



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACION

Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción

REVISTA N° 3 –AÑO II

DIRECTORES

Marcelo Daniel De Laurentis
Alicia Beatriz Rajmil

SECRETARIA TÉCNICA

Natalia Corina Bacigaluppo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
Mónica Rosana de Dios
Roberto Augusto Lucero Eseverri
Pedro Eugenio Marzuillo

COMITÉ REFERATO

María Isolina Dabove
Pedro Federico Hooft
Luis Rogelio Llorens

Córdoba 1852 - (2000) Rosario
Santa Fe – Argentina
Tel. +54 341 4257075/76/78
Fax. +54 341 4257077
e-mail: idei@colescribanosros.org.ar
www.escribanos-stafe2da.org.ar

Publicación Científica de Carácter Semestral

© Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción

Editada por el Instituto de Derecho e Integración

ISSN N° 1852-2319. -

Foto de Tapa: Fuente de las Utopías y edificio Aduana, Ciudad de Rosario (Autoría IDeI)

Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.

Podrá acceder libremente a la revista del IDeI en formato PDF en el área jurídica de www.el-observatorio.Org

Registro de la Propiedad Intelectual N° 788321



Miembros del Instituto de Derecho e Integración

Directora

Alicia Beatriz Rajmil

Sub-Director

Marcelo Daniel De Laurentis

Secretario

Enrique Jorge Arévalo

Miembros Plenos

Mónica Rosana de Dios

Stella Maris Myriam Estelrich

Gloria Argentina Gover

Analía Teresa Lamas

Roberto Augusto Lucero Eseverri

Pedro Eugenio Marzuillo

Alejandro Toguchi

Mónica Susana Zanazzi

Miembros Adherentes

Natalia Corina Bacigaluppo

Dariel Oscar Barbero

Miembro Honorario

Luis Rogelio Llorens

*Agradecemos la valiosa colaboración brindada por
Ramiro Paulo Tulián, en el desarrollo de las tareas cotidianas
del IDEI y en la realización de esta revista.*



*Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe
2ª Circunscripción*

Consejo Directivo

Presidenta

Analía Teresa Lamas

Vicepresidente

Jorge Ramón Borsani

Secretario

Eduardo Alberto Vercelli

Pro-Secretaria

Patricia Lilian Paredes

Tesorera

Alicia María Carbonari

Vocales Titulares

Graciela Pelosso

Carlos Álvaro Gómez Tomei

Andrés Gustavo Brelich

Nanci Elisabet Franceschina

Raúl Angel González Theyler

Iván Dekanty

Vocales Suplentes

Noemí Teresita Cuellar

Luis Eduardo Cellini

Gustavo Adrián Bellón

María Florencia Brunelli

Patricia Elena Manti

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat

SUMARIO

Volumen 1 - N° 3 - Marzo Año 2010

I Editorial.....pág. 1

II Doctrina

Participación de los niños y adolescentes en los
procesos judiciales de familiapág. 3

María Paula González y Natalia Hernández

Examen prenatal del síndrome de down:
¿Una nueva forma de "discriminación genética"?.....pág. 65

Dr. José Antonio Díez Fernández

Capacidad jurídica de los menores de edad y autonomía
progresiva en el ejercicio de sus derechos.....pág. 87

Esc. Alicia B. Rajmil y Esc. E. Jorge Arevalo

La protección legal a los discapacitados en Cuba:
Una visión de lege data y de lege ferenda.....pág. 137

Not. Leonardo B. Pérez Gallardo

III Legislación

Ley 26.529. "Derechos del Paciente ..."pág. 219

Comentario Esc. Alicia B. Rajmil y Esc. Luis R. Llorens

Ley 26.579. Mayoría de Edadpág. 227

Comentario Esc. Alicia B. Rajmil

IV Institucional

Centro Nacional de Información de Registros de
actos de Autoprotección. Consejo Federal del
Notariado Argentino.....pág. 255
Comentario Esc. Roberto A. Lucero Eseverri

V pautas de presentación.....pág. 265

EDITORIAL

Continuando con los objetivos que nos hemos propuesto, en este tercer número de nuestra revista incluimos trabajos que, desde diferentes ópticas y realidades, desarrollan temas vinculados con la condición jurídica y los derechos fundamentales de las personas y especialmente de aquellas más vulnerables. Así, en el campo de la minoridad, el impacto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño sobre la legislación de nuestro país y su incidencia en la vida cotidiana de los menores de edad, resulta materia de estudio insoslayable. En tal sentido, el trabajo elaborado por estudiantes de la carrera de abogacía, nos aporta la mirada crítica de quienes con responsabilidad y entusiasmo comienzan a transitar los complejos caminos del Derecho. Por otro lado, autores de diferentes países nos ilustran sobre sus realidades, con ideas que pueden o no compartirse, pero que sin dudas generan un debate necesario en un mundo que debe interpretar con una visión más integradora y progresista las diferencias de todo orden. Los derechos fundamentales de las personas son conculcados en cada instante en demasiadas partes del planeta, a pesar de ello creemos que el Derecho y el pensamiento de la humanidad evolucionan hacia el respeto y reconocimiento de las diferencias, como herramienta necesaria para la lucha contra la desigualdad de cualquier origen. Los trabajos doctrinarios presentados se alinean con diferentes convicciones y matices en este camino.

Se incluyen también reciente legislación relacionada con los temas que nos convocan y el Reglamento del Centro de Inscripción de Actos de Autoprotección creado a fines del pasado año por el Consejo Federal del Notariado Argentino, con breves comentarios al respecto.

EDITORIAL

Desde este espacio, el Instituto de Derecho e Integración, invita a la difusión de ideas que tienen que ver con los conceptos de justicia, de integración, de igualdad y no discriminación, con el convencimiento de que reflexionar y debatir sobre ellas contribuirá al desarrollo de una sociedad más solidaria, donde el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, sea una realidad cotidiana.

Marcelo Daniel De Laurentis
Sub-Director del IDeI

DOCTRINA

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA¹

María Paula González y Natalia Hernández²

Resumen

En el presente trabajo abordaremos el tema de la participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de familia. Es una cuestión que adquiere importante impulso gracias a la sanción de la ley nacional N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” dado que la misma contiene normas novedosas y revolucionarias para nuestro derecho, que hasta el presente no han sido receptadas en la práctica de manera adecuada y suficiente.

Para ello examinaremos el contenido de las disposiciones legales atinentes a la temática abordada en los distintos niveles (internacional, nacional y respecto de la provincia de Santa Fe), la opinión doctrinaria, y el enfoque de la realidad judicial sobre la aplicación de las mismas.

Participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de familia.

“Participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de familia”: en el trabajo se aborda el tema de la participación de los niños y

¹ El presente trabajo se elaboró con anterioridad a la sanción de la ley 26.579.

² Alumnas de la Residencia de Minoridad y Familia de la Facultad de Derecho de Rosario. UNR. Año 2009. El trabajo también fue presentado en el Seminario **de Metodología de la Investigación de la misma casa de estudios.**

adolescentes en los procesos judiciales de familia. Con tal fin se examina el contenido de las disposiciones legales atinentes a la temática en sus distintos niveles –internacional, nacional y provincial (Santa Fe)-, la opinión de la doctrina y el enfoque de la realidad judicial sobre la aplicación de las mismas.

Palabras claves

Derechos y Garantías de los niños – Convención sobre los derechos del niño – justo proceso constitucional – doctrina de la protección integral - interés superior del niño – capacidad – sujeto de derecho – principio de efectividad – derecho a ser oído – derecho a participar en el proceso – derecho a tener un abogado

Abstract

“Participation of children and teenagers in family judicial proceedings”: the monograph covers the issue of participation of children and adolescents in family judicial proceedings. With such a purpose, it examines the contents of legal dispositions to the subject at its different levels –internacional, nacional and provincial (Santa Fe)-, the opinion of the doctrine and the approach of the judicial reality on their implementation.

Key word

Children’s rights and guarantees – Convention about child’s rights (rights of the child – childhood rights) – Fair Constitutional Process – Doctrine of integral protection – Best interest of the child - Capacity - Subject of law (subject of right, right’s subject) – Principle of effectiveness – Right to be heard – Right to participate in the process – Right to a lawyer (right to have a lawyer).

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Introducción

En el presente trabajo abordaremos el tema de la participación de los niños y adolescentes en los procesos judiciales de familia. Es una cuestión que adquiere importante impulso gracias a la sanción de la ley nacional N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” dado que la misma contiene normas novedosas y revolucionarias para nuestro derecho, que hasta el presente no han sido aceptadas en la práctica de manera adecuada y suficiente.

Para ello examinaremos el contenido de las disposiciones legales atinentes a la temática abordada en los distintos niveles (internacional, nacional y respecto de la provincia de Santa Fe), la opinión doctrinaria, y el enfoque de la realidad judicial sobre la aplicación de las mismas.

Estructuraremos el trabajo en seis capítulos y los tópicos desarrollados en cada uno de ellos son los siguientes:

Capítulo I: Evolución normativa en torno al reconocimiento de los derechos y garantías de los niños y adolescentes: aquí haremos una introducción al tema desde la perspectiva de los derechos humanos en los tres ámbitos ya mencionados.

Capítulo II: Justo Proceso Constitucional: examinaremos las características fundamentales del debido proceso abordándolo desde el aspecto doctrinario y jurisprudencial, haciendo hincapié en el proceso de los niños y adolescentes objeto de estudio de este trabajo.

Capítulo III: Capacidad de los niños y adolescentes en el Código civil. Necesidad de su adecuación a los nuevos postulados de la doctrina de la protección integral: analizaremos nuestro Código Civil y

sus normas sobre capacidad y la posibilidad que tienen los niños de defender sus derechos conforme al nuevo paradigma.

Capítulo IV: Derecho a Ser Oído: con respecto a este punto en particular expondremos distintas cuestiones, entre ellas: a partir de qué edad deben ser oídos los niños y adolescentes, ante quiénes deben ser oídos y cómo se receptan en un expediente tales manifestaciones.

Capítulo V: Derecho al Patrocinio Letrado: se abordará el derecho de defensa técnico y se profundizará en la diferenciación existente entre la defensa que ejecuta el abogado del niño con relación a la representación necesaria y promiscua. Por último, mencionaremos algunas cuestiones relativas al derecho comparado.

Capítulo VI: Enfoque realista. Puesta en práctica de los derechos en la actualidad: se estudiará la aplicación concreta de las normas ya analizadas en los capítulos precedentes y la necesidad de una adecuación entre la norma y la praxis.

Concluyendo, agregaremos como trabajo de campo una entrevista a dos jueces del Tribunal Colegiado de la Tercera Nominación de Familia de Rosario.

Capítulo I

EVOLUCIÓN NORMATIVA EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

“La aplicación por los jueces, de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no es un consejo, sino un imperativo emergente del propio Derecho

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Internacional. Los tratados se ratifican e ingresan al derecho interno de modo directo y automático, y en él han de surtir los efectos, debiendo ser interpretados de buena fe y con lealtad internacional. Es una obligación interna e internacional y los tribunales judiciales no se excimen de cumplirla. Todo lo contrario, son los primeros que quedan convocados para dar efectividad a los tratados internacionales en cada causa judicial en la que su aplicación está comprometida o en juego -directa o indirectamente-”- Bidart Campos -comentario al fallo *Ekmejdjian c/ Sofovich*³ -.

Sumario: 1. *Constitucionalismo actual.* 2. *Plano Internacional.* 3. *Plano Nacional.* 4. *Plano Provincial.*

1. Constitucionalismo actual:

El constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por tener como objetivo fundamental la puesta en práctica de los derechos consagrados en los distintos cuerpos normativos, entendiéndose tanto en el propio texto de la constitución nacional como en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional tras la reforma que ha tenido lugar en nuestro país hacia el año 1994.

³ Citado en LUDUEÑA, Liliana Graciela, “*El debido proceso y el niño en la terminología constitucional*”, Publicado en VERBA IUSTITIAE Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Morón, Año VIII N°17, pág. 51 y sigs. <http://www.lgluduenia.com.ar/procesonino.pdf>.

Nuestra constitución nacional reconoce expresamente en su art. 16 que: "...Todos sus habitantes son iguales ante la ley...", por lo que queda de manifiesto que todos gozan de los derechos en pie de igualdad.

Más precisamente atiende a esta cuestión el art. 75 inc 23 del mismo cuerpo legal cuando reza que el Congreso debe: "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".

La norma trascripta precedentemente pone de manifiesta nuestra realidad, en la cual se encuentran grupos "marginados" en cuanto al goce de sus derechos, entre los que encontramos a las mujeres, los ancianos, los trabajadores, los aborígenes, las personas con discapacidades, y los niños.

En cuanto a los niños y adolescentes que son la materia de este trabajo de investigación, se expondrán a continuación los tres ámbitos en los cuales se presenta la normativa protectoria de los mismos: internacional, nacional y provincial.-

2. Plano internacional:

La postmodernidad jurídica trajo consigo la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante la Convención- y nuestra reforma de la Carta Magna en 1994 su elevación a jerarquía constitucional (art.75. inc.22⁴).⁵

⁴ Art. 75: "Corresponde al Congreso:" inc. 22 "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tiene jerarquía superior a las leyes... La Convención Sobre los derechos del Niño en las

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

La Convención se encuentra vigente en nuestro país a partir del 4 de enero de 1991. Constituye una herramienta fundamental en la historia de los derechos de los niños y de los adolescentes, toda vez que a partir de ella se introduce normativamente el paradigma de la “Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en contraposición al “Sistema de la Situación Irregular” sobre el cual se estructuraba todo el sistema argentino.

La Convención consagra al niño como sujeto de derecho, a diferencia de la doctrina de la “Situación Irregular” que lo enfoca como objeto de protección, basándose en lo que no tienen, no saben o no son capaces. Son los derechos de los niños los que deben asegurarse.

Conforme lo establece la Convención, se ha elaborado un nuevo modelo de protección integral de la niñez y adolescencia, que exige abandonar algunos criterios preestablecidos en nuestra normativa y que caracterizan el paradigma de la situación irregular. Hoy gracias a esta nueva concepción el niño debe ser tomado como lo que siempre fue, un verdadero sujeto de derecho, y no como mero receptor de acciones tutelares o asistenciales por parte del Estado.

Fiel reflejo de la ideología autoritaria ha sido nuestro Código Civil –cuya normativa analizaremos a continuación–, en el cual el niño es considerado como “objeto de posesión de sus padres”.

condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional, no deroga artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis, “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley N° 26.061” en “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061”, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador), 1° Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, Fundación Sur, 2006, pág.72.

A ello se le sumará la incorporación del niño a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, que consagran derechos inalienables a “*todos los seres humanos*” (art.1) y a “*toda persona*” (art.11) respectivamente, sin hacer distinción alguna entre menores y adultos.⁶

3. Plano nacional:

En el ámbito nacional, el 28 de septiembre del 2005, se sancionó la Ley N° 26.061 denominada: “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Al respecto debe destacarse que, conforme al art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, -que regula el “Principio de Efectividad”- los Estados parte se obligaron a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Dentro de ese marco, una de las tareas pendientes era el dictado de una ley de los Derechos y Garantías del Niño. Bien se observará, que nuestro país se tomo nada menos que un “plazo” de 15 años para sancionar el ordenamiento interno pertinente.

Esta ley aborda todas las cuestiones sobre la niñez y adolescencia, tanto aspectos de derecho público como de derecho privado, excluyendo de su tratamiento lo atinente al régimen penal de la minoridad. Y dada su mayor jerarquía normativa convoca a un necesario análisis de las legislaciones provinciales preexistentes para identificar sus concordancias y advertir sus diferencias, las que seguramente requerirán de una armonización interpretativa o, incluso, de una eventual reforma legislativa.

⁶ *Ibidem.*

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

4. Plano provincial: Provincia de Santa Fe

Es así que, luego de casi dos décadas de la incorporación de la Convención a nuestro régimen normativo se saldó la deuda a nivel provincial, con la sanción de la Ley N° 12.967 denominada: “Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, el 19 de Marzo del 2009.-

Capítulo II

JUSTO PROCESO CONSTITUCIONAL

*“Es que e cada paso del proceso, cada foja y cada diligencia consumen días, meses y años, mientras tanto el niño espera con incertidumbre quien se hará cargo de sus más elementales necesidades, lo que es inconciliable con el debido proceso que merece. No se trata de discutir derechos sobre un objeto inanimado, sino de un sujeto que día a día va forjando su identidad y personalidad y donde el correr del tiempo y la consiguiente incertidumbre sobre su destino pueden causarle un daño irreparable”.
Acordada 73814 (2000) Acordada 71380 y 78446 (2001) Superior Tribunal de Buenos Aires.*

Sumario: 1. *Caracterización del debido proceso.*

1. Caracterización del Debido Proceso:

Bidart Campos en su “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”⁷ expone que constituye la esencia del debido proceso la oportunidad o posibilidad suficiente de participar (o tomar parte) con utilidad en el mismo.

La concepción histórica de nuestra Constitución Nacional sobre el debido proceso, esbozada en el art.18 que reza -en lo que respecta al objeto de nuestro trabajo-: “Ningún **habitante** de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” se fue transformando con la normativa de los tratados internacionales y con la interpretación que de ellos fueron generando los Tribunales Internacionales y Nacionales hasta arribar a esta nueva concepción del “Justo Proceso Constitucional”.

Bidart Campos⁸ presenta el siguiente esquema:

- A) Todo justiciable tiene derecho a un procedimiento que no es cualquiera, sino el “debido”;
- B) Si no hay ley razonable que lo tengo establecido, el juez de la causa debe arbitrarlo;
- C) En la tramitación del proceso, el justiciable ha de disponer de oportunidad para su participación útil y suficiente;
- D) Cuando hay disputa entre partes que controvierten sus pretensiones o derechos, el debido proceso exige bilateralidad o contradicción, para que cada una de aquellas partes tenga derecho de defensa y de control de los actos propios y ajenos;

⁷ BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”, I-465, Citado en LUDUEÑA, Liliana Graciela, *Ob. Cit.*

⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Compendio de derecho constitucional”, Ed. Ediar, 2004, 1º Edición, págs.188 a 190.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

E) El principio de congruencia prescribe que la sentencia no se puede apartar, en lo que resuelve, de las pretensiones articuladas por las partes, ni para excederse ni para omitir algo al respecto del material que es objeto del proceso

El derecho a acceder a la justicia es uno de los derechos esenciales, es la puerta de entrada a todos los demás.

Caracterizando esta nueva concepción de proceso justo, en lo que respecta a nuestro objeto de investigación, se debe tener muy presente el cambio hacia el nuevo paradigma sobre la protección integral de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos.

Son requisitos esenciales del justo proceso con relación a los niños los que a continuación se exponen⁹:

- El derecho del niño a participar en función a su edad y grado de madurez de conformidad con el principio de la autonomía progresiva consagrada en la Convención sobre los derechos del niño en su art.5.
- El derecho del niño a ser oído personalmente por un juez, las veces que sea necesario.
 - Que sea debidamente representado.
 - Que se dispongan medidas cautelares con flexibilidad, tutela urgente y anticipatoria de acuerdo con los derechos que deben protegerse.
- El derecho a la resolución del conflicto en tiempo apropiado, es decir, cumplimentando con el principio de celeridad procesal, sin olvidar que el tiempo de los niños no es el de la justicia.

⁹ Las características que se exponen no son taxativas y son resultado de la interpretación tanto doctrinaria como jurisprudencial.

- Debe posibilitarse llevar el debate hasta el máximo nivel jurisdiccional a los fines de resguardar los derechos de los niños y adolescentes en aras de su superior interés.

Este principio rector opera en todas las ramas del derecho. En lo que a este trabajo respecta hemos decidido abarcar todos los temas vinculados con el justo proceso desde la perspectiva del niño, abocándonos especialmente a los procesos de familia. Es sumamente importante, dar participación a los niños sobre todo en acciones sobre tenencia, derecho a una adecuada comunicación (régimen de visita), custodia, pérdida o suspensión de la patria potestad, venias (para vender, comprar, salir del país, etc.), adopción –guarda preadoptiva-, alimentos, filiación, medidas de protección y violencia familiar –Ley Provincial N° 11529-; pues en este tipo de acciones podemos ver que ellos son los principales afectados, por lo que su opinión respecto de la cuestión a resolver aporta datos relevantes al juez para su decisión, teniendo en miras el interés superior del niño.

La Convención, las reformas y polémicas permiten concluir que existe un mayor reconocimiento de la voluntad y autonomía del menor en el ámbito familiar, cuando ha alcanzado un cierto desarrollo, con posibilidad de decidir en materias reservadas antes sólo a sus padres o guardadores.

Concluyendo el presente capítulo cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia ha consolidado diversos aspectos doctrinarios sobre el interés superior del niño y adolescente:

- a) La apreciación del interés superior de los niños es responsabilidad de todos los Tribunales del país, incluyendo la Corte Suprema en virtud de que el mismo es considerado noción de naturaleza constitucional, por ende revisable por ella;

La apreciación del interés superior del niño es:

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

b) No es una noción abstracta, sino que responde las particularidades de cada caso sometido a decisión y coadyuva a la interpretación constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses;

c) El interés del niño se identifica con el respeto de sus derechos fundamentales;

d) Ante un conflicto de intereses se prioriza el del niño.

