° 23849, cuando las circunstancias del caso hagan evidente que es la solución más beneficiosa para el niño.

12) En materia de domicilio de los incapaces, que poseen el de su representante legal, debe tenerse en cuenta que, cuando se trate de situaciones fundadas en el interés superior del niño, deberá considerarse su residencia habitual independientemente del domicilio de sus representantes.

13) Corresponde adecuar el instituto del usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos a los derechos de los niños en el aspecto patrimonial y al principio de solidaridad familiar (*de lege ferenda*).

14) A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, los deberes y derechos emergentes de la inadecuadamente llamada “patria potestad” encuentran un límite en el derecho a la intimidad de los niños y adolescentes.

15) Todo reconocimiento de filiación posterior a la inscripción de nacimiento debe ser notificado por la autoridad administrativa competente al hijo reconocido o a su representante legal (*de lege ferenda*).

16) En una futura reforma legislativa, deberá otorgarse legitimación a la madre y a quien alegue ser el padre biológico, siempre que existiera posesión de estado, para impugnar la paternidad matrimonial. En ambos casos, con plazos de caducidad (*de lege ferenda*).

17) En caso de impugnación de la paternidad matrimonial ejercida por el hijo menor de edad, deberá proveerse un tutor *ad litem* a instancias del Ministerio Público o del representante necesario del impugnante.

18) Se propone que en la próxima Jornada se trate específicamente, de modo interdisciplinario, el tema referido a la mayoría de edad y a las facultades de los menores de edad a quienes la ley reconoce discernimiento.