Capítulo III

CAPACIDAD DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO CIVIL. NECESIDAD DE SU ADECUACIÓN A LOS NUEVOS POSTULADOS DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

*Sumario: 1. Régimen positivo del Código Civil: a. Menores impúberes
b. Menores adultos. 2. Representación: a. necesaria b. promiscua.*

1. Régimen positivo del Código Civil.

Nuestro Código Civil establece la diferenciación entre menores y mayores de edad, estableciendo sin lugar a excepciones que los primeros resultan incapaces de hecho –aquella que posibilita el ejercicio de los derechos de los cuales se es titular- en tanto que en principio los segundos son capaces.

Se realiza tal clasificación en el artículo 127¹⁰ en:

¹⁰ Art. 127 CC: “Son menores impúberes los que aun no tuvieren la edad de 14 años cumplidos, y adultos los que fueren de esa edad basta los 21 años cumplidos”.

a) Menores impúberes: los que aún no tuvieren la edad de 14 años cumplidos. Ellos son incapaces de hecho absolutos según el artículo 54¹¹.

b) Menores adultos: los que fueren de esta edad hasta los 21 años cumplidos, los cuales tienen una incapacidad relativa según el art.55¹².

En ambos casos están sujetos al régimen de la patria potestad.

2. Representación.

La representación de la que son pasibles se basa en la ideología de protección del menor como “objeto de derecho”. Vélez impone la institución de la representación a los efectos de suplir la incapacidad propia de los menores de edad.

Es por ello que regula dos tipos de representación:

a) Representación necesaria (art.57 CC¹³): a cargo de padres, tutores y curadores.

b) Representación promiscua (art.59¹⁴): a cargo de los asesores de menores que se desempeñan dentro del Ministerio de Menores. Esta participación que por regla es promiscua o conjunta respecto de la que corresponde a los padres puede y debe transformarse en directa y principal cuando se advierta que los intereses del menor no

¹¹ Art. 54 CC: “Tienen incapacidad absoluta: 1) las personas por nacer; 2) los menores impúberes; 3) los dementes; 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;” 10.)”.

¹² Art. 55 CC: “Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”.

¹³ Art. 57 CC: “Son representantes de los incapaces: 1) de las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre; 2) de los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3) de los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.”

¹⁴ Art. 59 CC: “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.”

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Se encuentran a buen resguardo debido a la conducta que sus progenitores despliegan en el juicio.

Ya sea en los casos del ejercicio de la patria potestad como en los de tutela, el Código preceptúa que tanto los padres como los tutores gestionan sin intervención alguna de la voluntad de los niños (artículos 274¹⁵ y 411¹⁶).

La incapacidad de hecho es establecida por la ley con el exclusivo propósito tutelar y esa protección ofrece dos aspectos que se complementan: el impedimento para que el menor actúe por sí mismo, dañando sus intereses, y el establecimiento de una representación necesaria para que ella obre en lugar y nombre del menor [En Orgaz, Alfredo, “*Personas Individuales*”, 2º ed., Córdoba, Lerner, 1963]¹⁷.

Así, se sanciona con nulidad los actos realizados por el niño en violación a su condición de incapaz.

La Ley N° 26.061 -en consonancia con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño- se estructura sobre la idea de reconocimiento a los niños de su condición de sujeto de derecho; mientras que las leyes internas, que aún no se adecuaron a los postulados de la Doctrina de la Protección Integral, están estructuradas sobre el viejo sistema tutelar en donde la representación legal adquiere trascendencia y relevancia fundamental.

La armonización del derecho privado interno con la Convención y la Ley N° 26.061 es una imperiosa necesidad.

¹⁵ Art.274 CC: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en éste código”.

¹⁶ Art.411 CC: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”.

¹⁷ D’ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de Menores”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994, pág. 109.

En lo que a este trabajo nos interesa el C.C. en su art. 264 quater inciso 5 establece que el hijo puede con autorización de ambos padres comparecer en juicio.

Lo dicho, vedaría la posibilidad, hoy discutida, de que el niño pueda por si mismo ejercer la defensa judicial de sus derechos. Sin embargo, ello no es así, pues son muchas las ocasiones en que el menor de 21 años puede defender judicialmente sus derechos¹⁸.

Aclara Palacio, abriendo una vía opcional que ante la falta de autorización paterna debe obtenerse la judicial, lo cual implica que el menor goza de plena capacidad para promover el juicio tendiente a suplir la licencia paterna [En Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Perrot, 1968]¹⁹.

El ejercicio de la autoridad de los padres, en figuras como las de tenencia, o guarda necesitan aggiornarse generando una democratización de las relaciones entre padres e hijos, dando lugar a que un niño goce de una mayor libertad y calidad de relación parental, sin importar si sus padres viven juntos o no, evitando distinguir un régimen jurídico para niños con padres convivientes y otro para niños de padres separados²⁰.

El Código Civil Argentino no brinda un espacio que permita dar una solución al dilema planteado ya que está redactado dentro de un concepto de patria potestad que requiere de profundas reformas, desde la óptica del niño como objeto de derecho y no desde la actual, paradigmática noción de niño, como sujeto de derecho²¹.

¹⁸ Véase D'ANTONIO, Daniel Hugo, ob. Cit., pág. 159 y sigs.

¹⁹ D'ANTONIO, ob. cit, pág. 161.

²⁰ BASILE, Carlos Alberto, "El ejercicio de la autoridad de los padres: Dualidad o unitarismo", La Ley 2005-B, 1065, Buenos Aires.

²¹ MENDOZA, Elena, "La Convención sobre los derechos del niño, Capacidad de hecho de niños, niñas y adolescentes", La Ley Actualidad, 11-12-2003, 3, Buenos Aires.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Capítulo IV

DERECHO A SER OÍDO

“Atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige –bajo pena de nulidad– que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuales fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo, porque este constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas, para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez” S.C.B.A Ac. 73.814 27.09.2000.

Sumario: 1. El derecho del niño a ser oído según la Convención sobre los Derechos del Niño. 2. ¿A partir de qué edad debe ser oído?. 3. ¿Ante quién debería expresar su opinión el menor para que su derecho a ser oído se manifieste en toda su plenitud?. 4. El derecho a ser oído según la ley N° 26.061.

1. El Derecho del Niño a Ser Oído según la Convención sobre los Derechos del Niño

Según Cecilia Grosman²², hasta el presente con la idea de que el tribunal velaba por la protección del niño, éste era sólo un personaje silencioso de quien se desconocían sus sentimientos, deseos y necesidades. Hoy se piensa que considerar al niño como sujeto de derecho significa darles la debida

²² GROSMAN, Cecilia, “Significado de la Convención de los derechos del niños en las relaciones de familia”. La ley t. 1993-B, Sec. Doctrina, Pág. 1083 a 1103. Buenos Aires.

participación en los procesos que conciernen a su persona cuando ha alcanzado cierta edad. Actualmente las legislaciones tienden a reconocer el derecho del niño a ser escuchado y defendido en los procesos que le conciernen, particularmente en los conflictos de familia.

Abocándonos al tema, en nuestro ordenamiento jurídico positivo, mediante el art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional se ha dado jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Consagra en su artículo 12 inciso primero el *derecho del niño a ser oído*, asegurando el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, estableciendo que es obligación del Estado garantizarlo, siempre que el mismo esté en condiciones de formarse un juicio propio en función de su edad y madurez. Lo cual está en concordancia con el artículo 5²³ de la Convención, que desarrolla el *principio de la autonomía progresiva*.

Según Rodolfo Hussonmorel²⁴, el niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador que se beneficiaría, en el mejor de los casos, con las decisiones acertadas que podrían tomar sus mayores.

El artículo 12 en su inciso segundo establece que al niño debe dársele la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o

²³ Art. 5 CIDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

²⁴ HUSSONMOREL, Rodolfo, *Convención sobre los Derechos del niño*, Directora: WEINBERG, Inés M. “Comentario al artículo 12”, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 190 y sigs.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

administrativo que lo afecte, 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.

A su vez, el artículo 13 del citado cuerpo da determinados lineamientos que pueden ayudar al intérprete a delimitar los alcances de tal derecho estableciendo que: “el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

Nunca habían sido reconocidas, de modo expreso, la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

2. ¿A partir de qué edad debe ser oído?

Una interpretación estricta de la letra de la Convención permitiría concluir que el derecho del niño a expresar su opinión está quizás condicionado a que se encuentre “en condiciones de formarse un juicio propio”.

La doctrina no se encuentra pacífica a propósito del límite de edad necesario para que la opinión del niño se transforme en relevante.

En nuestro país, la doctora Grosman²⁵ sostiene que la edad mínima para que la opinión del niño pueda ser tenida en cuenta es la de 14 años.

Rodolfo Hussonmorel²⁶ distingue si por juicio debe entenderse “facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo

²⁵ GROSMAN, Cecilia P. “La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia, en E.D. 107-1011.

²⁶ *Ibidem*.

verdadero de lo falso”, cabe entonces pensar que el niño de diez años de edad o más, tal y como nuestro Código Civil lo dispone, es capaz de formarse un juicio, ya que a los efectos de imputarle responsabilidad por una conducta dolosa, debió computarse que éste sabía discernir entre el bien y el mal. Si por juicio se entiende “operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones”, entiende el citado autor que la capacidad del niño de formarse un juicio estará íntimamente ligada al contexto socioeconómico y cultural que rodee su desarrollo, y en tal sentido una fórmula genérica correría el riesgo de ser demasiado inexacta.

Concluye que dada la importancia que la opinión del niño merece, la redacción del artículo, -o al menos la interpretación que de él se ha hecho- es demasiado vaga.

No es cierto que el ser humano se comunique solamente a través de la palabra oral y escrita. Ni la estructura relevante de nuestra vida se refleja a través de la lógica del juicio.

Existe, un vastísimo universo de símbolos y signos que a los fines de la comunicación son tan efectivos como los juicios mismos, y tan reveladores que no deberían ser despreciados, como una manifestación de un síntoma en el niño, porque ello nos permitiría desentrañar circunstancias ocultas, solapadas, a causa del miedo, la desconfianza, la timidez.

Nosotras pensamos que esto último tiene relevancia fundamental para dilucidar cuestiones familiares, por ejemplo que el niño tenga miedo de acercarse a su padre en la audiencia, o que se muestre inmutable ante un acto de violencia acontecido ante sus propios ojos, son hechos, signos o símbolos

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

que dejan traslucir una realidad en el mundo de ese pequeño que nos exime de mayor explicación.

Consideramos muy importante y coincidimos con la opinión de José Carlos Arcagni²⁷, quien afirma: “como la Convención ha decidido no poner ninguna edad determinada para evaluar la validez de la opinión del menor y no ha hecho ninguna distinción, no creo que deban realizarse interpretaciones que puedan desnaturalizar el espíritu y fines de la misma. En cada caso en particular, deberá analizarse si el menor posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar”.

Antes de la sanción de la ley del niño y del adolescente, tribunales importantes de nuestro país como la Suprema Corte de Buenos Aires²⁸, adoptaron una postura muy firme en el tema que nos ocupa que dejó sentado que corresponde anular de oficio las sentencias si el requisito de oír al niño no se ha cumplido por el tribunal, cualquiera sea la edad del niño. Y sea cual fuere la edad del niño será imprescindible verlo, porque este constituye el único y verdadero modo de saber de él, ya que para ser protegido necesita la mirada de su juez. En consecuencia, se dispuso anular de oficio el fallo recurrido por no haberse cumplido con el requisito de la audición, pues la representación que el Asesor de Incapaces ejerce no supe, ni por ende subsana, la omisión del contacto personal.

Contrariamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁹ entendió que no es obligatoria la consulta directa de la voluntad del niño dado que la Convención hace referencia a “representante u órgano apropiado” y por ello

²⁷ Citado en MINYESKI, Nelly y HERRERA Marisa, *“Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley N° 26.061”* en *“Protección Integral de Derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061”*, GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador), 1° Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, Fundación Sur, 2006, Págs. 43/70.

²⁸ Ver SCBA, Mayo 2/2002 en LL, 2003-A-425.

²⁹ En autos *“Wilner Eduardo c/ Osswald, María Gabriela”*, en LL 1996-A-260, E.D 164-13.

el requisito de la audición se cumplimenta con la intervención del Asesor de Menores .

Sin lugar a dudas, esta interpretación desvirtúa los ejes rectores de la Convención dado que la misma persigue la real y efectiva participación del niño en los asuntos que lo afectan, y no su marginación por parte de sus representantes.

Pensamos que es digna de elogio la postura de la Corte Suprema de Buenos Aires, que debe oírse al niño cualquiera sea su edad, o al menos, tomar contacto directo con él –si éste no puede o no sabe hablar-, por el contrario la postura de la CSJN ya no puede sostenerse a la luz de los artículos 24, 27 y concordantes de la ley N° 26.061, que serán esbozados posteriormente.

El derecho del niño a ser oído no debe confundirse con el derecho, que también le asiste, a tener un representante –lo cual será desarrollado en el capítulo tercero-.

Hecha la crítica precedente, restaría afirmar que efectivamente el niño debe tener derecho a ser escuchado directamente en todo proceso que lo involucre sin importar el tipo de proceso de que se trate.

3. ¿Ante quién debería expresar su opinión el menor para que su derecho a ser oído se manifieste en toda su plenitud?

Hay autores que se inclinan en el sentido de que toda audiencia en la que el menor participe, ya sea en sede judicial como administrativa, se lleve a cabo con la presencia de la máxima autoridad -el juez personalmente- garantizándose de esta manera la inmediatez y la celeridad que requieren los asuntos de menores. Dentro de estos, hay quienes se inclinan porque el juez

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

se encuentre en privado con el niño y otros que establecen que debe ser asistido por especialistas, sin que se pierda el contacto directo entre juez y niño. Además, entre los primeros hay quienes establecen que los dichos del menor deben ser volcados tal cual en el acta para que luego puedan interpretarse por especialistas, en cambio otros sostienen todo lo contrario estableciendo que debe dejarse de lado aquí la publicidad de los actos para proteger al niño.

No obstante, el contacto directo Juez- Niño no puede hacerse de cualquier manera. Con acierto se dijo que aquel debe cumplir mínimas exigencias de capacidad y entrenamiento porque una adecuada entrevista puede ser decisiva para la recuperación de la confianza de un niño-victima. En cambio en un encuentro que fracasa por ineptitud o falta de preparación, las consecuencias pueden ser gravosas para el niño. Es susceptible de provocar “la revictimización o victimización secundaria” por parte de quienes estaban llamados a reparar³⁰. Vale decir, parece fundamental que el hijo no sienta que se ha convertido en un árbitro de los problemas que ambos progenitores afrontan.

4. El derecho a ser oído según la Ley N° 26.061

Lo que venimos esbozando hasta el momento tiene su correspondiente correlato con la Ley Nacional N° 26.061 titulada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, la cual consagra varios textos referidos al derecho del niño a ser oído, ellos son:

1) El art. 2 establece que *“Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”*.

³⁰ MOLINA, Alejandro C., “El niño víctima en y de los procesos judiciales” en ED, 201-915.

2) El art. 3 inc. b ordena que se deberá respetar: *“El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta”*.

3) El art. 24 en su inc. a) prescribe el derecho de los niños a *“Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés”* y el inc. b) determina que también les asistirá el derecho a *“Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”*.

4) El art. 27 especifica que el niño tiene derecho: inc.a) *“A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”*; inc.b) *“A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte”*; *“d) A participar activamente en todo el procedimiento”*.

5) El art. 41 inc.a) atiende a las medidas excepcionales de protección que pueden adoptar los organismos competentes, exigiendo aplicarlas *“en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de los niños niñas y adolescentes”*.

Como se observara la Ley N° 26.061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en el proceso.

En reglas generales vemos que los mencionados artículos encuentran su correlato en el ámbito de nuestra provincia en la recientemente sancionada Ley N° 12.967 denominada “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, más precisamente en sus artículos 21 y 25. Una de las diferencias que nos parece más relevantes, es la mejora que puede observarse en la redacción del primer artículo con la incorporación del inciso b. que establece el derecho a recibir la información necesaria y oportuna para formar su opinión, en todos los ámbitos en los que se desenvuelve, lo cual es de una trascendencia fundamental.

En síntesis y para finalizar el presente capítulo, nos parece dable destacar que “el derecho a ser oído es considerado de **carácter**

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

personalísimo, es decir no puede admitirse que se exija su ejercicio a través del asesor de menores, ni de una figura como el tutor pues su intervención desvirtuaría la finalidad que persigue” (SCBA- la ley 2003-A, 425 – DJ 2003 – 1, 522).

El interés superior del niño reclama, en definitiva, que las decisiones que lo afectan no se tomen a sus espaldas.-

Capítulo V

DERECHO AL PATROCINIO LETRADO

“El acceso a la justicia es un derecho reconocido en los Pactos Internacionales al que todo ser humano, sobre todo aquel más vulnerable debe poder acceder para lograr la máxima de Justicia e Igualdad ante la ley” Anónimo.

Sumario: 1. Derecho de defensa. Defensa material y defensa técnica. 2. La ley nacional de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes N° 26.061. 3. El abogado del niño versus la representación necesaria y promiscua. 4. La edad del niño. 5. Derecho Comparado: Canadá, Estados Unidos, Europa, Francia. 6. Ámbito provincial.

Cuadra distinguir entre lo que es el derecho del niño a ser oído y el derecho de éste a una participación activa en el procedimiento. La cuestión merece destacarse ya que si bien -en general- no se discute mayormente acerca del primero, en cambio si se observa una resistencia de los tribunales respecto a lo segundo.

1. Derecho de defensa

Considerando a los niños como auténticos sujetos de derechos, se debe reflexionar acerca de cómo se traduce este reconocimiento en un procedimiento determinado, respecto de la defensa jurídica de sus intereses. El derecho de defensa puede considerarse el principal a ser respetado en los ámbitos donde se tomen decisiones que afecten a los derechos o intereses del niño o niña, como forma de materializar la noción de sujetos activos de derechos, con intereses y opiniones propios que merecen protección legal, a su vez como un útil instrumento jurídico que permita acortar la brecha entre la teoría y la realidad.

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la Convención, en sus dos aspectos:

- Defensa material: se funda en el derecho del niño a ser oído y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses (Art. 12 CIDN). Lo fundamental de este aspecto es que debe ser concebido como un derecho del niño y una garantía frente al poder del Estado, por lo que la interpretación de sus manifestaciones no puede adquirir cualquier forma, sino sólo la que responda concretamente a un ejercicio defensivo de sus derechos. El mentado aspecto de la defensa ya ha sido ampliamente abarcado en el Capítulo II del presente.

- Defensa técnica: se funda básicamente en la noción de asistencia jurídica de la CIDN reconocida en el Art. 40.2.b. III, y que algunos autores dilucidan incluso en el artículo 12³¹. Asimismo la ley

³¹ MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia y MORELLO, Augusto, "El abogado del niño" en ED T°164, págs. 1180/5.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Nº 26.061, en su artículo 27 reconoce el derecho de defensa, tanto en su aspecto material –en lo que ya fue visto anteriormente-, como técnico. Este artículo establece que: *“los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes... 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...”*.

Le corresponden todos los derechos y garantías básicas que se le confieren a cualquier persona, sin distinción de edad. A pesar de posibles interpretaciones restrictivas de la Convención, los niños son titulares del derecho de defensa, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, porque no es otra la interpretación que cabe hacer de nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional, pues los niños son habitantes por el hecho de ser personas que habitan el territorio argentino.

En este sentido, en la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana se señaló que en los procesos judiciales o administrativos que involucren a los niños se deben observar los principios y normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su situación específica.

El ingreso del abogado del niño al derecho nacional debe constituir una sugerente y fecunda manifestación que, como nuevo componente refuerce el proceso constitucional.

Siguiendo esta línea argumental, de nada valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz. En este sentido, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran para el

intérprete cualquier sentido, sino solo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

2. La ley Nacional de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes N° 26.061.

Con arreglo a los términos del artículo 27 de la Ley N° 26.061 cabe inicialmente destacar, que la aplicación de los referidos derechos y garantías no se limita por la ley a aquellos procesos en que las niñas, niños y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales sino que aprehende a todos los que los “afecten”, fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar³².

Asimismo la ley no distingue tampoco en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en los que esos derechos y garantías deben inexcusablemente observarse, con lo que aprehenden naturalmente a los administrativos como a los judiciales y dentro de estos a los civiles como a los penales.

El derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan. Sobre tales ideas se deben encontrar los mecanismos y espacios necesarios para que al niño se le garantice este derecho de naturaleza constitucional.

El carácter de parte en un proceso civil exige, además, una defensa técnica que se logra a través de una asistencia jurídica especializada, la cual debe materializar el derecho del niño de peticionar conforme sus intereses.

3. El abogado del niño versus la representación necesaria y promiscua

³² GROSMAÑ, Cecilia, “*El interés superior del niño*” en “*Los derechos del niño en la familia*”, Obra Colectiva.- Ed. Universidad, pág.39.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Luego de la incorporación a nuestro sistema de la doctrina de la protección integral nos vemos en la obligación de reinterpretar aquellos institutos que se basen en eufemismos justificados por el argumento de la tutela.

El Defensor de Menores fue concebido jurídicamente en un momento donde la personas menores de edad eran consideradas como **objeto** de tutela, compasión y represión y que, en consecuencia, el mundo adulto no les reconocía ninguno de los derechos y garantías inherentes a la persona humana.

La asistencia letrada es una figura distinta e independiente de la representación necesaria y promiscua, contemplada en las leyes internas.

Según Néstor Solari³³, el Defensor de Menores actúa en nombre del Ministerio que integra y no en nombre del niño. Por ello, puede apartarse de lo deseado y querido por el mismo, en virtud de que el defensor expresa “su criterio”. El defensor al igual que el juez, interpretan el interés superior del niño. El defensor de menores ejerce la protección tutelar del menor de edad. Por ello, dictamina conforme a su voluntad; el querer del niño no lo obliga.

A su vez, el autor citado efectúa un paralelo con la figura del abogado del menor, afirmando que el mismo actúa conforme a los derechos de su asistido, no obra de conformidad a “su querer”, sino invocando los derechos del niño. Ya sea por directiva expresa o bien de conformidad con los derechos que el ordenamiento jurídico confiere al sujeto, cuando éste no puede impartirle las directivas correspondientes. El abogado no tiene por misión interpretar el interés superior del niño sino asistirlo técnicamente en sus derechos y garantías en el procedimiento judicial. El abogado ejerce la

³³ SOLARI, Néstor E., “*El derecho del niño al patrocinio letrado*” en *Doctrina Judicial* Año XXIII N°11 Buenos Aires, 14/03/07, Págs. 602/606.

defensa técnica del sujeto. No dictamina sobre los derechos del niño, no obra de acuerdo a su voluntad, sino ejerciendo en el proceso los derechos del sujeto a quien patrocina. Concluye sosteniendo que la figura del abogado del niño permite introducirlo como sujeto de derecho.

Según Laura Rodríguez³⁴, en este contexto, jamás la representación necesaria del Ministerio Público será obstáculo para que el niño designe libremente su abogado de confianza. El Ministerio Público como sistema de garantías en el proceso judicial deberá fiscalizar el cumplimiento del debido proceso legal, debido proceso que supone inexorablemente la actuación del abogado de niñas, niños y adolescentes. En esta línea, en caso que el niño no designe su abogado de confianza el asesor de menores deberá arbitrar los medios necesarios para la designación de oficio de un abogado que defienda los intereses particulares de la persona menor de edad.

Agrega Mauricio Mizrahi³⁵ que ni bien advierta el juez la complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en la especie intereses contrapuestos, tendrá inmediatamente que designarle un letrado, “preferentemente especializado en niñez y adolescencia”. La omisión de este recaudo será susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones cumplidas pues, nada menos, hallaríamos afectada la garantía de defensa en juicio de un sujeto de derecho, el niño. La facultad de la judicatura de nombrar un abogado existirá en la medida que el niño -con la madurez suficiente- aspire a designar a su propio letrado; en cuyo supuesto la designación que se realice estará sometida al juicio de merito de aquella.

³⁴ RODRÍGUEZ, Laura, “El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley N° 26.061 de Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes” en Fundación Sur Argentina, <http://www.surargentina.org.ar/derechoido.htm>

³⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Ob. cit.*, pag. 74.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Por todo lo dicho, la figuras del asesor de menores y la del abogado de niños, niñas y adolescentes no pueden ni deben confundirse. En este sentido, el abogado de confianza defiende los intereses particulares del niño y el asesor de menores ejerce la representación necesaria del mismo, debiendo custodiar el irrestricto cumplimiento de la ley.

Según Graciela Medina³⁶, el Ministerio Público de Menores, aún cuando en algunas ocasiones puede asumir la representación autónoma de una persona incapaz, y hasta en algunos casos la defensa de derechos de incidencia colectiva, estrictamente no hace defensa técnica, sino que desarrolla la actividad judicial y extrajudicial (Cf. art. 59 CCiv.), ejerciendo generalmente la representación promiscua (general, indiferenciada, complementaria) de las personas incapaces de hecho, y como parte de buena fe. Tiene una legitimación ex lege, anterior al proceso judicial, por lo que estrictamente no asume en el proceso la representación, sino que interviene porque ya tiene dicha representación por mandato legal; resultando tal intervención esencial en todo asunto judicial y extrajudicial en que estén en juego los intereses de las personas incapaces de hecho.

Si bien su función no es contraria a la Convención, evidentemente no es suficiente para garantizar que estos niños puedan ser parte del proceso, accediendo a la información que en el mismo se suscita y activando su tramitación. Considerar lo contrario es no tomar en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de su representante legal o su representante promiscuo, aun a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. El simple hecho de

³⁶ MEDINA, Graciela en BLANCK, Ernesto y RODRÍGUEZ, Laura, "Los Niños, Niñas y Adolescentes como parte en los procesos judiciales. Análisis de un antecedente jurisprudencial" en <http://www.surargentina.org.ar/juri-sept.htm> .

permitírsele una escucha diferenciada dentro del proceso lo posiciona como diferente, como sujeto autónomo.

Todos estos argumentos nos hacen sostener que hace al interés superior del niño el de ser tenidos por parte y que se haga lugar a la designación de los abogados patrocinantes a fin de cumplir con todos y cada uno de los principios y garantías constitucionales.

4. La edad del niño

Ni la Convención ni la Ley N° 26.061 ni la Ley Provincial N° 12.967 distinguen una edad a los efectos del patrocinio letrado. En todo momento las referidas disposiciones hacen alusión a “niños”, sin discriminar edades.

La doctrina se ha ocupado de esta laguna legal. Pérez Manrique³⁷ ha expresado que “...el abogado es un personaje ligado al principio de capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. Así el abogado no sustituye su voluntad (del niño), la reproduce o transmite al juez...”.

Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera³⁸ apuntan que “...la evolución psicofísica del niño hace que pueda acceder a sus derechos fundamentales que implica necesariamente el abandono de la rígida y obsoleta dicotomía entre capacidad-incapacidad propuesta por el Código Civil”.

³⁷ PÉREZ MANRIQUE, en su informe titulado “*La Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes*”, presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, celebrado en la Facultad de Derecho de la U.B.A. el 24 y 25 de agosto del 2006 citado en QUAINI, Fabiana Marcela, “*La representación procesal de un menor en un proceso judicial (en Argentina). La representación del niño en el proceso directamente por un abogado en Argentina y en el derecho comparado*” en <http://blog.pucp.edu.pe/item/26250>.

³⁸ “*Ley de Protección integral de Niñas Niños y Adolescentes*”, Editorial Ediar 2007, página 167.-

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Mizrahi³⁹ señala que la ley establece el loable criterio de receptor la denominada “capacidad progresiva” en lo relativo a los actos que el niño puede ejercer directamente... Esta inserción obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, de manera que los niños podrán ejercerlos por sí y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su desarrollo y madurez. Los niños podrán ejercer todo lo que hace a sus derechos personalísimos sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo; ello a pesar de lo que surgiría de una fría lectura de los arts. 54 y 55.

Según Carlos Alberto Basile⁴⁰, es discriminatorio en razón de la edad excluir el derecho del niño a designar su propio abogado para que lo asista en un proceso judicial de su interés, y perjudicial el privarlo de toda posibilidad de que este acceda a un servicio de asistencia jurídica especializada y que lo defienda en forma autónoma en sus propios derecho e intereses.

5. Derecho Comparado⁴¹

- Canadá: El niño puede dar instrucciones a un abogado y por ello puede ser representado, un niño de 4 años ya puede tener esta capacidad. El abogado debe indicar al tribunal, las preocupaciones, los deseos y las opiniones del niño. Dicho de otra manera supone presentar al tribunal una prueba exacta y completa compatible con la posición del niño. Se trata de una obligación de hacer en la medida que ello sea posible teniendo en cuenta la edad y la situación del niño. La capacidad de un niño para mandar a un

³⁹ MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., pag. 75.

⁴⁰ BASILE, Carlos Alberto, “La audición del niño en el proceso judicial”, Doctrina Judicial, Año XXI N°41, Buenos Aires, 12/10/2005.

⁴¹ Para un mayor desarrollo de este punto véase la obra ya citada de la Dra. QUAINI, Fabiana Marcela.

abogado debe ser determinada por el abogado sobre una base individual. Se deberá entonces observar la organización del nivel intelectual del niño para evaluar su madurez y discernimiento, que no sea un mero capricho del niño. Se analizará si el niño es inteligente, vivo de espíritu y se expresa claramente. Si percibe la realidad con seguridad, si es realista consciente de su situación y no teme expresar lo que piensa. Si es capaz de tomar decisiones pensadas. Inclusive si el abogado duda si el niño tiene o no capacidad, puede llevar al tribunal dicha situación de duda para que éste resuelva. La edad no debe ser el único parámetro para indicar si el niño es capaz o no de maniatar a su abogado, pero ya teniendo 12 años debe presumirse que ya es capaz de hacerlo.

-Estados Unidos. En los diferentes estados de E.E.U.U. autorizan a que un menor sea representado directamente por su abogado en temas de custodia controvertida entre los padres. Por su lado la ABA American Bar Association, en Estados Unidos, ha reconocido que el abogado debe apreciar la capacidad del niño y ya un infante de 5 o 6 años tiene opiniones de peso “entitled to weight” en procesos judiciales de custodia. La capacidad de niño para estar en juicio es funcional y debe ser revisada en cada caso concreto. Algunas Cortes Americanas han establecido que el niño tiene el derecho a elegir a su propio abogado.

-En Europa el Consejo de Europa en la Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de Strasbourg, 25.I.1996, en su Capítulo II, desarrolla los derechos del niño en el proceso, entre los que se encuentran los de designar su propio abogado, de demandar y estar en juicio, que se actúe rápidamente en los procesos donde los niños son partes.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

-En Francia: El niño puede designar su abogado directamente, incluso puede solicitar al Juez se le designe uno y la remuneración del abogado es pagada por el propio gobierno.

6. Ámbito provincial

En nuestra provincia este derecho encuentra su regulación en el artículo 25 que si bien en rasgos generales presenta gran similitud con el precepto de la comentada Ley Nacional encontramos diferencias significativas en las siguientes cuestiones en lo que es relevante a este trabajo:

- Al comienzo el precepto dispone que “Los organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que sean parte 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...”: con respecto a esto sólo cabe comentar que el artículo al hablar de procedimientos en los cuales los niños sean “parte” a diferencia de lo que dispone la Convención y de la Ley N° 26.061 (que hablan de procedimientos en los que éstos sean afectados) restringe sin razón alguna el ámbito de aplicación de este derecho, y se encuentra en evidente contradicción con leyes superiores, por lo cual resulta a todas luces inconstitucional y no podrá ser argumento válido para sostener un pronunciamiento judicial que niegue el patrocinio letrado al niño en virtud de que éste no es parte.

□ En su inciso e) establece el derecho del mismo a: “Ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, en forma privada y confidencial desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. En caso de carecer de medios económicos, el Estado debe designarle un letrado de la lista de abogados de oficio”. Éste en comparación con el artículo 27 inc.c) de la Ley N° 26.061 es bastante similar. Ambos sostienen que el Estado deberá asignar un abogado de la lista cuando el mismo carezca de recursos.

Capítulo VI

ENFOQUE REALISTA. PUESTA EN PRÁCTICA DE LOS DERECHOS EN LA ACTUALIDAD

“La Convención inviste jerarquía constitucional y de ella se deslizan ciertos parámetros interpretativos que no son consejos ni recomendaciones sino principios, valores y normas plenamente dotados de juridicidad, obligatoriedad y aplicabilidad por parte de todos los operadores gubernamentales” S.C.B.A Ac. 78.446 27-10-2001.

Sumario: 1. *La cruda realidad.* 2. *Análisis de las normas en la aplicación judicial.*

1. La cruda realidad

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

En palabras de Beloff⁴², luego de una primera etapa de optimismo y euforia en la cual se resaltaba que la incorporación de la Convención a nuestro derecho interno implicaba un cambio de paradigma, en el sentido que los niños habían dejado de ser objeto de tutela y represión para convertirse en sujetos plenos de derechos, comenzó a notarse que en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos, el impacto real de la Convención era más bien relativo.

Lo mismo cabría afirmar con respecto a la Ley N° 26.061 y la Ley N° 12.967 de la Provincia de Santa Fe.

A pesar de la ratificación e incorporación con jerarquía constitucional de la CIDN y de las leyes dictadas en su consecuencia, se observa en Argentina una sistemática vulneración de los derechos de la niñez, ya sea a instancia del régimen inconstitucional vigente, leyes inoperantes, prácticas judiciales que repelen el cambio y la ausencia o deficiencia en la articulación de políticas sociales y de concientización social, respecto a la lesión de los derechos humanos.

Y nada más crudo y real que las palabras de Bidart Campos para ayudarnos a enfocar el tema de investigación en la realidad: *“de las normas a la realidad hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo”*⁴³.

Ningún niño calmará su hambre porque una ley le asegure un nivel de vida digno, ni tampoco calmará el dolor del golpe recibido porque se le asegure que tiene el derecho a no ser maltratado.

⁴² BELOFF, Mary Ana, *“La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”*, en ABREGU, Martín y COURTIS, Christian (compiladores), *“La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”* - CELS/ Editores del puerto, Buenos Aires, 1997, pág.168.

⁴³ BIDART CAMPOS, Germán. *“La realidad, las normas y las reformas jurídicas”*, LL 1990-E-680.

En los procesos de familia, en los cuales el niño puede o no ser parte -dependiendo de la acción que se intente- pero en los que en la gran mayoría de los casos ve seriamente afectados sus derechos, rara vez es “escuchado”, y muy pocos y contados son aquellos procesos en los que se les da la posibilidad de ser representados por un letrado especializado.

Según surge claramente de la Convención y las Leyes de Protección Integral, son el Estado, sus organismos y funcionarios los encargados de respetar y hacer respetar los derechos por ellas enunciados. Sin embargo, ello no se observa en lo más mínimo –aclaramos siempre que nos estamos refiriendo al objeto de estudio de este trabajo-, por lo que podemos ir adelantando que si bien, estas normas tienen un impacto en las leyes vigentes en nuestro país, más específicamente hablando del Código Civil, el impacto real en la práctica diaria ha sido escaso e insuficiente.

2. Análisis de las normas en la aplicación judicial.

Ya hemos expuesto que la Corte Suprema de la Nación ha considerado suficiente a los efectos del ejercicio del derecho del niño a ser oído el hecho de que se haya escuchado a sus representantes, en evidente contradicción con el régimen legal imperante.

También en fecha 28/09/2006 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K “R.M.A” (Publicado en la Ley Online) rechazó el pedido del abogado patrocinante del menor por considerar que con la presencia de la madre y del asesor de menores se cumplió acabadamente con el artículo 27 inciso c de la Ley N° 26.061. En dicho pronunciamiento se reputó que el menor carecía de capacidad y discernimiento por lo cual no podía designar un abogado patrocinante.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Ahora, nosotras nos preguntamos, ¿Por qué el tribunal introduce un requisito que ninguna ley exige? ¿Por qué no se priorizó el interés superior del niño? Pues como surge del fallo, ni la madre ni el asesor de menores se preocuparon nunca por la situación que padecía el menor -internado en una institución-. Agrega el fallo en análisis que: "...lo cierto es que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente, pues una debida hermenéutica de la misma nos lleva a concluir que en el presente caso la escasa edad del menor, tres años, impide que pueda considerarse la actuación como parte legítima de un letrado patrocinante que no fue elegido por el interesado encontrándose en imposibilidad de condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación (conf. Art. 921 del Cód. Civil)..." Y que "... los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados en el proceso judicial, máxime teniendo en cuenta que existe un Juez que interviene en la causa y que velará sin lugar a dudas por su estricto cumplimiento, teniendo en cuenta que ni siquiera se ha alegado seriamente que esta defensa se encuentre menoscabada por quienes ya se encuentran interviniendo..."

Este fallo nos revela cómo, los magistrados pueden -si así lo desean- intervertir la interpretación de las normas para adecuarlas al sistema tutelar impuesto en el Código Civil originario de Vélez, que se mantiene vigente y extiende sus efectos hasta estos días.

Si bien el panorama actual no es muy alentador, se observan pronunciamientos aislados, excepcionales diríamos, en los cuales se da lugar a la participación del menor en el proceso que lo afecta. Estos casos merecen ser imitados, pues la aplicación de las normas es una obligación para los abogados y funcionarios del Estado. Haremos una breve referencia de ellos.

- El 26/02/2003 en Ac. 84.856 en la causa “P.C.S. y P.B.I. s/ art. 10 ley 10.067” se había declarado en situación de abandono y en condiciones de adoptabilidad a B.I.P., en relación a su madre menor C.S.P. y a sus abuelos maternos. Entendió la Corte que la exigencia del art.50 de la Ley de Patronato es insoslayable, por lo que previo a decidir le impone a la Cámara tomar contacto personal y directo con la pequeña y con su madre entonces también menor. Dijo entonces el Dr. de Lázari “la finalidad del precepto, con sentido eminentemente tuitivo, apunta a que en el momento de resolver nada menos que el destino de un ser humano, se cuente por el juez con una impresión personal y directa de la constelación de circunstancias que le permitan de consuno con los elementos de juicio obrantes en la causa, arribar a un criterio que preserve el interés superior del mismo”.

- En un importante precedente la Cámara Civil y Comercial de Azul, con fundamento en el interés superior del niño, otorga la tenencia compartida o alternada cuando el padre y la madre la habían solicitado para sí. Con esta solución se priorizo el interés superior del niño, desplazando la aplicabilidad de otros principios subordinados. A la hora de decidir valoró —entre otras razones— la opinión del niño quien manifestó desear estar más tiempo con su padre. Declara que “no se afecta el principio de congruencia si los dos reclamaron para sí la tenencia exclusiva, pues aquella opción se emplaza dentro de los hechos litigiosos y en la facultad del juez de aplicar el derecho, la que se encuentra potenciada por el orden

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

público familiar, que rige la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer las soluciones más convenientes a sus hijos”⁴⁴.

- En autos “P.L.M.F. s/ Protección de persona” -Buenos Aires 17 de Noviembre del 2005⁴⁵ - se dio lugar a la intervención de una abogada patrocinante de la menor -15 años-. En autos, los padres habían solicitado la internación de la menor por consumo de drogas, pero la hermana de la misma tiempo después -también menor de edad- deseaba que su hermana volviera al hogar, para ello intervino la letrada integrante de la Fundación Sur a los fines de solicitar la externación de la niña. En la resolución se ha oído a la niña, se le permitió tomar vista del expediente y ser asistida por un abogado de confianza.

Con esto queremos decir que el derecho que se reconoce al niño de participar “activamente” en el procedimiento que lo involucra, con la garantía de que se lo escuche y se lo patrocine con un abogado de confianza, **no son meras declamaciones, retórica o actitudes demagógicas, muy por el contrario pone fin a una vacilante jurisprudencia que** -con el argumento de la falta de legislación adecuada- **negó el derecho del niño a tener una posición diferente a la de sus progenitores y a designar abogado propio.**

Claro está que aún los llamados menores impúberes tendrán capacidad procesal para ejercer por sí actos procesales.

De todos modos ya se dejó sentado más arriba que tal actuación no supone soslayar la representación legal de los padres, tutores o curadores, ni la promiscua del defensor de menores.

⁴⁴ Sala II, “T.C.A c/ M.J. s/ Tenencia”, 06/04/01, La Ley, Buenos Aires, 2001-1443.

⁴⁵ En BLANCK, Ernesto y RODRÍGUEZ, Laura, ob. cit.

Luego de la Convención, de la Ley N° 26.061 y de la Ley Provincial N° 12.967, no puede ya hablarse de que los niños son “incapaces” y están “debidamente representados” por sus padres y los organismos estatales. Ello obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, de manera que -al menos en cuanto a sus derechos personalísimos- los niños podrán ejercerlos por sí, y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su desarrollo y madurez. Se intenta así superar el paradigma capacidad-incapacidad.

Según Mauricio Mizrahi⁴⁶, el concepto de la capacidad progresiva se sustenta tanto en la capacidad de derecho o de goce, como en la capacidad de hecho o de ejercicio. No estará sujeto a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, su suficiente entendimiento.-

Conclusión

“Lo digo bajito, como en secreto. Porque es incómodo ser pequeño: hay que andar siempre con la cabeza levantada. Todo ocurre tan arriba, tan por encima de uno mismo. Uno se siente poco importante, rebajado, débil y como perdido. Puede que por eso nos guste andar al lado de los adultos cuando están sentados; porque entonces podemos ver sus ojos.” Janusz Korczak

En síntesis, de lo expuesto surge que resulta indispensable encarar la modificación de nuestro Código Civil, ya que muchas de sus normas,

⁴⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis - “Los derechos del niño y la ley N° 26.061” - en La Ley 16/12/2005, pag.1.-

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

inspiradas en la concepción del niño como un objeto de posesión de sus padres, no se compadecen con el actual esquema normativo.

Hasta tanto se concreten las reformas del caso se impone a nuestros jueces una ardua tarea de reinterpretación de los textos del Código Civil que resultaron afectados por la Convención y la Ley N° 26.061.

Según Lacruz Berdejo⁴⁷, “la incompatibilidad entre los fines de la ley moderna y la pretérita debe ser absoluta, no bastaría que ambas leyes trataran de la misma materia si pudieran conciliarse sus disposiciones”. Por ende habría que tener en cuenta las siguientes pautas orientadoras: 1) la igualdad de materia entre ambas leyes, 2) la identidad de los destinatarios, y 3) la contradicción o incompatibilidad entre los fines de los preceptos⁴⁸.

Sin pretender agotar la nómina, mencionaremos a continuación algunos de los preceptos de nuestro Código Civil cuyo grado de aplicabilidad o inaplicabilidad tendrá que ser especialmente analizado por el órgano judicial.

1) Artículos 54, 55 y 59 CC: La primera de las disposiciones establece la incapacidad absoluta de los menores impúberes. El art. 55 dice que los menores adultos “solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”. El art. 59 en fin, prevé que “los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”.

A la luz de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061 que resguarda sus derechos, los citados artículos tendrán que ser reinterpretados por la judicatura y no podrán ya ser considerados en su sentido literal. Por un lado **los niños podrán ejercer todo lo que hace a los derechos personalísimos sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo**; ello a pesar

⁴⁷ Citado en MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa. Ob. Cit., pag. 43/70.

⁴⁸ MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa, ob. cit., pag. 43/70.

de lo que surgiría de una fría lectura de los artículos 54 y 55. Por el otro, la actuación del Ministerio de Menores no tendría que responder a la llamada ideología del patronato que parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de su vida civil.

De lo puntualizado surge entonces que la perspectiva será otra: **los hijos estarán dotados no sólo de la titularidad de derechos, sino también con la capacidad suficiente para su ejercicio en función del juicio propio que adquieran, su entendimiento y madurez intelectual y psicológica; más allá de los límites rígidos impuestos por las edades que hayan alcanzado.**

2) *Artículo 236 CC.*: La parte que nos interesa del artículo dice: “En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1. Tenencia y régimen de visitas de los hijos. 2. Atribución del hogar conyugal. 3. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización (...) El Juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos,..”.

Los acuerdos de tenencia y régimen de visitas no deberán ser homologados por el Juez sin audiencia previa con los hijos, quienes podrán por su lado realizar las articulaciones que estimen pertinentes.

Antes de la sanción de la Ley N° 26.061, algún pronunciamiento judicial [CNCiv., Sala I, Octubre 20 de 1998, ED 181-141]⁴⁹, con evidente error; no ha alcanzado a percibir la transformación fundamental que implica pasar de la concepción del Código Civil —de hace más de un siglo—, a los principios que emergen del espíritu y letra de la Convención sobre los Derechos del

⁴⁹ MIZRAHI, Mauricio Luis, *ob. cit.*, pag.7.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Niño, otros tratados sobre Derechos Humanos y el tenor de la propia ley del niño, en plena era postmoderna. Es precisamente a partir de la falencia apuntada que el decisorio nos dice que en cuestiones que atañen en esencia a los hijos “el debate judicial se lleva adelante entre los adultos”, que los menores no podrían peticionar por sí, porque son “incapaces de hecho”, que la cuestión se zanja con el “rol específico asignado por la ley al Ministerio de Defensa”; y que, en fin, el niño no está autorizado “a litigar como una parte”, ni “tampoco en calidad de tercero”.

No es así. La Ley N° 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño le reconocen a éste derechos personalísimos que, en la medida de su madurez, ejerce por sí; vale decir sin necesidad de acudir a sus padres o al representante promiscuo, de manera que parece sustancial reconocer a los niños sus facultades de peticionar directamente ante la autoridad judicial, cualquiera sea la calificación procesal que se le quiera dar a su intervención (aunque entendemos que debe revestir la calidad de parte).

Tampoco es argumento válido lo afirmado por la resolución de marras en el sentido que tal nuevo accionar de los hijos no es susceptible de aceptación en el estado actual de la legislación, aunque fue sostenido antes de dictarse la Ley N° 26.061. El Tribunal parece olvidar aquí lo resuelto por nuestra Corte Federal cuando sentenció que la ausencia de normas regulatorias de los derechos reconocidos en las convenciones no es óbice para su ejercicio, debiendo en tal caso el órgano judicial determinar de qué forma se ha de producir la actuación procesal de los involucrados en el caso⁵⁰. Pero una cosa es la atribución de determinar las características de cómo será la intervención de los niños, y otra muy distinta es vedarles la

⁵⁰ CSJN, octubre 15 de 1998, en LL., 1998-F-236.

posibilidad de realizar procesalmente peticiones autónomas ante la judicatura.

Es que la antes citada nueva ley del niño tampoco dice de qué manera el afectado ha de participar activamente en todo el procedimiento; y es obvio que la falta de normas procesales precisas no puede servir de fundamento para retacear la intervención del niño en el juicio.

Corresponde resaltar por lo demás, que la tesis que formulamos no comporta “arrasar con el orden jurídico establecido”, como se ha dicho también con error. De manera diferente, la cuestión transita por respetar el escalonamiento normativo del artículo 31 de la Constitución Nacional y aceptar entonces la reinterpretación, y derogación en su caso, de nuestros textos internos a la luz de los preceptos contenidos en los tratados internacionales. Ello dicho sin perjuicio de que ahora contamos con citada Ley interna N° 26.061, la que naturalmente debe prevalecer sobre el Código Civil dictado con mucha anterioridad. Por lo tanto, la cuestión es hoy a la inversa: negar la participación activa del niño en el proceso sí implicaría arrasar con el orden jurídico⁵¹.

3) Artículo 264 ter CC: Ordena la norma: “En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar. El juez podrá, aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y oír al menor si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Podrá atribuirlo

⁵¹ MIZRAHI, Mauricio Luis, Ob. cit.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años”.

A mérito de lo preceptuado por los artículos 16.1, 12 y 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 2, 3, 24 y 27 de la Ley N° 26.061, debe reinterpretarse el artículo de la siguiente manera:

a) Existan o no los desacuerdos mencionados por la disposición, el hijo involucrado podrá acudir al Juez Competente para plantear las cuestiones que considere conflictivas aunque no lo hiciera ninguno de sus padres;

b) Que deducidos los planteos por alguno de los progenitores, el Juez tendrá la obligación —previo a decidir— de oír al niño, no obstante el empleo del término “podrá”, y la alusión a lo que aconsejaren “las circunstancias de todas maneras el hijo siempre estará habilitado a ejercitar la vía recursiva aunque formalmente no revista la calidad de parte (art. 27. inc. e, ley N° 26.061).

4) *Artículo 264 quater CC*: Reza esta norma: “En los casos de los incisos 1, 2 y 5 del artículo 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1. Autorizar al hijo para contraer matrimonio 2. Habilitarlo. 3. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad. 4. Autorizarlo para salir de la República 5. Autorizarlo para estar en juicio. 6. Disponer de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial. 7. Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294. En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el Juez lo que convenga al interés familiar”.

Como regla general, ninguna resolución válida podrá adoptar el Juez sin oír al hijo, quien, desde luego, tendrá una participación activa en el proceso (art. 27, inc. d, ley N° 26.061). En los supuestos particulares de ingresos a comunidades religiosas, fuerzas armadas y de seguridad (inc. 3), salida de la República (inc. 4), y autorización para estar en juicio (inc. 5), un recaudo fundamental será la acreditación de que media la aspiración o deseo del hijo de acceder a aquello cuya venia supletoria se requiere a la justicia. Corresponde aplicar a todos los casos directivas básicas de la Convención sobre los Derechos del Niño tales como el artículo 2 inc. 2, que protege al niño “contra toda forma de discriminación”, el artículo 16 inc. 1, que prohíbe que sea “objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada” y las prescripciones respectivas de la Ley N° 26.061 (arts. 10 y concordantes). Por supuesto que, de igual manera, lo contemplado por el artículo en análisis podrá ser requerido autónomamente por el hijo al Juez.

5) Artículo 265 CC: Esta norma expresa que “los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de sus hijos sino con los suyos propios”.

Debe resaltarse que las facultades que tienen los padres, no obstante la previsión genérica del artículo 265 del Código Civil, en ningún caso pueden restringir o lesionar los derechos del hijo a expresar libremente sus deseos y opiniones en todos los asuntos que lo afecten, difundir sus ideas, a elegir con libertad sus creencias religiosas y de otro orden, a participar en las artes y la vida cultural, etcétera.

En sintonía con lo señalado, se expidió el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, sostuvo que “las atribuciones

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

conferidas a los padres en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”⁵².

Hay otras normas del Código Civil, en fin, que se deberá tenerlas por derogadas o sustancialmente modificadas, en razón de que no compadecen con la concepción del niño como sujeto de derecho. Tales son los casos de los artículos 274, 275, 276, 283, 293, 294, 300 a 304, 307 a 310, 376 bis y 411, entre otros⁵³.

Finalizando y sintetizando, en la actualidad el proceso familiar se desarrolla entre los “adultos”, pero sobre materias que afectan a la persona del menor (tenencia y comunicación con el progenitor no custodio en los juicios de divorcio, trato del menor con familiares que reclaman un derecho de visita frente a la oposición de los padres, la adopción, desacuerdo entre el padre y la madre sobre los actos de ejercicio de la patria potestad, etc.).

Con la idea de que el tribunal velaba por la protección del niño, se lo dejó de lado en los casos en que sus derechos estaban esencialmente afectados. Es necesario considerar la debida participación del niño en los procesos que conciernen a su persona, pues el reconocimiento de los derechos del niño debe ir acompañado del esfuerzo para hacerlos efectivos y, en este aspecto, la justicia juega un lugar importante.

⁵² T.S. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre 14 de 2003, “*Liga de Amas de Casa, Consumidores y usuarios y usuarios de la República Argentina y otros c/ Ciudad de Buenos Aires*”, en LL 2004-B-413.

⁵³ Para realizar el comentario de cada artículo nos basamos esencialmente –pero no únicamente- en la obra ya citada de MIZRAHI, Mauricio Luís, pag. 1-25.

La ficción jurídica de la representación ha vedado el derecho de defensa de las personas menores de edad. La sanción de la ley N° 26.061 dejó bien claro la participación activa de los niños en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte.

Hoy entra a jugar el rol del abogado del niño, quien ya no tiene que esperar para ver qué opina su madre, su padre o el propio Estado.

Resta aún, una política pública rigurosa y sostenida tendiente a proporcionar gratuitamente a los niños, niñas y adolescentes un abogado patrocinante para que la infancia pase a recibir la más calificada atención jurídica.

Por último y recurriendo a las palabras de Natalia Stornini⁵⁴, a los fines de dar cumplimiento a los preceptos constitucionales y garantizar los derechos proclamados, los profesionales del derecho, magistrados y funcionarios dedicados a la infancia, y la sociedad en general -agregamos nosotras-, deben velar por la protección de los niños aplicando y haciendo cumplir los preceptos en ellos delineados, a los fines no solo de respetar la Constitución sino proteger a los más pequeños.

BIBLIOGRAFÍA.

- Basile, Carlos Alberto, *“El ejercicio de la autoridad de los padres: Dualidad o unitarismo”*, La Ley 2005-B, 1065.

⁵⁴ STORNINI, Natalia S., *Derecho del niño a ser oído y su participación en el proceso en el marco de la Convención sobre los derechos del niño*, Doctrina Judicial / Derecho Práctico, Año XXII N°27, Buenos Aires, 5/7/2006, págs. 751/756.

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN
LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

- Basile, Carlos Alberto, *“La audición del niño en el proceso judicial”*, Doctrina Judicial, Año XXI N°41, Buenos Aires, 12/10/2005.
- Beloff, Mary Ana, *“La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”* en *“La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, Abregu, Martin y Courtis, Christian (compiladores), CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Bersi, María Laura, *“Los protagonistas que solían ser silenciosos: análisis de la participación del niño en los procesos judiciales a la luz de la CIDN y de la ley N° 26.061”*, Año 2007.
- Bidart Campos, Germán J., *“La realidad, las normas y las reformas jurídicas”*, LL 1990-E-680.
- Blanck, Ernesto y Rodríguez, Laura, *“Los Niños, Niñas y Adolescentes como parte en los procesos judiciales. Análisis de un antecedente jurisprudencial”* en <http://www.surargentina.org.ar/juri-sept.htm>
- D’Antonio, Daniel Hugo, *“Derecho de Menores”*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994.
- Equipo de trabajo de la Clínica Jurídica de la Fundación Sur, *“El abogado del niño”*, en www.surargentina.org.ar .-
- Grosman, Cecilia, *“El interés superior del niño”* en *“Los derechos del niño en la familia”*, Obra Colectiva, pág.39, Ed. Universidad.
- Grosman, Cecilia P., *“La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia”* en ED 107-1011.
- Grosman, Cecilia, *“Significado de la Convención de los derechos del niños en las relaciones de familia”*, LL t. 1993-B, Sec. Doctrina, págs. 1083 a 1103.

- Grosman, Cecilia P, “*Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia*”, LL T° 1993-B, Sec. Doctrina, págs. 1089-1104.
- Ludueña, Liliana Graciela, “*El debido proceso y el niño en la terminología constitucional*”, Publicado en VERBA IUSTITIAE Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Morón, Año VIII N°17, <http://www.lgluduenia.com.ar/procesonino.pdf>
- Ludueña, Graciela Liliana – “Flexibilización de la Congruencia en miras del Interés Superior del Niño y del Adolescente”, Publicado en Revista del Colegio de Abogados de La Matanza, Año XX N°18, Año 2008, <http://www.lgluduenia.com.ar/>.
- Ludueña, Graciela Liliana, “*Intervención del menor en el proceso*”, Publicado en VERBA IUSTITIAE Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Año VIII N° 14., Año 2002, <http://www.lgluduenia.com.ar/>.
- Ludueña, Liliana Graciela – “*La defensa de los derechos del niño y el adolescente en la realidad judicial*”, Publicado en revista de Derecho Procesal , Tomo 2003-2, <http://www.lgluduenia.com.ar/>.
- Mendoza, Elena, “*La Convención Sobre los derechos del Niño. Capacidad de hecho de niños, niñas y adolescentes*”, La Ley, Actualidad, 11-12-2003, 3.-
- Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa , “*Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley N° 26.061*” en “*Protección Integral de Derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061*”, Emilio García Méndez (compilador) , 1° Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, Fundación Sur, 2006.-

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

- Mizrahi, Mauricio Luis , *“La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley N° 26.061”* en *“Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes: análisis de la Ley N° 26.061”* , Emilio García Méndez (compilador) , 1° Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, Fundación Sur, 2006.-
- Mizrahi, Mauricio Luis , *“Los derechos del niño y la Ley N° 26.061”* en LL 16/12/2005.-
- Molina, Alejandro C., *“El niño víctima en y de los procesos judiciales”* en ED 201-915.-
- Morello, Augusto M. y Morello de Ramírez Ma. Silvia – *“El abogado del niño”*, ED. T° 164., Buenos Aires, 2002.
- Pérez Manrique, en su informe titulado *“La Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”*, presentado en el “Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur”, celebrado en la Facultad de Derecho de la U.B.A. el 24 y 25 de agosto del 2006.-
- Quaini, Fabiana Marcela, *“La representación procesal de un menor en un proceso judicial (en Argentina). La representación del niño en el proceso directamente por un abogado en Argentina y en el derecho comparado”* en <http://blog.pucp.edu.pe/item/26250>.
- Re, Verónica y Robert, Verónica, *“Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”* Tesina de Postgrado de Especialización del Derecho de Familia de la UNR, Año 2008.-
- Rodríguez, Laura, *“El derecho del niño a ser oído y la defensa técnica a la luz de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los*

Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”,
<http://www.surargentina.org.ar/>.

- Solari, Néstor E., “*El derecho a la participación del niño en la Ley N° 26.061. Su incidencia en el proceso judicial*”, Doctrina Judicial /Derecho Práctico , Año XXI N°49 , 7/12/2005, págs.1051-1056.
- Solari, Néstor E., “*El derecho del niño al patrocinio letrado*”, Doctrina Judicial, Año XXIII N° 11, Buenos Aires, 14/03/2007.
- Stornini, Natalia S., “*Derecho del niño a ser oído y su participación en el proceso en el marco de la Convención sobre los derechos del niño*” Doctrina Judicial/Derecho Práctico, Año XXII N°27, Buenos Aires, 5/7/2006.
- Weinberg Inés M. , “*Convención sobre los Derechos del Niño*”, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 190 y sigs.

Normativa consultada.-

- “*Código Civil de la Nación Argentina*”.
- “*Convención sobre los Derechos del Niño*”.
- “*Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*” (B.O. 26/10/2005).
- “*Ley Provincial N°12967 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas niños y adolescentes*” (B.O.19/03/2009).

ANEXO:

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

Entrevista a los Magistrados del Colegiado de la Tercera Nominación de Familia de los Tribunales de Rosario:

Dos de los Jueces del TCF respondieron a nuestra entrevista con el requisito de que no se revelen sus datos personales. A continuación se transcriben las preguntas y sus correspondientes respuestas.

1) *¿Cuáles fueron a su entender los cambios más significativos que pudo observar como consecuencia del cambio de paradigmas propuestos por la “Teoría de la Situación Irregular” a la de la “Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” en lo que hace a los Tribunales Colegiados de Familia?.-*

Juez A: Las causas que antes ingresaban a los juzgados de menores ahora resultan de la competencia de los Tribunales Colegiados de Familia.

Juez B: Traslado y asunción de las responsabilidades del Estado por el Poder Ejecutivo.

Traslado de competencias que impiden un adecuado funcionamiento de los Tribunales colegiados de Familia.

2) *La convención tiene jerarquía superior a las leyes, la ley 26061 es ley especial y posterior al Código Civil. En su opinión y teniendo en cuenta lo precedente, ¿como deben aplicarse estas normas al resolver? (derogando en lo que no este acorde con ellas las normas inferiores -léase Código Civil en lo que a nuestro objeto de estudio interesa- o bien adecuando la Convención y la ley al Código Civil).*

Juez A: La Convención por tener rango constitucional resulta superior a la legislación civil que regula la materia debiendo estarse a ella en todo lo concerniente a la cuestión de los menores de edad.

Juez B: Las normativas supranacionales constitucionalizadas están en la cima de la pirámide jurídica. La legislación inferior debe ser interpretada a la luz de las de superior jerarquía.

3) *En conflictos familiares en lo que los niños se ven afectados. ¿Toma el juez contacto directo con el menor? SI – NO.*

Juez A: SI

Juez B: SI

- *En caso afirmativo, ¿lo hace a pedido de alguna persona u órgano en especial (padres, ministerio de menores, etc.) o bien porque así lo disponen la Convención y las leyes dictadas en su consecuencia?.*

Juez A: Dicha entrevista personal entre el menor de edad y el juez tiene lugar a pedido de uno y otro padre, o ambos, de la Defensora General o como una decisión del juzgador cuando considera necesaria la presencia del niño o adolescente para resolver un caso. Ello por supuesto es la resultante de la aplicación de la Convención y las leyes.

Juez B: Conforme CIDN art.12 y según las circunstancias del caso.

4) *¿Con que frecuencia al resolver utilizan disposiciones de la ley 26061 y la Convención?*

-Nunca

-Muy pocas veces

-La mayoría de las veces.

Juez A: La mayoría de las veces

Juez B: Muy pocas veces

-En caso de haber respondido una de las ultimas dos opciones ¿utilizan las normas de la Convención y las leyes dictadas en consecuencia para adecuar nuestro sistema a la doctrina de la protección integral o bien las

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

utilizan para dar más fuerza a sus argumentos pero en nada cambian ni modifican el articulado del C.C.?

Juez A: En el año 1986 la ley 23.264 recogió en su texto los principios de la Convención que a su vez adscribe a la doctrina de la protección integral por lo que no se requiere en las decisiones judiciales cambiar ni modificar el articulado del Código Civil y las decisiones judiciales aplican dicha doctrina.

Juez B: Sólo cuando el encuadre de los hechos lo requiere. Remito a la Pregunta N° 2.

5) *¿Podría comentarnos como observa en el ámbito de la realidad el ejercicio de los siguientes derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos de los Niños, en la Ley Nacional N° 26.061 y en la Ley Provincial N° 12.967?*

A_ Derecho del Niño a un Debido Proceso

B_ Derecho del Niño a ser parte procesal

C_ Derecho del Niño a ser oído

D_ Derecho del Niño a un patrocinio letrado especializado en Derecho de la Minoridad.-

Juez A:

A_ Derecho del Niño a un Debido Proceso: se requiere que se haga realidad que el niño sea parte procesal

B_ Derecho del Niño a ser parte procesal y C_ Derecho del Niño a ser oído: en cuanto a que el niño sea oído, como se responde en 3) la escucha del niño es una realidad.

D_ Derecho del Niño a un patrocinio letrado especializado en Derecho de la Minoridad: no existe el mismo debiendo instrumentarse tal derecho en forma urgente.

Juez B:

A_ Derecho del Niño a un Debido Proceso: Absolutamente respetado

B_ Derecho del Niño a ser parte procesal: Correctamente aplicado

C_ Derecho del Niño a ser oído: Correctamente aplicado

D_ Derecho del Niño a un patrocinio letrado especializado en Derecho de la Minoridad: de difícil instrumentación por la necesidad transferencial en la relación abogado-cliente.

6) *¿Creía necesaria la sanción de una norma a nivel provincial que regule los derechos consagrados en la Ley Nacional?*

Juez A: Consideraba que la ley nacional era directamente operativa en el ámbito provincial, pero la sanción de la ley respectiva en nuestra provincia refuerza los derechos consagrados en aquella.

Juez B: No corresponde, solo habría que reformar el código procesal civil y comercial de Santa Fe y la Ley Orgánica del Poder Judicial (Competencia)

7) *¿Cuál es su opinión sobre el reconocimiento y puesta en práctica de los mismos?*

Juez A: es un avance significativo el reconocimiento y puesta en práctica de los derechos que consagran la normativa nacional y provincial, puesto que el niño/a o adolescente considerado antes objeto de la “protección del Estado” que se trasuntaba en una institucionalización desconociendo sus derechos, ahora adquiere la calidad de sujeto de derecho, lo cual si se respeta y se instrumenta convenientemente va a permitir que se respeten debidamente los derechos de los niños/as y adolescentes.

Juez B: Que se hacen en forma adecuada, sujeto a los límites de infraestructura

PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN
LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA

8) *¿Cuáles serían las políticas públicas que a su entender serían necesarias para poder implementar adecuadamente los derechos precedentemente enumerados?*

Juez A: se requiere que el Estado proporcione empleo a quienes están desocupados, que se combata la deserción escolar, que se promocióne a la familia proporcionándose vivienda digna, becas de estudio a los niños/as y adolescentes, que existan lugares a los que gratuitamente se puede acudir para fomentar redes de solidaridad en las cuales los grupos se sientan contenidos y respaldados en su accionar.

Juez B: Evitar la desconcentración legislativa, promover la centralización de las decisiones políticas en el Poder Ejecutivo y desjudicializar a los menores de edad en la máxima medida posible.-

EXAMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

José Antonio Díez Fernández¹

Sumario:

Introducción. I. El diagnóstico prenatal. II. el aborto por “malformaciones” en la legislación española. III. Un paso más: los programas de cribado genético. IV. Postura de las organizaciones de defensa de los discapacitados. V. Hacia una medicina defensiva: el miedo a las demandas. VI. Derecho a la información: la necesidad de protocolos de consentimiento informado adecuados. VII. La discriminación por motivos genéticos en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos. VIII. La discriminación por motivos genéticos en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

Resumen

El enunciado de la mayor parte de las Declaraciones intencionales de Derechos Humanos invita a realizar un examen detenido que permita contrastar si determinadas prácticas diagnóstico prenatal dirigidas a la detección de taras genéticas DPN se adecuan al espíritu y la letra esos Documentos; y arbitrar, en su caso, tanto políticas sanitarias y sociales como vías jurídicas, para que la aspiración a la igual dignidad y derechos de las

¹ Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid (España) Coordinador General de la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia (ANDOC). www.andoc.es / info@andoc.es

personas, no esté en la práctica sometida a la condición nacer “perfectos” genéticamente.

En particular, una interpretación abierta y coherente del artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, podría cuestionar abiertamente, las prácticas y políticas sanitarias de aquellos países que promueven los programas de cribado de malformaciones genéticas, ya que parten de la presunción de que la vida de una persona con discapacidad es inferior en valor a la de una persona sin discapacidad.

Palabras clave:

Diagnóstico prenatal - Síndrome de Down – Aborto -
Declaraciones Internaciones de Derechos Humanos.

Abstract

The wording of the greater part of International Statements on Human Rights invites everyone to make a careful examination that would allow contrasting if certain prenatal diagnosis practices, led to the detection of genetic defects, are suited to the spirit and letter of these Documents. And arbitrate, if need be, both health policies and social and legal means, for the aspiration to equal dignity and rights of persons be not subject to the condition of perfect genetically birth.

In particular, an open and consistent interpretation of article 10th of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, could challenge the practices and health policies of those countries which promote screening programs of birth defects, since they start from the

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

presumption that the life of a person with a disability is lower in value to that of a person without disabilities.

Key words:

Prenatal Diagnosis - Down Syndrome – Abortion - International Statements on Human Rights.

INTRODUCCIÓN

“No soy una enferma, tengo síndrome de Down”. De un modo tan escueto y contundente contestaba una chica, cansada de que el común de la gente –guiados por la mejor voluntad- llame “enfermos” a quienes, como ella, se diferencian genéticamente de las personas “normales” por algo tan sencillo como tener un cromosoma más² (entre un 0,07 y un 0,1% de los nacimientos anuales en países desarrollados).

El “tabú” sobre las personas con defectos genéticos, está alimentado no sólo por el desconocimiento social de esas discapacidades, sino también - y éste será el objetivo central de estas líneas- por un tratamiento legal claramente deficiente. Buena ocasión nos brinda el recién celebrado LX Aniversario de la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para reflexionar si los principios que movieron a los autores de tan trascendental documento, han alcanzado una de sus metas más fundamentales: la universalidad, con su correlato necesario: la eliminación efectiva de aquellas discriminaciones que impidan considerar a todos los

² El médico genetista M. Lappé dirá: "No hay una secuencia de ADN estereotipo: es la variación genética la que cuenta a la hora de comprender el genoma". Palabras como "normal", "deletéreo", "deseable" "mejora", etc., son científicamente ambiguas, sobre todo si las referimos a la dotación genética de la humanidad. Vid. Lappé M. Risk and the Ethic of Genetic Choice. En: *Bariles DM, Le Roy BS, Caplan AK, eds. Prescribing our future (Ethical Challenges in Genetic Counseling)*. New York:Adline de Gruyter, Inc.; 1993. p. 62-3.

seres humanos iguales en dignidad y derechos (artículo 1), sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2).

Ciertamente la humanidad de 1948 era totalmente ajena a la “revolución de la Genética”, que estalló a partir de los años 70, gracias a las investigaciones de los Dres. Crick y Watson. Sin embargo, había quedado muy hondamente grabado en la conciencia colectiva el rechazo a las ideas eugenésicas que practicaron, con inhumana eficiencia, el régimen nazi y otros regímenes totalitarios, como el estalinismo y sus epígonos.

La mención inicial al síndrome de Down y las siguientes consideraciones sobre la Declaración de Naciones Unidas, pretenden ser el punto de partida de esta reflexión sobre una forma de discriminación –la discriminación por motivos genéticos- en la que se da una curiosa paradoja: una sensibilidad general –al menos teórica- hacia quienes nacen con ellas, y la indiferencia y el desconocimiento ante los que no llegan a nacer por presumirse que pueden padecer ese tipo de taras. A esta forma de discriminación está contribuyendo, entre otras cosas, el desarrollo de determinadas prácticas de diagnóstico prenatal.

I. EL DIAGNÓSTICO PRENATAL.

Por diagnóstico prenatal (DPN) se entiende el conjunto de técnicas y pruebas médicas que permiten conocer desde la gestación las características del feto (empezando por el sexo) con el fin de descubrir o descartar algunas de las anomalías que corre el riesgo de padecer desde su nacimiento. Permite el diagnóstico precoz de ciertas enfermedades genéticas (como el Síndrome de Down y la hemofilia), que son incurables, o de otro tipo que admiten

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

tratamientos durante el embarazo (la hidrocefalia, por ejemplo), con el fin de ayudar a los padres a tomar decisiones acerca de la salud del niño, toda vez que hay problemas pueden tratarse antes del nacimiento, mientras que otros pueden necesitar tratamiento especial inmediatamente después. Básicamente las posibilidades de realizar el diagnóstico de una enfermedad que afecte al feto se basan en 2 tipos de técnicas: Invasivas y no Invasivas. El paradigma de las no invasivas es la ecografía, y el de las invasivas la amniocentesis. Las técnicas invasivas implican cierto riesgo de pérdida fetal por lesión accidental al embarazo, riesgo que varía de acuerdo a la técnica y la experiencia del operador. Las técnicas no invasivas consisten en evaluar el riesgo de enfermedades fetales a través de la ecografía y de análisis bioquímicos y comprenden, entre otras, la medición del espesor de la nuca en la semana 13 para riesgo de Síndrome de Down, medición de alfa feto proteína para espina bífida, etc.

En los últimos años, debido al desarrollo vertiginoso experimentado por estas técnicas diagnósticas, primero se insinuaron y después de han propuesto abiertamente algunas prácticas que podrían degenerar en una discriminación por motivos genéticos, con funestas consecuencias.

El DPN, que empezó siendo una técnica indicada para casos muy específicos (maternidad superior a 37 años; hijos anteriores con alteraciones cromosómicas o antecedentes familiares de enfermedades congénitas y/o susceptibles de transmisión familiar), se ha ido extendiendo a otro tipo de enfermedades, y pertrechándose con medios diagnósticos cada vez más sofisticados. Actualmente, por ejemplo, muchas instituciones sanitarias han incorporado, entre su cartera de servicios, la realización a embarazadas – estén o no dentro de los grupos de riesgo- de los denominados “cribados combinados” en el primer trimestre de embarazo, consistentes en la

realización, al mismo tiempo, de pruebas analíticas (análisis de sangre materna) y ecografía, o en dos pasos (analíticas y ecografía en días distintos), a las que se añaden una ecografía morfológica en torno a la semana 20 de gestación.

La generalización de este tipo de pruebas, constituye un “salto cualitativo” respecto al sentido que tuvo en sus inicios el DPN, que se creó para dar una “salida precoz” a los niños con enfermedades realmente graves como una falta de desarrollo del encéfalo (anencefalia) o de los riñones (agenesia renal bilateral), defectos ambos incompatibles con la vida. Su muerte natural llegará más tarde o más temprano³.

Llegados a este punto, parece oportuno detenerse en las repercusiones éticas, médicas y sociales del DPN en el caso de malformaciones, para analizar después la dirección que han tomado algunas legislaciones al regular estos supuestos. En el caso de algunas técnicas de DPN, las dudas éticas van de la mano de las reservas médicas: tanto los riesgos –pequeños, pero no despreciables- que para la salud y la vida de madre e hijo tienen determinadas pruebas “invasivas”, como la amniocentesis o las fetoscopias (el riesgo de abortos “iatrogénicos” oscila entre 1% en la amniocentesis y un 5% para la fetoscopias y punciones fetales, mientras que la probabilidad de que un feto presente algún defecto congénito es del 3%) (vid. Tabla), como sobre todo la “praxis médica”, cada vez más extendida, de ofrecer la alternativa de la interrupción de embarazo a aquellas gestantes en las que se detecta una anomalía grave en las pruebas que se realizan, en particular, entre la semana 20 y 22 (el límite máximo que permite la ley española vigente en estos supuestos son las 24 semanas). Conviene

³ El 95% de los bebés anencefálicos fallecen al nacer; el resto –salvo rarísimas excepciones- a los pocos días; en la agenesia renal bilateral no hay supervivencia post parto.

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

añadir, además, un hecho que no por obvio merece ser olvidado: el diagnóstico prenatal está indicado para descubrir (con un margen de error pequeño, aunque no despreciable –entre 98% de fiabilidad de la amniocentesis y un 50% antes de la semana 24 en ecografías-, ni exento de riesgos para madre e hijo) anomalías incompatibles con la vida; pero lo cierto es que en casi la totalidad de los casos, las enfermedades detectables son compatibles con la vida (Down, Patau, Hemofilia, fibrosis quística, etc.), aunque en su mayoría incurables.

MUERTES FETALES TRAS PROCEDIMIENTOS INVASIVOS

Abortos espontáneos entre 9-16 semanas.	2-5%
Biopsia Corial Transabdominal	0,5-1%
Biopsia Corial Transcervical	2-4%
Amniocentesis antes de Sem14	2-4%
Amniocentesis tras la Sem 14	0,5-1%
Cordocentesis	1-2%
Punciones Fetales (Cardiocentesis, toracocentesis, nefrocetesis, fetoscopias)	5-6%

Fuente: Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Tratado de Ginecología, Obstetricia y Medicina de la Reproducción Humana. Ed. Panamericana, 2003.

II. EL ABORTO POR “MALFORMACIONES” EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Como es bien sabido, el Derecho español –a semejanza de otras legislaciones europeas- prevé entre los supuestos despenalizados del aborto

la presunción de que el feto pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas” (nº 3 del artículo 417 bis Código penal). La imprecisión del texto respecto a la naturaleza de la “presunción” y a qué se ha de entender por “graves” taras, ha dado pie a un sin fin de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales⁴.

El artículo 15 c) del Anteproyecto de ley de interrupción del embarazo, reproduce la misma excepción, dentro del límite de las 22 semanas, aun cuando no se hable de “presunción” sino de “riesgo”. En un primer momento, podría tenerse la impresión de que la ley quiere conceder alguna oportunidad de nacer a quienes de detecten graves anomalías, pero el párrafo final del punto convierte esta percepción en un espejismo, al permitir que, previo dictamen de un comité clínico, pueda indicarse el aborto en caso de que la anomalía detectada sea “extremadamente grave e incurable”, aunque compatible con la vida. La suerte del non nato queda, además, más que comprometida, porque en el ese Comité clínico que decidirá no podrán figurar quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 16,4).

Con la ley española actual, en 2007 el número de abortos declarados por malformaciones fetales supusieron en 2,91% del total (3.252)⁵. Ese número es muy significativo si se tiene en cuenta la evolución que han experimentado en los últimos 20 años los nacimientos con Síndrome de Down en España: en el periodo 1986-2001, el índice de nacimientos con Sd, se mantuvo más o menos constante: 11,73 casos por cada 10.000 nacimientos; en 2002 –último año del que se tienen datos oficiales- bajó hasta el 8,2/10.000. En 2005, si atendemos a estadísticas recientes,

⁴ Entre otras sentencias: Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008; Tribunal Supremo 7 de junio de 2002; Tribunal Supremo Sala de lo Civil Sentencia 6 de junio de 1997.

⁵ “Interrupción Voluntaria del Embarazo”. Datos definitivos correspondientes a 2007. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2008, pág. 18

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

facilitadas por fuentes solventes, la proporción ha descendido hasta 7,4/10.000⁶. Estos datos contrastan con la media de nacimientos con malformaciones en países desarrollados, en que la posibilidad de tener un hijo con Sd (la alteración más fácilmente detectable y que constituye el 65%-70% de las malformaciones genéticas detectables durante el embarazo) sería 15/10.000. En España, los niños con Down nacidos en 2006 no llegarían a los 300 (entre 400.000 niños nacidos).

¿A qué se puede deber un descenso tan significativo en menos de 20 años? La Fundación Síndrome de Down España lo expresa con toda claridad: entre un 95% y un 97% de los fetos a los que se les detecta síndrome de Down tras realizar la prueba de amniocentesis son abortados⁷. Estas estimaciones reflejan un número significativamente mayor de abortos que en otros países. Son estimaciones muy aproximadas pero no datos oficiales, pues en España no hay datos oficiales debido a las características de opacidad de las prácticas de aborto. En otros países como en Holanda, Reino Unido o Estados Unidos, sí hay datos oficiales: En Estados Unidos el índice de abortos de fetos con síndrome de Down se sitúa en el 80%, por debajo del 95-97% que se estima en España.

Estos hechos nos llevan a hacer una primera consideración: ¿en qué lugar está definido qué se considera una malformación grave y qué no? ¿Hasta dónde permite la ley el aborto? Se puede constatar que la mayoría de las interrupciones del embarazo que se practican bajo este supuesto

⁶ ROBLES BELLO, M^a A. “Incidencia y prevalencia del Síndrome de Down”. Vol 24, Junio 2007 I *Revista Síndrome de Down*, págs. 68-70. Vid. igualmente ECEMC. “Integración de los aspectos clínicos en el análisis epidemiológico de los recién nacidos con defectos congénitos registrados en el ECEMC: 30 años preparándose para el futuro”. *Revista de Dismorfología y Epidemiología*. 2006, Serie V, nº 5.

⁷ En el mismo sentido, *Estudio Colaborativo español de malformaciones congénitas*(ECEMC), 2002. Texto completo en: http://bvs.isciii.es/mono/pdf/CIAC_02.pdf .

corresponden a fetos con minusvalías compatibles con una vida relativamente normal. «El defecto más común es el síndrome de Down, que se detecta en uno de cada 500 bebés», asegura el ginecólogo español Luis Chivas. Sin embargo, tal y como apunta el presidente de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, José Manuel Bajo Arenas, este trastorno «no se considera propiamente una malformación, sino un síndrome genético». Para buena parte de nuestra sociedad el bebé enfermo ha dejado de ser querido⁸; las víctimas no son ya exclusivamente las que padecen trisomía 21, Pattau, fibrosis, sino también malformaciones menores como Pie zambo, labio leporino, enanismo, et. Sin embargo, la generalización de pruebas de diagnóstico prenatal como la amniocentesis, cuya principal misión es detectar este trastorno, ha hecho que una gran parte de los abortos por malformación correspondan a niños con este síndrome, pese al progresivo aumento de su calidad de vida en los últimos años.

III. UN PASO MÁS: LOS PROGRAMAS DE CRIBADO GENÉTICO.

Un paso más en la detección y eliminación de fetos con taras genéticas, son los Programas de Cribado de Defectos Congénitos, dirigido a la detección precoz de malformaciones en el embarazo, mediante la realización de un “cribado” combinado en el primer trimestre de embarazo, junto a una ecografía morfológica correspondiente a las 20 semanas de gestación. Este tipo de programas se van extendiendo paulatinamente, y, al menos, en España los ofrece la Sanidad pública⁹ a embarazadas, al margen

⁸ Diario La Razón, 2 de abril de 2009.

⁹ En las Comunidades autónomas de País Vasco, Andalucía y Cataluña están en marcha desde hace 2-3 años ese tipo de programas.

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

de que sea un embarazo de riesgo. El objetivo de ese plan es reducir al 1% la tasa de defectos congénitos no conocidos al nacimiento, que está establecida en el 3%.

En estos casos, es muy fácil confundir la terapéutica con la eugenesia. De hecho, la reducción de la prevalencia de esas enfermedades no se debe –como cabría imaginar– al uso de terapias, sino a un proceso de detección y posterior eliminación –mediante la interrupción voluntaria del embarazo– de fetos con taras, especialmente Síndrome de Down y algunas cardiopatías congénitas. De hecho, en el caso del Down, de su diagnóstico dentro del plazo de las 20 semanas, se sigue en el 94,5 % la decisión de abortar.

Los protocolos de funcionamiento de los servicios médicos que implementan esos Programas son ambiguos¹⁰, especialmente en dos extremos: los que afectan a los especialistas y los de consentimiento informado que se entregan a los padres. Tal como están concebidos esos protocolos, los médicos encargados de realizar tales exámenes se ven abocados a ofrecer a los padres la alternativa del aborto¹¹, también para quedar a salvo de posibles reclamaciones. La más que posible concatenación

¹⁰ En el sistema sanitario español, no existe la especialidad de Genética Clínica. España es el único país de la UE, junto con Grecia, sin ningún itinerario formativo para especialistas médicos o de laboratorio en genética clínica (LÓPEZ-MORATALLA, N. *Comparecencia ante la Subcomisión del Congreso de los Diputados para la modificación de la Ley del aborto*, Madrid, junio 2009.

¹¹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. ”Recomendaciones para la organización de un Servicio de Obstetricia y Ginecología”, caps. I y III: organización del diagnóstico prenatal, pag. 21: “El cribado de todos los embarazos debería identificar individualmente a las mujeres con aumento de riesgo en una anomalía. El diagnóstico antenatal posibilita el tratamiento fetal y la **terminación electiva de la gestación** cuando la ciencia médica no puede ofrecer soluciones más adecuadas”. Vid. además, el capítulo sobre “el aborto provocado” redactado por el Dr. Barambio Bermúdez del Tratado de Ginecología, Obstetricia y Medicina de la Reproducción de la SEGO. Ed. Panamericana, Madrid 2003, pag. 1083: “La generalización del diagnóstico antenatal y el derecho legal de la mujer a que se impidan embarazos no deseados ha introducido el aborto provocado en la ginecología reglada, pero aún de manera poco generalizada...”

entre las pruebas de DPN realizadas entre la semana 20 y 22, ha llevado a algunos ginecólogos a plantear la objeción de conciencia a las mismas¹², posibilidad que, por lo demás, está reconocida por la OMS para estos casos¹³.

IV. POSTURA DE LAS ORGANIZACIONES DE DEFENSA DE LOS DISCAPACITADOS.

El dramático descenso en los nacimientos de niños con Sd, su relación indiscutible con la generalización de las pruebas de DPN a que hemos hecho referencia, y la regulación del aborto por “malformaciones” que prevé el anteproyecto española de ley de aborto, ha levantado la voz de alarma entre las más importantes organizaciones españolas de defensa de los discapacitados.

La Federación Española de Síndrome de Down ha solicitado reiteradamente que reforma de la Ley del aborto tenga en cuenta los derechos de las personas con discapacidad y se ha mostrado contraria a que ésta pudiera “frustrar el nacimiento de una persona con síndrome de Down por el mero hecho de serlo”. Reclama en este sentido, que se respete el espíritu de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, de mayo de 2007, y cuyo artículo 10 (Derecho a la vida) señala que: “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias

¹² Vid. entre otros enlaces: [http://www.gaceta.es/04-06-](http://www.gaceta.es/04-06-2008+primera+objecion+conciencia+al+diagnostico+prenatal+noticia+1img,14,14,22459)

[2008+primera+objecion+conciencia+al+diagnostico+prenatal+noticia+1img,14,14,22459](http://www.gaceta.es/04-06-2008+primera+objecion+conciencia+al+diagnostico+prenatal+noticia+1img,14,14,22459)

¹³ WERTZ DC, FLETCHER JC, BERG K. Review of *Ethical Issues in Medical Genetics* Report of consultants to World Health Organization, 2003, WHO/HGN/ETH/00.4: 38: “*Although a full range of genetics services, including prenatal diagnosis, should be available in every nation, individual physicians may choose not to perform prenatal diagnosis for reasons of conscience, if they oppose abortion*” (Trad. Dr. Emilio Alegre, Servicio Farmacología Hospital Cádiz)

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ha insistido en que legalizar el aborto por razón de discapacidad, presente o futura, en el feto constituye un acto discriminatorio contrario a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este tratado internacional, es desde el pasado mes de mayo derecho positivo, y por lo tanto vincula a todos los poderes del Estado, incluido el Legislativo. "No se pueden promover disposiciones legales que vayan en contra de los principios, valores y mandatos del tratado internacional". Recuerda esta organización que la ratificación por España de la Convención de la ONU no puede ser un hecho neutro, sin consecuencias, sino que debe tener su reflejo en todas las legislaciones, políticas y prácticas de los poderes públicos.

V. HACIA UNA MEDICINA DEFENSIVA: EL MIEDO A LAS DEMANDAS.

La deriva que han tomado determinadas pruebas de diagnóstico prenatal, se entiende mejor si se adivinan las consecuencias que, tanto para la sociedad como para los científicos y el colectivo médico, lleva consigo afrontar el “problema” de las personas con discapacidad de origen genético.

Lo expresa de modo bien elocuente el Dr. Didier Sicard, prestigioso médico francés y ex Presidente del Comité Consultivo de Bioética francés: "Parece como si en un momento dado la ciencia hubiera concedido a la sociedad el derecho a establecer que la venida al mundo de ciertos niños fuera colectivamente no deseada, no deseable. Y los padres que desearan el nacimiento de estos niños debieran exponerse, además del sufrimiento

asociado a este hándicap, a la mirada de la comunidad y a una forma de crueldad social que nace del hecho de no haber aceptado la propuesta hecha por la ciencia y reconocida por la ley"¹⁴.

En lo que atañe a la postura de médicos de familia y ginecólogos que se topen en su actividad profesional con embarazos a las que se detecte una posible tara genética, ha tenido una influencia considerable la denominada doctrina “Perruche”, una concreción “continental”, por entendernos, de la conocida jurisprudencia anglosajona del *wrongful birth* y de *wrongful life*¹⁵

En el caso “Perruche”, la Corte de Casación francesa dictó el 17 de noviembre de 2000 una sentencia que resolvía favorablemente una acción de indemnización por daños y perjuicios que habían presentado, en nombre propio y en el de su hijo, los padres de un niño nacido con graves malformaciones y diversas anomalías neurológicas, por la negligencia del médico y del laboratorio que habían analizado las muestras de sangre sin detectar la rubéola de la madre gestante. La Cour revocó la sentencia de instancia y reconoció que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías, y concedió al hijo que las sufría una indemnización por los daños derivados de las mismas. El Alto Tribunal francés dio un paso más respecto a la jurisprudencia anterior –favorable únicamente a indemnizar a los padres cuando una negligencia médica limita

¹⁴ “*La France au risque de l'eugenisme*”. Entrevista a DIDIER SICARD en *Le Monde*, 3 de febrero de 2007.

¹⁵ Como es sabido, sobre casos de supuestas negligencias médicas que tengan como consecuencia nacimientos con malformaciones, la jurisprudencia anglosajona ha desarrollado a lo largo de los últimos años las teorías denominadas *wrongful birth* y de *wrongful life*. Cuando es la madre quien ejercita *iure proprio* la acción contra el médico que omitió la información relativa a la anomalía que impidió a la madre optar hipotéticamente por interrumpir legalmente la gestación, se habla de *wrongful birth*, mientras que si quien la ejercita es el hijo, se habla de *wrongful life*.

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

el acceso al aborto en los casos previstos por la ley-, dando a entender la existencia de una especie de “derecho a nacer sin taras”, al establecer que también el hijo nacido con malformaciones estaría legitimado para solicitar indemnización al apreciarse una relación causal entre la negligencia médica y la enfermedad.

Este caso despertó una gran polémica en Francia y motivó, entre otras cosas, un dictamen del Comité Nacional Consultivo de Ética (CCNE) en mayo de 2001 titulado “Malformaciones congénitas y perjuicio”, en el que advertía contra la inconsistencia jurídica de esta tesis -pues no es la omisión diagnóstica la que muchas genera el daño, sino factores genéticos o del desarrollo fetal inabordables por la Medicina- y contra sus consecuencias éticas.¹⁶

En efecto, el derecho a no nacer con taras permitiría una demanda contra los padres entablada por el hijo discapacitado, aunque sus padres lo hubiesen asumido libre e informadamente. Además, obligaría a regular qué se entiende por “tara” (no es lo mismo la falta de un dedo que de un miembro principal), una regulación de indudable “sabor eugenésico”, según afirmó el CCNE. Esta norma generaría, además, un clima adverso contra los discapacitados, que ya sufren suficiente falta de apoyo social, y una presión insoportable sobre la profesión médica. Finalmente, la Asamblea Nacional francesa hizo suyo este dictamen no vinculante y ha aprobado una ley que deja sin efecto la doctrina Perruche¹⁷.

¹⁶ Para ampliar información sobre la influencia del Comité Nacional de Ética francés en la resolución del caso Perruchefr. DÍEZ FERNÁNDEZ, J.A. “ *Los Comités Nacionales e internacionales de Bioética*”. Comares, Granada 2007, págs. 327-328.

¹⁷ El legislador francés aprobó incorporar un artículo en la Ley nº 2002-2003, de 4 de marzo 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario (JO de 5 marzo de 2002), que excluye definitivamente la indemnización de los hijos por *wrongful life* y, de paso, limita extraordinariamente las reclamaciones de los padres en los supuestos de

VI. DERECHO A LA INFORMACIÓN: LA NECESIDAD DE PROTOCOLOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO ADECUADOS.

Aludíamos al principio de estas líneas al desconocimiento social sobre la realidad de las personas con malformaciones genéticas. Hasta hace pocos años, muchos padres inconscientemente “escondían” a esos niños dentro del pequeño ámbito doméstico. Hoy las cosas están cambiando, pero para que ese cambio sea una realidad es preciso concienciar a la sociedad, a las familias y a los profesionales de la sanidad de que esos niños tienen una dignidad igual a los demás y unas posibilidades de desarrollo y de plenitud personal insospechadas. Hay datos muy alentadores en los últimos años: aumento considerable de instituciones educativas especializadas; inserción laboral, tratamiento y seguimiento de los síntomas concomitantes al Down (ceguera, problemas cardiológicos), y sobre todo, un aumento notable en su vida media, que ahora está entre los 56 y los 70 años). La autonomía alcanzada por las personas con síndrome de Down en los últimos 20 años se demuestra con las más de 1.800 personas de este colectivo que trabajan en el sector privado en España y las 117 que lo hacen en la administración pública¹⁸.

wrongful birth. Según el Art. 1.I de la ley: “Nadie puede invocar un perjuicio por el simple hecho de su nacimiento. La persona nacida con una anomalía debida a una negligencia médica puede obtener la indemnización de su perjuicio cuando el acto negligente ha provocado directamente la anomalía o ha contribuido a agravarla, o no ha permitido adoptar las medidas susceptibles de atenuarla. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento sanitario se produce con relación a los padres de un hijo nacido con una anomalía no detectada durante la gestación como consecuencia de una actuación culposa, los padres pueden reclamar una indemnización tan solo por su propio perjuicio...”

¹⁸ Nota informativa de Fundación Síndrome de Down, de 21 de marzo de 2009, con ocasión del Día Mundial del Síndrome de Down.

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

Sería muy conveniente que en los correspondientes servicios de salud, se dispusiera de protocolos de consentimiento informado, en cuya elaboración participen no sólo las sociedades científicas, sino también las entidades que trabajan con discapacitados y las familias con hijos en esa situación. La participación de todos esos autores se revela particularmente importante, si se desea tener una visión integral de los problemas que conlleva la aceptación, cuidados, educación, desarrollo de las personas con esas discapacidades. Dejar la confección de esos protocolos sólo en manos de médicos y sociedades científicas, enfocaría desde un único ángulo el asunto e incluso, pondría el énfasis en evitar al profesional hipotéticos problemas de responsabilidad civil o penal.

Estos protocolos podrían contemplar, a nuestro juicio, alguno de los siguientes extremos:

- Riesgos y beneficios de las pruebas de DPN para la madre y el feto;
- Grado de fiabilidad de dichas pruebas respecto al diagnóstico.

Si se confirmase la existencia de malformaciones compatibles con la vida, respetar el derecho a no recibir información: no son pocos los médicos y asistentes sociales que entienden que nada beneficia a los padres conocer, durante todo el embarazo, que su hijo sea portador del Síndrome de Down, el nivel de ansiedad y miedo que ello genera supone un riesgo añadido para el desarrollo de la gestación, aún ante la decisión de seguir adelante tras el diagnóstico. En este caso, se podría aplicar por analogía, lo establecido por el artículo 10, 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la

Biomedicina (denominado también Convenio de Oviedo)¹⁹, dejando lógicamente constancia escrita de esa decisión.

Información sobre las posibilidades de tratamiento y de curación, en su caso.

Informar sobre los recursos sanitarios, sociales, económicos, educativos, etc. con que podrán contar para que el hijo pueda llevar una vida más digna.

Proporcionar contactos con entidades oficiales o privadas que ayudan a discapacitados y sus familias.

Si pese a todo, los padres planteasen abiertamente la decisión de recurrir al aborto, informarles de los riesgos e igualmente, de la posibilidad de síndrome post traumático del aborto²⁰ que afecta también a quienes han optado por el aborto en el caso de malformaciones

VII. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS GENÉTICOS EN LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Llegamos aquí a uno de los puntos conclusivos de este estudio: el tratamiento que dan las grandes declaraciones de derechos humanos a la discriminación por motivos genéticos. En las líneas anteriores, hemos

¹⁹ Artículo 10, 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.

²⁰ La incidencia del síndrome post traumático en caso de aborto (SPA), es una cuestión bastante novedosa, de la existen por el momento pocos estudios, pero que reflejan suficientemente la aparición de trastornos psíquicos y de conducta que afectan a personas que han abortado. Entre los artículos más recientes y rigurosos, cfr. D.M. FERGUSSON, L.J. HORWOOD, E.M. RIDDER “Abortion in young women and subsequent mental health” *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2006, 47, 16-24; P.K. COLEMAN, C.T. COYLE, M. SHUPING, V. M. RUE. “Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: Isolating the effects of abortion in the national comorbidity survey”. *Journal of Psychiatric Research* (2008), doi:10.1016/j.jpsychires.2008.10.009.

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

esbozado algunos de los principios sobre la materia que establecen estos instrumentos internacionales. Ciertamente, el rango de cada declaración es distinto, a tenor del compromiso que adquiera cada país signatario, del ámbito geográfico, de la naturaleza de los temas tratados, y de los instrumentos con que cuente la organización para hacer cumplir lo establecido.

En cualquier caso, importa destacar que esas declaraciones tienen como fuente primordial la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en particular los artículos 1 y 2 ya mencionados.

Para mayor claridad y concisión, me limitaré a enunciar los artículos relativos a la discriminación por motivos genéticos:

- Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2007,

Artículo 10. Derecho a la vida:

Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos, de la UNESCO, 1997.

Artículo 2.

a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.

Artículo 6.

Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

- Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, de la UNESCO, 2003

Artículo 7: No discriminación y no estigmatización

a) Debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades.

- Convenio Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1996)

Artículo 11. No discriminación

Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

- Carta Europea de Derechos Humanos (Tratado de Lisboa):

Artículo 3.2: la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas.

Artículo 21

No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual

EXÁMEN PRENATAL DEL SÍNDROME DE DOWN: ¿UNA NUEVA FORMA DE “DISCRIMINACIÓN GENÉTICA”?

Este Tratado ha sido ratificado por algunos países, España entre ellos, pero no entrará en vigor hasta recibir la ratificación de todos los países de la Unión.

VIII. CONCLUSIONES:

A la vista del enunciado de esos textos, pensamos que sería muy oportuno hacer una honda reflexión sobre la adecuación de las prácticas actuales de DPN al espíritu y la letra de las Declaraciones internacionales, y arbitrar, tanto políticas sanitarias y sociales como vías jurídicas, para que la aspiración a la igual dignidad y derechos de las personas, no esté en la práctica sometida a la condición nacer “perfectos” genéticamente.

En particular, una interpretación abierta y coherente del artículo 10 de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, cuestionaría abiertamente, a mi juicio, las prácticas y políticas sanitarias de aquellos países que promueven los programas de cribado genético, ya que parten de la presunción de que la vida de una persona con discapacidad es inferior en valor a la de una persona sin discapacidad. Constituiría una triste paradoja que la mayor parte de los futuros “beneficiarios” de tales derechos, nunca tuvieran la oportunidad de disfrutar de ellos.

El ejercicio de los derechos humanos, sobre todo cuando sus titulares son más débiles, debe estar garantizado por una política social adecuada. Cuando en 1985 el Tribunal Constitucional español declaró que el aborto eugenésico no era contrario a la Constitución, apeló a la eximente de estado de necesidad, porque continuar con el embarazo “entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”; pero añadía a renglón seguido, una consideración

que, con el paso del tiempo, ha adquirido una gran relevancia: “en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social, contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”²¹

La doctrina del wrongful life-wrongful birth, ha ejercido una enorme influencia para la aceptación de un supuesto “derecho a nacer sin taras”, sesgando hacia enfoques eugenésicos la percepción social de la discapacidad y favoreciendo planteamientos “pro-choice” por parte de algunos médicos.

Como apunta el conocido filósofo Alasdair MacIntyre, la vida de las personas con discapacidad tiene la misma dignidad que la del resto de las personas que, también en algún momento de su vida son dependientes. El ser humano es vulnerable y, a menudo, debe su supervivencia a los demás; la dependencia de otras personas resulta evidente durante la primera infancia y la vejez, y además la vida de las personas se halla en ocasiones caracterizada, entre esas dos etapas, por lesiones o enfermedades que en algunos casos pueden producir la discapacidad total²². También Benedicto XVI, ha hablado de la radicalidad del concepto de dignidad con que se debe mirar a todas las personas: cada ser humano, "es mucho más que una singular combinación de informaciones genéticas que le transmiten sus padres", sin embargo, hoy en día, "se tiende a privilegiar las capacidades operativas, la eficiencia, la perfección y la belleza física, en detrimento de otras dimensiones de la existencia que no se consideran dignas"²³.

²¹ Sentencia TC 53/1985, de 11 de abril, FJ 11, apartado c)

²² MACINTYRE, A. *"Animales racionales y dependientes"*. Paidós Ibérica, 2001

²³ BENEDICTO XVI Discurso a los participantes en el Congreso científico *"Nuevas Fronteras de la Genética y Peligros de la Eugenesia"*, convocado por la Pontificia Academia para la vida. Roma 21 de febrero de 2009.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMIA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Escribano E. Jorge Arévalo¹ y Escribana Alicia B. Rajmil²

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS. IV. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. V. MENORES DE EDAD. ANÁLISIS DE NUESTRA LEGISLACION VIGENTE. CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. 1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2. LA LEY NACIONAL 26061: PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. 3. RÉGIMEN DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL. VI. NUEVA INTERPRETACION DE LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO A LA LUZ DE LA LEGISLACION VIGENTE. Actos de administración y disposición. Compra por y para menores. Representación. Autorización judicial. a) La ley no debe pensar por el incapaz. b) Menores y Ministerio Público. c) Patria potestad y representación. d) Derechos

¹ Abogado. Escribano. Titular de registro notarial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Director del Archivo de Protocolos, del Registro de Acto de Autoprotección y del Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción. Docente de la Facultad de Derecho de la ciudad de Rosario, Universidad Católica Argentina.

² Abogada. Escribana. Titular de Registro Notarial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Directora del Instituto de Derecho e Integración. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

extrapatrimoniales. e) Derechos patrimoniales. e).1. Actos dispositivos con respecto a bienes de los hijos. e) 2. Compra que realizan los padres para que el bien ingrese al patrimonio del hijo. e) 3. Estipulación a favor de terceros (artículo 504 del Código Civil). e) 4. Donación de un bien a favor del hijo.

VII. LA ACTUACION NOTARIAL Y LOS ACTOS QUE INTERESAN A LOS MENORES. ASPECTOS PRACTICOS. VIII. CONCLUSIONES

Resumen

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley nacional 26.061, consagran la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y su derecho a participar en todo asunto de su interés de acuerdo a su madurez y desarrollo. Estos postulados impactan drásticamente en el régimen jurídico de nuestro Código Civil, especialmente en cuanto a la capacidad de obrar de los menores de edad.

Se impone una modificación del Código Civil que implemente un modelo de adquisición gradual de competencias del menor de edad y de protección de sus derechos, a fin evitar contradicciones en nuestro sistema normativo. Hasta tanto no se implemente la pertinente modificación, los operadores del derecho debemos adecuar la interpretación de la normativa velezana conforme los nuevos postulados.

Los escribanos no somos ajenos a estos grandes cambios sociales y jurídicos que la realidad nos impone y que se relacionan con nuestro quehacer profesional. Debemos adecuar a ellos la instrumentación de los actos que diariamente nos son requeridos. Nuestra tarea reclama una nueva mirada jurídica sobre los preceptos velezanos

Palabras clave

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Menores de edad. Capacidad jurídica. Autonomía progresiva. Derecho a ser oído. Convención Internacional de los Derechos del Niño. Ley 26.061.

Abstract

The International Convention on the rights of the child and the national law 26.061, both stand out the progressive autonomy of the child in the exercise of their rights and their right to participate in any issue of their interest, according to their maturity and development. These principles have a drastic impact in the legal regime of our civil code, especially with regard to the ability to act of the minors.

It is required an amendment to the civil code that brings out a model of gradual acquisition of fields of action for the minors and to the protection of their rights, in order to avoid contradictions in our regulatory system. Until the implementation of this relevant amendments, the operators of law must adapt the interpretation of the rules brought by our Civil Code to this new principles.

The Notaries are not exempted to these great social and juridical changes, that current times show us and are very related to our professional work. We must adapt instrumentation acts to those changes, in order to be able to use them on a daily basis. Our task claims for a new juridical look at the rules conceived by Velez Sarsfield.

Key Words

Minors – Juridical capacity - Progressive autonomy - Right to be heard - International Convention on the rights of the Child – Argentinean Law 26.061.

“Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concertado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma téorico.”³

I- INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por nuestro país por ley 23284 e incorporada a nuestra Constitución Nacional (CN) en la reforma del año 1994, constituye un hito en la historia de los derechos de la infancia. Si bien no es el primero ni el único⁴ se erige como el máximo exponente de la Doctrina de la Protección Integral, que consagra el paradigma del “niño como sujeto pleno de derechos”. Pone fin así a más de un siglo de vigencia hegemónica de la denominada Doctrina de la Situación Irregular, que inspiró toda la legislación de la infancia a partir de nuestra ley de patronato, ley 10903, pionera en América. Esta doctrina y estas leyes, en aras de proteger y tutelar a la infancia, se convirtieron en la negación de todos y cada uno de sus derechos y garantías.

³ MARI, Enrique, “El banquete de Platón, el Eros, el vino y los discursos”, citado por Nelly Minyerski y Marisa Herrera en “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Emilio García Méndez (compilador), Editores del Puerto, página 68.

⁴ Adhieren también a la Doctrina de la Protección Integral las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

En la evolución histórica de los derechos humanos la CIDN se inscribe dentro de sus más recientes capítulos, cuando la comunidad jurídica internacional comprende que sólo es posible aspirar a la igualdad de todos los seres humanos reconociendo sus diferencias y garantizando una protección jurídica complementaria para los grupos más vulnerables.

Esta nueva conciencia jurídica proclama hoy que los niños, los ancianos, las personas con discapacidad y todos aquellos que por diferentes motivos o circunstancias no pueden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y oportunidades con los demás, deben ser reconocidos como sujetos plenos de derecho y no como meros objetos de protección o control. Se trata, en definitiva, de garantizar y proteger el ejercicio igualitario de los derechos inherentes a todos los seres humanos en pos de alcanzar la igualdad material y no sólo una igualdad formal. En otras palabras, mediante la tutela legal se pretende que todas las personas vulnerables ejerciten por sí, en la medida de lo posible, los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico aplicable, reconociéndoseles el status de sujetos de derecho.

El nuevo paradigma y los postulados de la convención ubican al niño y al adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos los asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez y a su aptitud para comprender los actos de los que resulta protagonista.

La ley 26061, sancionada en el año 2006, sistematizando en una estructura normativa los derechos de niños, niñas y adolescentes, recepta estos conceptos y los profundiza aún más, especialmente en la definición del principio del interés superior del niño y en cuanto a su derecho a expresar su opinión, a ser escuchado y a participar en todos los asuntos que le incumban.

Se introduce así en nuestro Derecho un concepto nuevo y trascendente: la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de sus

derechos. Concepto que afecta al régimen velezano de incapacidad jurídica por minoría de edad y avanza de manera contundente sobre los fines de la patria potestad y la representación legal de los menores.

Sin dudas a la luz de los nuevos principios se impone reinterpretar la normativa referida al rígido régimen de capacidad jurídica de nuestro Código Civil (CC) que circunscribe a una edad determinada de la persona la posibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos. Las nuevas normas atribuyen a la familia y al Estado la responsabilidad de acompañar y guiar al niño, en su educación y formación integral, para lograr el ejercicio autónomo de sus derechos.

La CIDN y la ley 26061 constituyen hoy nuestro derecho vigente de acuerdo a la jerarquía normativa impuesta por la CN, e impactan en la condición jurídica de la infancia y especialmente en su régimen de capacidad. Los niños, niñas y adolescentes no pueden estar ausentes cuando de sus derechos se trata. Estos conceptos comienzan a ser receptados por la más reciente doctrina y jurisprudencia.

Los escribanos no somos ajenos a estos grandes cambios sociales y jurídicos que la realidad nos impone y que se relacionan con nuestro quehacer profesional. Sin embargo pocas páginas hemos escrito al respecto. El niño sigue siendo el personaje invisible en muchos actos notariales que afectan sus derechos, en los que ni su interés superior, ni su derecho a ser oído, ni su participación, son considerados. No podemos dejar de preguntarnos, entonces, sobre las consecuencias de esas omisiones a lo estatuido por preceptos de jerarquía constitucional.

No se trata de sembrar temores, sino de oponernos con firmeza a la adopción de cualquier actitud de indiferencia ante los vertiginosos cambios sociales receptados por el ordenamiento jurídico. Por el contrario,

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

consideramos que como escribanos, profesionales del derecho encargados de otorgar certeza a las relaciones jurídicas privadas, debemos adecuar a las circunstancias actuales la instrumentación de los actos que diariamente nos son requeridos.

Si bien resulta imperioso bregar por la reforma legislativa de nuestro código civil acorde con la nueva normativa constitucional e internacional en el tema, modificaciones cuya concreción se caracteriza por una lentitud exasperante, nuestra diaria tarea reclama, mientras tanto, una nueva mirada jurídica sobre los preceptos velezanos. Esto nos llevará a ignorar disposiciones sin dudas derogadas de hecho por la CIDN y por la ley y a interpretar de manera más flexible el régimen jurídico en general, para dar lugar a la debida participación del menor de edad, cuando las circunstancias y su madurez lo ameriten. He aquí nuestra preocupación y el objetivo de nuestro trabajo.

II. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para comprender los grandes cambios que la normativa relacionada nos impone, y su incidencia en nuestros actos, sería necesario profundizar en la historia de los derechos humanos y especialmente de los derechos humanos de los niños. Esta posibilidad, aunque apasionante, excede ampliamente los límites del presente trabajo

De todas formas, podemos señalar que la historia de los derechos humanos da cuenta de una singular evolución. En efecto, desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los estados⁵, se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y

⁵ Con su incorporación en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

colectivos⁶, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad⁷.

Los instrumentos internacionales fueron gradualmente estableciendo un mayor poder vinculante para los estados signatarios y la responsabilidad de la sociedad en su conjunto en la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas.

Como resultado de esta evolución, hoy los derechos humanos no se refieren sólo a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos crueles e inhumanos, sino también a los garantistas de la personalidad tales como el derecho a la salud, la toma de decisiones sobre el propio cuerpo, la identidad, la privacidad, el trabajo, la vivienda digna, la educación, etc., derechos consagrados en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.⁸ Abarcan así materias que hacen a la vida cotidiana de las personas y a sus relaciones jurídicas, e incursiona en el Derecho Privado, ámbito reservado hasta entonces en forma privilegiada al Código Civil.⁹ Se reconoce de esta manera el rol trascendente del Derecho en la vida cotidiana de las personas y en la satisfacción de sus necesidades inmediatas.¹⁰

Diferentes doctrinas jusfilósficas han definido a los derechos humanos como derechos naturales anteriores a toda norma positiva y a los

⁶ Especialmente a partir del Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966.

⁷ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia Beatriz Rajmil, "Derecho de Autoprotección", Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración, Graficarte S.H., página 56.

⁸ CALÒ, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad", Ediciones La Roca, pag 55.

⁹ LLORENS, Luis Rogelio y Alicia Beatriz Rajmil, ob. cit., página 59.

¹⁰ LLORENS, id., página 58.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

que deben subordinarse las leyes del Estado, como creaciones del derecho positivo o como construcciones sociales, pero, sea cual sea la naturaleza que se les atribuya, la comunidad jurídica internacional hoy está conteste en que, sin lugar a dudas, constituyen el fundamento esencial de los regímenes democráticos y conforman un sistema universal de valores necesario para el desarrollo y bienestar de todas las personas y es deber de los Estados promover y garantizar su protección igualitaria.¹¹

La Convención Internacional de los Derechos del Niño responde a estos nuevos paradigmas.

Nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, al igual que las constituciones más modernas, además de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la CIDN, y les otorga jerarquía constitucional.

III. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS

La condición jurídica de los niños es el resultado de una particular evolución que nos permite comprender cabalmente la trascendencia de la CIDN y su incidencia en nuestro derecho interno.

Se ha dicho que la historia de los derechos de los niños es la historia de su control. Sostiene Emilio García Méndez que los niños, salvo aisladas excepciones, no eran percibidos como una categoría diferente y que pasado el estricto período de dependencia materna, se integraban al mundo adulto. El autor rechaza el concepto ontológico de la infancia y la considera el

¹¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en “Revista Infancia, Ley y Democracia”, página 69.

resultado de un complejo proceso de construcción social cuyos orígenes pueden ubicarse alrededor del siglo XVII. En este proceso gravita significativamente la escuela, cuyo valor cualitativo y cuantitativo no puede ser subestimado.¹²

La preocupación por los niños se traduce en su consideración como una categoría diferenciada y vulnerable, bajo el control absoluto de la familia y de la escuela. Con el tiempo se plantea el problema de los niños que quedan fuera de estas instituciones, sin acceso a la salud ni a la educación, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión. Para ellos se crean los juzgados de menores, y se sancionan leyes que, a lo largo de América Latina y a partir de nuestra ley 10.903 del año 1919, más conocida como ley Agote, disponen de los “menores” en “situación irregular”. Esta amplia categoría comprende a niños y adolescentes material o moralmente abandonados, a infractores, a víctimas de abusos o maltratos, a niños pobres, y legitima un poder discrecional del juez para disponer de ellos, lo cual generalmente significa su internación por tiempo indeterminado en institutos de menores. Éstos son algunos de los rasgos característicos de la llamada Doctrina de la Situación Irregular, hegemónica en América Latina por más de 70 años.

La literatura, espejo de la realidad social, describió en novelas inolvidables de autores como Dickens, Wilde, V. Hugo, las dramáticas vivencias de los niños indigentes, obligados a poner en práctica toda clase de artilugios en su dura lucha diaria por la supervivencia.

¹² GARCÍA MÉNDEZ, “Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia: Políticas Jurídicas y Derechos Humanos en América Latina”, www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Es decir que el tratamiento jurídico diferenciado de la infancia en América Latina se remonta a las primeras décadas del siglo XX. Si bien su origen es de naturaleza penal¹³, desconoce para los niños los derechos y garantías consagrados tanto en la Constitución Nacional como en las leyes penales para adultos.

La ley 10903 creó el patronato del Estado nacional o provincial en cabeza de los jueces nacionales o provinciales en concurrencia con el Consejo Nacional del Menor y el Ministerio Público de Menores. Modificó el artículo 264 del Código Civil en cuanto amplió el concepto de patria potestad para abarcar no sólo los derechos de los padres sino también sus obligaciones con respecto a la persona y bienes de los hijos. Reformó también otros artículos referidos al fin de la patria potestad, a su privación, a la suspensión de su ejercicio, a la tutela y adopción, todos modificados por leyes posteriores. En lo demás reguló el accionar indiscriminado del Estado sobre los menores considerados en situación irregular.

Esta doctrina, sustentada en un afán tuitivo, en la práctica ubicó al niño en el status de objeto de protección y control, desconociendo su calidad de sujeto de derechos y las garantías legales que correspondían al mundo adulto. Se sostenía que los menores en situación de riesgo no necesitaban derechos ni garantías ni defensores ya que el Estado en ejercicio del patronato, y especialmente el juez de menores, que debía actuar como “un buen padre de familia”¹⁴, los protegía.

¹³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias”, *La Niñez y Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, capítulo II, *El Nuevo Derecho para la Infancia y la Adolescencia en América Latina*, página 25.

¹⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe número 10.160, art. 100, modificada por el Código Procesal de Menores de la Provincia de Santa Fe, Ley 11.452.

Por su parte, los niños y adolescentes con sus necesidades básicas satisfechas, que se desenvolvían en medios familiares y escolares, no necesitaban, de acuerdo a estos postulados, el reconocimiento de sus derechos, los problemas se resolvían dentro de esos ámbitos protegidos, no configuraban la clientela de los juzgados de menores.

Lo expuesto nos permite afirmar que la Doctrina de la Situación Irregular se erigió en una herramienta que ocultó con eficacia durante mucho tiempo, la indiferencia del Estado en la implementación de políticas públicas que plantearan alternativas superadoras de la problemática social de la infancia abandonada y carenciada. Enrolado en esta concepción, el Derecho desatendía aspectos sustanciales relativos a los derechos de la infancia.

No obstante, en el plano internacional desde principios del siglo XX se advierte una tendencia a acordar principios universales en la protección de los derechos de la niñez. Así en 1924 la Sociedad de las Naciones aprueba la Declaración de Ginebra y en 1959 la Asamblea general de las Naciones Unidas adopta la Declaración Universal de los Derechos del Niño.¹⁵ Pero estos instrumentos constituían, como su denominación lo indica, meras declaraciones sobre la necesidad de proteger y promover el bienestar y el pleno desarrollo de los niños.

En su posterior evolución la comunidad internacional, en pos del principio de igualdad y no discriminación, incorpora los derechos de los niños en el proceso de reconocimiento y expansión de los derechos humanos de todas las personas, incluidas las más vulnerables, y arriba así, en al año 1989, luego de diez años de denodados esfuerzos, a la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención Internacional

¹⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios", www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

sobre los Derechos de los Niños. En este instrumento se reconocen los derechos humanos de todos los niños y se establece la obligación de los Estados y de la sociedad toda de asegurar su vigencia. Se otorga al Derecho un rol fundamental en la vida cotidiana de los niños. Sus postulados resultan vinculantes para los Estados partes, quienes periódicamente deben rendir cuenta de su cumplimiento ante el Comité de los Derechos del Niño, creado como organismo de control por la propia convención.

Corresponde destacar que diversos países latinoamericanos han receptado la CDN mediante la adecuación de su legislación interna. Así, pueden mencionarse, entre otros, a Bolivia (año 1992), Brasil (1990), Ecuador (1992), Honduras (1996), México (1998). La doctrina ha tomado nota de las dificultades que debe sortear en cada ámbito interno la aplicación concreta de los principios sustentados por la Convención. Sin lugar a dudas, no resulta una empresa sencilla superar criterios vigentes durante siglos.¹⁶

La CIDN es un tratado sobre los derechos humanos de los niños y se inspira en la Doctrina de la Protección Integral que, en oposición a la anterior doctrina, considera que la infancia es una sola, y a ella corresponde los mismos derechos y garantías que a los adultos, más una protección jurídica complementaria dada su situación de vulnerabilidad. Distingue entre problemas sociales de los niños, cuyas soluciones deben provenir de los organismos administrativos del Estado a través de políticas adecuadas, de la cuestión jurídica, que se relaciona con la vigencia de los derechos de la infancia, su calidad de sujeto de derechos y su rol protagónico en su propio destino.

16 MENDEZ COSTA y otros, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional, latinoamericano y provincial argentino", La Ley 2006-A, 1045, página 34.

"La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia." ¹⁷

La CIDN introduce en este marco el concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, que viene a confrontar con el concepto de incapacidad jurídica por minoría de edad de nuestro código velezano.

La aprobación en nuestro país de la ley 26.061 profundiza los postulados de la convención buscando la efectividad de sus normas en cumplimiento del artículo 4º del tratado. Diversas leyes provinciales hacen lo propio para implementar estas normas en sus jurisdicciones, especialmente en lo referente a las políticas públicas para la infancia. En nuestra provincia de Santa Fe, por ejemplo, se ha sancionado recientemente la ley 12.967, que ratifica los postulados de la ley nacional y organiza el funcionamiento de los organismos que deben efectivizar las medidas de protección.

En lo que a nuestro tema incumbe, no queda duda alguna de que estos instrumentos consagran al niño como sujeto de derecho e introducen en la problemática jurídica la necesidad de hacer efectiva su participación en los asuntos de su incumbencia, así como de respetar su autonomía para

¹⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral", Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, página 11, www.iin.oea.org, consultado el 5/10/09.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

ejercer por sí mismos sus derechos de acuerdo a su madurez y discernimiento, su derecho a expresar su opinión y a ser escuchado.

Con el nuevo concepto de autonomía progresiva que incorpora la CIDN y la ley 26061 en nuestro sistema jurídico, se avanza hacia una revalorización de la voluntad de las personas y de su discernimiento concreto para cada acto, tendencia que se evidencia actualmente en el moderno derecho comparado y en otros instrumentos internacionales como en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), aprobada por nuestro país por Ley 26378.

Estos nuevos postulados se manifiestan específicamente en lo concerniente al ejercicio efectivo de los derechos y se sustentan en la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos, con importantes consecuencias en la protección de los derechos de las personas vulnerables y en la defensa de los más débiles.

Cabe destacar la importancia de esta evolución en el tema que abordamos. El Derecho consagra así el concepto de capacidad jurídica universal y el sistema de apoyos, cuando sea necesario para posibilitar el ejercicio de los derechos, en oposición al régimen de sustitución de la persona incapaz por la figura del representante.

IV. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La constitución y los tratados internacionales a ella incorporados se ubican actualmente en la cúspide del sistema jurídico, supremacía consagrada por la propia Carta Magna. El artículo 31 dispone que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” El

artículo 75 inciso 22 establece que “...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

Recordemos también que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), aprobado por nuestro país advierte que “...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” Diferentes congresos y jornadas jurídicas se expiden en igual sentido. Así las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 2001) concluyeron que “Las Convenciones Internacionales ratificadas por la República, y en especial las que tienen jerarquía constitucional por el art. 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”.¹⁸ Es que la CIDN integra, conforme lo enseña prestigiosa doctrina constitucional, el denominado “bloque de constitucionalidad”, esto es el conjunto normativo que agrega preceptos de jerarquía constitucional que no forman parte del texto de la carta magna.¹⁹

Se habla hoy del Estado Constitucional de Derecho, donde el centro del sistema jurídico lo ocupa la Constitución Nacional y a ella debe adaptarse la normativa interna. Los jueces cobran protagonismo en la interpretación y aplicación de la ley acorde a los principios y a la normativa constitucional.²⁰

Afirmamos pues, que la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061, posterior al código velezano, resultan de incuestionable y directa

¹⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis, “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Emilio García Méndez (compilador), Editores del Puerto, página 82.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán. “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, primera reimpresión 1998, Editorial Ediar, página 276.

²⁰ DABOVE, María Isolina y Dariel Oscar Barbero, “Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección”, Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración, Graficante S.H., página 13.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

aplicación en nuestro régimen jurídico interno y prevalecen sobre el Código Civil según el escalonamiento normativo constitucional señalado. Sin dudas, el Derecho Privado de nuestro país, contiene numerosas disposiciones que contradicen, como luego veremos, el espíritu y los preceptos de la CIDN y de la ley 26.061.

Adviértase que las normas a las cuales nos referimos, en tanto reconocen derechos personales fundamentales, integran el grupo de las llamadas “normas operativas” y por ende resultan de aplicación inmediata y directa, independientemente de su reglamentación. Atendiendo al mismo criterio valorativo, corresponde considerarlas como “indisponibles”.²¹

Por lo tanto se impone reinterpretar bajo estos criterios el régimen que regula la capacidad jurídica de las personas, especialmente en lo que se refiere a su capacidad de obrar, tarea a la que el notariado no puede permanecer ajeno.

V. MENORES DE EDAD. ANÁLISIS DE NUESTRA LEGISLACION VIGENTE. CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Este pacto internacional, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849, sancionada el 27-09-1990, promulgada de hecho el 16-10-1990 y publicada el 22-10-1990. Y fue incorporada a nuestra

²¹ BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit, páginas 299 y sig.

Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional.

En el preámbulo, los estados presentes destacan la necesidad de “proporcionar al niño una protección especial...”, recordando al efecto los enunciados coincidentes efectuados en declaraciones y pactos internacionales, suscriptos a partir de la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, pero igualmente señala la importancia de que esos cuidados y asistencia necesarios les permitan “...asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”. También adquiere particular trascendencia el párrafo que refiere a la plena preparación del niño “... para una vida independiente en sociedad...”.

Del contenido del citado exordio se infiere que la referida convención, si bien sanciona un régimen normativo teniendo en miras primordialmente la tutela especial de los derechos de los niños, armoniza ese propósito amparista con un marcado aliento hacia una participación responsable en la vida comunitaria y la formación en cada niño de un criterio independiente (artículos 12, 13, 14, 15).

La convención se sustenta en los siguientes principios, consagrados como tales por el Comité de los Derechos del Niño, de innegable trascendencia en el tema que abordamos:

1) El interés superior del niño: el artículo 3 establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como una consideración primordial, se atenderá al interés superior del niño. Este artículo ha generado la crítica de parte de la doctrina que ha denunciado su vaguedad conceptual. No obstante se ha considerado que el interés superior del niño es siempre la satisfacción de sus

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

derechos fundamentales y que nunca se puede aducir un interés superior que se ubique por encima a la vigencia efectiva de sus derechos.²²

Asimismo se ha entendido que el principio debe servir de criterio orientador en la resolución de conflictos de derechos que involucren a los niños, por cuanto ya no se limita a un mero objetivo social sino que se relaciona con el valor justicia.²³ Sin dudas, la actividad notarial no está al margen de estas consideraciones cuando es requerida para otorgar actos que involucran derechos de los niños, muchas veces en conflicto con el interés familiar. De llegar estos actos a una instancia judicial, sin dudas el juez deberá resolver siempre priorizando el interés del menor de edad.

2) El derecho a la no discriminación: sustentado en el artículo 2, se relaciona de manera indisoluble con el principio de igualdad. Garantiza al niño cualquiera sea su condición el ejercicio igualitario de todos los derechos consagrados a lo largo del tratado, principio que se reitera en otras normas del mismo cuerpo legal aludiendo siempre a la igualdad de oportunidades. Se vincula sin dudas con el status de sujeto de derecho, que significa un ejercicio igualitario de sus derechos y no subalterno con respecto a los derechos de los adultos.

3) El principio de efectividad consagrado en el artículo 4° nos señala que la convención no es un mero texto declarativo sino que, acorde con la evolución de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se trata de un instrumento de carácter vinculante para los Estados, que deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para asegurar la vigencia de los derechos reconocidos. Este

²² CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios", www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

²³ Id.

principio obliga a los Estados signatarios a adaptar sus legislaciones internas a los postulados consagrados e instrumentar los mecanismos jurídicos que aseguren su efectividad. A ello responde la sanción de la ley 26.061, que analizaremos luego, y la necesidad de modificar el Código Civil en lo atinente al tema en estudio.

4) El cuarto principio consagrado en el artículo 6° de la convención se refiere al reconocimiento del derecho intrínseco a la vida y a la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño. Derecho reconocido a toda persona por todos los tratados sobre derechos humanos, pero que se consideró necesario ratificar a la luz de las grandes violaciones de que son objeto los niños en el mundo.

5) El derecho a la participación se consagra en el artículo 12 como la potestad del niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta dicha opinión en función de su edad y madurez. Este principio se expresa, a nuestro criterio, con la amplitud necesaria para abarcar desde aspectos patrimoniales, procesos judiciales o administrativos y hasta cuestiones referidas a la salud. Asimismo se reafirma en distintos artículos como en el inciso 2 del artículo 9 (cuestiones relativas a su separación con sus padres). Sin dudas resulta medular en el tema que abordamos.

Si bien el inciso 2 del artículo 12 pareciera restringir el derecho del niño a ser escuchado al ámbito procedimental, se impone una interpretación amplia de acuerdo al primer párrafo del mismo precepto que reafirma el derecho del niño a exteriorizar su opinión, cuando ello sea pertinente, “en todos los asuntos “ que lo afecten y que sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez. Si ese derecho se limitara a etapas procesales, resultaría contradictorio con todo el sistema normativo que garantiza al niño libertad

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

de expresión (art. 13), de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (art. 15), derechos que al Estado corresponde tutelar para que se ejerzan en total plenitud. De nada sirve consagrar derechos que no puedan ser ejercidos en la vida cotidiana.

Conforme a este principio innovador, nos dice Cillero Bruñol, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión y en tercer lugar a ser escuchado.²⁴

Este principio, en conjunción con la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, adhiere al criterio que revaloriza en el plano jurídico la voluntad de las personas y su real aptitud de discernimiento, sin supeditar la validez de los actos a parámetros rígidos como la edad u otras circunstancias.

El concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos encuentra cabal consagración en el artículo 5 que impone a los Estados Partes la obligación de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores, familia o personas encargadas, de impartir al niño, conforme a su evolución, la orientación y dirección apropiadas para que éste ejercite por sí mismo los derechos reconocidos por ese tratado internacional. En igual forma el artículo 14 se refiere a los derechos y deberes de los padres y representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades. Se pretende que el menor, paulatinamente, vaya ampliando el campo de su participación dentro de la comunidad y asuma nuevas responsabilidades de acuerdo a su grado de madurez.

Sin lugar a dudas, la posición que rechazaba de plano cualquier ingerencia de los denominados incapaces (niños en particular) en cuestiones

²⁴ Id.

de su interés, basada en los extremos de capacidad-incapacidad, ha recibido una estocada mortal con la incorporación a nuestro régimen normativo de la referida convención y su legislación posterior.

En efecto, la convención al consagrar el concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño y su derecho a expresar su opinión en todo asunto de su interés y a que ésta sea tenida en cuenta, introduce en el régimen jurídico referido a la capacidad de obrar de los menores insoslayables modificaciones.

2. LA LEY NACIONAL 26061: PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Sancionada en el año 2005 (Adla LXV-E, 4635), tiene como objeto-fin la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes e incorpora una serie de derechos de carácter sustancial y garantías procesales con el propósito de asegurar su plena vigencia.²⁵ Constituye una consecuencia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, sucintamente analizada con respecto a nuestro tema en el punto anterior. La República Argentina adopta así una trascendente medida legislativa en un todo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4º de la CDN, que impone a los Estados Partes la obligación de dar efectividad a los derechos consagrados.

Algunos autores han criticado a la norma como peligrosa e inútil en virtud de su contenido (“...serie reiterativa de declamaciones rimbombantes y demagógicas...”), la indeterminación de los destinatarios al incluir el

²⁵ KIELMAROVICH, Jorge L., “Reflexiones procesables sobre la ley 26061”, La Ley 2005-F, 987; Solari, Néstor E., “El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial”, La Ley 2005-F, 1127- DJ 2005-3, 1051; Zannoni, Eduardo A., “El patronato de menores y la reciente ley 26061”, La Ley 2005-F, 923.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

término adolescencia y la especificación de derechos que corresponden a todos los habitantes como se indica en el título 2, entre otros.²⁶

Pero más allá de las críticas cuyo tratamiento excede el objetivo del presente trabajo, a nuestro entender, abundan en la ley 26061 una serie de principios jurídicos, que atento su grado de generalidad, resultan idóneos para fijar criterios interpretativos que abarcan todo el sistema normativo. Dichos criterios encuentran su eje en la autonomía progresiva del niño y en su derecho a participar en toda decisión que lo afecte.²⁷

La afirmación precedente ya se verifica en el segundo párrafo del artículo 1, incluido en el “Título 1: Disposiciones generales”, que sustenta los derechos reconocidos por la norma “...en el principio del interés superior del niño”, el cual es definido y objeto de desarrollo en una serie de reglas que se enuncian en el artículo 3 de la ley.

Así, se establece que el interés superior de la niña, niño y adolescente significa la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías. La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Y posteriormente aclara que

²⁶ BELLUSCIO, Augusto César, “Una ley inútil y en parte peligrosa: la 2601”, La Ley 2006-B, 701; Zannoni, ob.cit., páginas 77 y siguientes.

²⁷ Una precisa distinción entre principios y reglas puede verse en BARBERO, Daríel Oscar, “Reflexiones acerca de los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso Español”, Revista número 2 del Instituto de Derecho e Integración, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da. Circunscripción, páginas 68 y siguientes.

este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde debe desempeñarse.

Adelantándonos al posterior análisis de las normas de nuestro Código Civil, recordemos aquí que la representación legal de los menores de edad en todos los actos de la vida civil, se otorga a los padres en el ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto a estas pautas debe adecuarse tal representación en toda circunstancia y “cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifieste, en todos los ámbitos

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana, y que conllevan a su vez precisas atribuciones. Entre ellos, derecho a la vida, a la salud, a la dignidad e integridad personal, a la vida privada, a la identidad, a la educación, a la libertad -que comprende el de expresar su opinión en todos los ámbitos de la vida cotidiana y en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos-, al deporte, al medio ambiente, a la recreación, a opinar y a ser oído, etc.

Resulta de esta normativa que ignorar el derecho del niño a expresar su opinión en todos los ámbitos de su vida cotidiana significa conculcar su libertad, principio incorporado a nuestra Constitución Nacional con el rango de derecho fundamental de todas las personas.

Entre las reformas que se vuelcan a nuestro ordenamiento jurídico, debemos destacar los derechos y garantías que con claridad meridiana se

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

puntualizan en los artículos 24 y 27 de la ley. Estos artículos, junto con los anteriormente mencionados desarrollan el principio enunciado en el artículo 12 de la Convención.

El artículo 24 en su primer inciso declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés. Obsérvese que el legislador no limita de manera alguna este derecho. En la segunda parte de la norma establece que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a la madurez y desarrollo del niño. Derechos que se extienden a todos los ámbitos, entre ellos el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, etc. Esta mención realizada a título ejemplificativo, reafirma el criterio del legislador plasmado en el inciso a): atribuir al menor participación en cualquier asunto atinente a su persona y por cierto creemos que ello incluye los intereses personales y patrimoniales.

El artículo 27 por su parte se refiere a los procedimientos judiciales y administrativos y consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte. Aquí no se establecen límites de ninguna naturaleza.

Creemos, pues, que cuando se solicita, en instancia judicial, autorización para transferir, por ejemplo, un inmueble cuya titularidad corresponda a un menor de edad, el juez insoslayablemente deberá escuchar al niño y considerar su opinión antes de conceder la venia pertinente. ¿Debemos verificar este extremo cuando ante nosotros comparezca el representante legal del menor a otorgar la escritura en su nombre con la venia correspondiente?

Las acepciones de los verbos “afectar” y “concernir” y del sustantivo “interés”, utilizados en la normativa en estudio, resultan adecuadas con miras a un esclarecimiento del principio consagrado. En efecto, ellas corresponden a “producir alteración o mudanza en una cosa” (afectar), “interesar” (concernir) y “conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden material o moral” (interés).

Debemos destacar que la ley 26061 incorpora un sistema de protección integral de los derechos de los menores (título 3) y, concomitantemente, crea órganos administrativos a los fines de su operatividad (título 4). En la detallada enumeración de organismos y funcionarios, se adjudica papeles preponderantes a las figuras del Defensor (artículos 47 a 64) y a las organizaciones no gubernamentales (artículo 65 y siguientes). Si bien esas entidades y funcionarios no se encuentran investidos de atribuciones representativas ligadas directamente a cuestiones patrimoniales, su misión garantista de los derechos de la minoridad coadyuva al cumplimiento de los deberes a cargo de los clásicos representantes legales previstos por la legislación civil.

Las funciones del Defensor y de las organizaciones no gubernamentales, ejercidas a través del contacto directo con las niñas, niños y adolescentes, facilitan el insustituible contralor judicial a que debe someterse toda gestión de los representantes legales.

Puede calificarse como trascendente la sistematización efectuada de la legislación garantista inherente a los menores de edad en un cuerpo único que consolida su situación como sujetos de derechos por sobre el rol de simples representados del modelo imperante en el Código Civil.²⁸ Esta ley, reiteramos, reafirma lo establecido por la Convención de Derechos del Niño

²⁸ SOLARI, Néstor E., ob.cit., puntos I y III.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

a la que se ha hecho referencia e incide en la interpretación del régimen de capacidad civil de los menores de edad regulado en nuestro Código Civil.

3. RÉGIMEN DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Abocados a analizar, en los límites del presente trabajo, las tradicionales normas sobre capacidad de nuestro Código Civil que se relacionan con el tema de menores y con la actividad notarial, debemos comenzar advirtiendo que, en cuanto al concepto de capacidad jurídica, nuestra ley contempla una distinción referida a la capacidad como aptitud para ser titular de un derecho, denominada capacidad de derecho, y la vinculada con el ejercicio de ese derecho, llamada capacidad de hecho.²⁹ En principio todas las personas, sean mayores o menores para la ley, potencialmente pueden ser titulares de derechos, por lo tanto gozan de capacidad de derecho. Es en el campo de la capacidad de hecho o de obrar donde la ley distingue entre sujetos capaces e incapaces para el efectivo ejercicio por sí mismos de aquellos derechos de los que resultan titulares.

El Código Civil establece un régimen de incapacidad en protección de los menores de edad, ya que hasta los 18 años³⁰ presume que no pueden dirigir por sí mismos sus personas, ni administrar y disponer de sus bienes. Esta incapacidad del menor de edad en el ejercicio de sus derechos es suplida por la ley mediante la representación de su persona.

El régimen legal así instituido señala como representantes del menor a sus padres o tutores, quienes en general lo suplen en todos los actos de la vida civil sin su participación (artículos 274, 380 y 411 C.C.A.). Señala D'Antonio, con respecto a este tema, que no es necesaria la voluntad del

²⁹ D'ANTONIO, Hugo Daniel, "Derecho de Menores", 3ª edición, Astrea, página 81.

³⁰ Según reciente ley 26579

representado para que se legitime la actuación del representante y, citando a Neppi, afirma que el poder del representante proviene de la propia ley, por lo que es posible prescindir en forma absoluta de una voluntad directa del representado a producir el acto jurídico, así como también de su propio disenso.³¹

En consecuencia, según nuestro código civil, las personas físicas son menores de edad -y por lo tanto incapaces para ejercer sus derechos- hasta que cumplan los 18 años de edad.

No obstante, reconoce situaciones diferentes al establecer una división, en apariencia tajante, entre menores impúberes y adultos, según hayan alcanzado o no la edad de 14 años (art. 127 C.C.). La absoluta incapacidad de los menores impúberes (art. 54 inc. 2 del C.C) impide a éstos el otorgamiento de actos jurídicos bajo pena de nulidad (art.1041 C.C.).

Respecto de los menores adultos, la ley solamente les reconoce aptitud para celebrar aquellos actos expresamente permitidos (art. 55 C.C.). La legislación ratifica el inveterado criterio de la doctrina civilista³² en el sentido de que respecto de los menores adultos la situación de incapacidad constituye la regla y la capacidad la excepción. Consecuentemente, los actos celebrados que exceden el límite de permisividad legal por parte de los menores adultos también se hallan sujetos a la sanción de nulidad (arts. 1042, 1043, C.C.). Esas nulidades serán de carácter relativo, atento que el legislador estableció esa penalidad teniendo en miras el resguardo de intereses privados.

³¹ Id., página 114.

³² CIFUENTES, Santos, “Régimen general de la incapacidad y el denominado ‘Living Will’”, La Ley, año LXX, número 34, del 16/02/2006, Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Parte General 11ma. Edición I, Editorial TEA, Buenos Aires 1964, página 560; Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Parte General Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2007, páginas 412 y siguientes.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

El tratamiento selectivo regulado por el código teniendo en cuenta cada una de las categorías indicadas aparece desdibujado frente a la atribución que se otorga a los padres en ejercicio de la patria potestad para actuar en pleitos por sus hijos menores o celebrar “cualquier contrato en los límites de su administración” (art. 274 C.C.). En tales supuestos, en nada influyen la edad y opinión del representado y esos poderes perduran durante la vigencia de la patria potestad. Similares atribuciones se otorgan al tutor respecto de su pupilo y al curador sobre su representado (arts. 411 y 475 del C.C.). En ambos casos sin intervención alguna del incapaz y prescindiendo de su voluntad.

En resumen, conforme el criterio adoptado por el Código Civil, se incluye a los menores, en un régimen general de incapacidad de hecho que presenta como notas distintivas la representación de su persona por los padres o tutores y la irrelevancia de la voluntad del sujeto. Sin alterar estos principios la ley admite en determinados casos la intervención del menor de edad en la realización de ciertos actos jurídicos, requiriendo en algunas situaciones la asistencia del representante legal complementando la validez del acto.

El sistema de asistencia, o sea aquel que integra la voluntad del titular de los derechos con la de una persona a quien la ley atribuye funciones de contralor, encuentra en efecto cierta recepción en el régimen en estudio. En estos casos, quien realiza el acto es el menor pero su consentimiento queda perfeccionado por la autorización prestada por su representante legal³³. Lo encontramos, por ejemplo, en las situaciones previstas por los artículos 275 (salida de los menores de cualquier edad de la casa paterna, autorización para trabajar a quienes no han cumplido 18 años), 168, 264,

³³ D'ANTONIO, Hugo Daniel, ob. cit., página 118.

inciso 1 quáter (autorización para contraer matrimonio). Como excepción a su situación de incapacidad, nuestro Código Civil permite a los menores de edad ejercer por sí mismos ciertos actos, sin necesidad de contar con la autorización de sus representantes legales. Entre ellos, estar en juicio cuando sean demandados criminalmente, reconocer hijos extramatrimoniales a partir de los 14 años (art. 286), aptitud laboral para el menor que haya adquirido título habilitante (arts. 128 y 275), adquirir la posesión a partir de los 10 años (art. 2392), desempeño de mandato (art. 1897).

Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil (art. 131). Pueden, administrar y disponer de sus bienes, con las limitaciones de los artículos 134 y 135.

El artículo 166 inciso 5° del código civil establecía como impedimento para contraer matrimonio tener la mujer menos de 16 años y el varón menos de 18. Posteriormente la ley 26449 unificó la edad en 18 años para ambos contrayentes. Esto pasó inadvertido para el legislador de la reciente ley 26579 quien inexplicablemente reitera la reforma. El hecho es que, de acuerdo a la actual regulación legal, es impedimento para contraer matrimonio ser menor de edad tanto para el hombre como para la mujer. Por debajo de esa edad quienes pretendan casarse deben requerir previamente la dispensa judicial, debiendo el juez escuchar a los interesados y a sus padres o representantes legales y ponderar el interés de los menores.³⁴ Es decir que la emancipación por matrimonio tendrá lugar excepcionalmente sólo en este supuesto. El asentimiento de los padres, a pesar del artículo 168 del código civil, ha perdido relevancia frente a la necesaria autorización judicial. Ante ello, el caso de los hijos menores casados sin autorización de

³⁴ Artículo 167 C.C.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

sus representantes legales regulado en el art. 131 C.C. en la práctica deviene casi inaplicable.

Antes de la reforma introducida por la ley 26579 los menores que habían cumplido 18 años podían emanciparse por habilitación de edad por decisión de quienes ejercían sobre ellos la patria potestad y con su consentimiento (art. 131). Este instituto fue derogado por la nueva ya que a partir de los 18 años se alcanza ahora la mayoría de edad.

En relación con la capacidad de testar, dos normas aparecen contrapuestas. El artículo 3.614 del código velezano establece que no pueden testar los menores de 18 años, mientras que el artículo 286 del mismo cuerpo legal determina que los menores adultos pueden otorgar testamento sin necesidad de autorización paterna, lo cual ha generado diferentes interpretaciones de la doctrina.

Resulta contradictorio asimismo que el menor de edad en ejercicio de oficio, profesión o industria debidamente autorizado por sus padres (art. 275 C.C., 2do. párrafo) no se encuentre facultado siquiera para dar su opinión relativa a los bienes incorporados a su patrimonio por medio de esa modalidad. Sobre ese tópico, tampoco se advierte respuesta en la legislación laboral: el artículo 34 de la ley nacional 20744, otorga a todas las personas recién desde los 18 años “la libre administración y disposición del producido del trabajo y de los bienes que cualquier tipo adquieran por ello..”. La reciente reforma de la ley de contrato de trabajo (ley 26.390) no ha modificado esta situación. De acuerdo a ese criterio, mientras los menores no alcancen los 18 años, la administración de todos sus bienes se encuentra a cargo de los padres (arts. 264 quáter y 293 C.C.).

La afirmación anterior no ignora posiciones doctrinarias, en sintonía con la que inspira este trabajo, que sostienen que los menores púberes (14 a

18 años) se encuentran habilitados para administrar los bienes adquiridos como resultado de sus actividades económicas ejercidas mediante autorización pertinente.³⁵ Lamentablemente, la normativa resumida no permite arribar en forma indubitable a esta última conclusión.

El poder de administración de los padres se extiende a los bienes adquiridos por los menores de 18 años en la forma indicada en el párrafo anterior, no obstante encontrarse tal peculio excluido del usufructo que la ley otorga a los padres sobre la generalidad del patrimonio de sus hijos (art. 287 inc. 1).

En cuanto a los actos referidos a la disposición de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de titularidad de los menores, esa potestad, aunque circunscripta a los que se encuentran bajo su administración, corresponde a los padres y su ejercicio se halla sujeto a la autorización judicial (arts. 264, quáter C.C.). Por cierto que en esta última variante se ratifica el principio de que la opinión del interesado (el niño) carece de relevancia.

Una tímida excepción a ese criterio se introdujo a través de la recordada ley 23264, y se encuentra en el artículo 264 ter., precepto que atiende el caso de desacuerdo entre padre y madre con relación al ejercicio de los deberes y derechos emanados de la patria potestad. La norma citada faculta al juez a “...oír al menor si éste tuviere suficiente juicio, y las circunstancias del caso lo aconsejaren”. Ese procedimiento consultivo abarca todos los aspectos concernientes al interés del menor pero solamente resulta aplicable siempre que el magistrado lo considere necesario y, como se dijo, cuando se suscitan situaciones de divergencia entre los progenitores.

³⁵ Ver pautas del temario a la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense, Coordinadora Notaria Dra. Cristina Noemí Armella.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Vemos que el régimen estatuido, aun antes de las actuales normas, no conformaba un plexo claro y armónico en cuanto a la capacidad de los menores de edad y sus excepciones.

La reciente reforma de nuestro código civil introducida por la ley 26.579 establece que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años³⁶. Creemos que se trata de un importante avance que no debe pasar desapercibido en el ámbito notarial, pero es una pena que no se haya encarado la reforma de todo el régimen de incapacidad por minoría de edad a fin de armonizarlo con los nuevos postulados en la materia.

VI. NUEVA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO PRIVADO A LA LUZ DE LA LEGISLACION VIGENTE. Actos de administración y disposición. Compra por y para menores. Representación. Autorización judicial.

Debemos reiterar aquí que el concepto de autonomía progresiva y el derecho del niño a participar en todo asunto de su interés introducen sin lugar a dudas trascendentes modificaciones en el régimen jurídico de capacidad estatuido por nuestro Código Civil. Resulta claro que según la CIDN y la ley 26.061 el niño debe ejercer sus derechos por sí mismo si tiene madurez suficiente para ello y que en los casos en que esa situación no se verifique deberá contar con el apoyo necesario, pero no es posible ignorar su derecho a participar en todo asunto de su interés, más allá de que su opinión sea o no vinculante. Se impone pues armonizar nuestro derecho privado con las nuevas normas vigentes.

Se verifica una mutación sustancial del criterio tuitivo que, apoyado en el régimen tradicional, se tradujo en la práctica en la absoluta prescindencia del menor en las decisiones concernientes a su persona. La

³⁶ El anterior art. 126 C.C. fijaba la edad en 21 años.

C.I.D.N. y la ley 26061 priorizan la protección y la adopción de medidas que atiendan al bienestar de los menores y otorguen efectividad a los derechos consagrados a través de exhaustivas reglas desarrolladas por tales normativas, pero la creciente intervención de los tutelados conforme la evolución de sus facultades, adquiere un papel preponderante en el sistema diseñado.

El alcance de estas modificaciones ha generado un gran debate en la doctrina.

Eduardo Cárdenas afirma que el régimen jurídico capacidad/incapacidad ha estallado con las nuevas normas de derechos humanos, ya que no es posible sostener que alguien debe ser informado y escuchado y que debe tenerse en cuenta lo que dice, si es un incapaz absoluto. Y agrega que escuchar la palabra del chico y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos.³⁷

Emanuelle Calò se refiere a los nuevos derechos que se imponen hacia el final del siglo XX, los que partiendo del previo reconociendo de las diferencias traen en el plano jurídico consecuencias variadas, entre las cuales se encuentra una diferente manera de ejercer la voluntad (por ejemplo de parte del trabajador o del consumidor) y la directa atribución de relevancia a la voluntad de quienes con anterioridad estaban privados de ella, como los menores y los enfermos. Se refiere a la "capacidad como variable" y sostiene que la capacidad no se puede manejar ya únicamente por parámetros rígidos como el de la mayoría de edad el día que se cumplen los 21 años³⁸ o el del

³⁷ CÁRDENAS, Eduardo José Cimadoro, Mirta Herscovici, Pedro Montes, Irene Beatriz, "La escucha del niño en el proceso judicial de familia", LA LEY 2007-B, 1132.

³⁸ 18 años de acuerdo a nuestra actual legislación

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

interdicto declarado como incapaz absoluto, etc., más allá de la subsistencia de disposiciones que tienden a la protección del tráfico jurídico.³⁹

Otros autores proponen una distinción concerniente a los alcances que tendrá el parecer del niño ya en el ámbito de los derechos patrimoniales, o en el área referida al ejercicio de derechos personalísimos. Con relación a estos últimos, sostienen que en la medida de que el interesado demuestre contar con el grado de discernimiento que garantice su debida comprensión relativa a la trascendencia de la decisión que adopta, deberá atenderse a sus deseos comunicados en forma clara y espontánea.

En cambio, las cuestiones patrimoniales suelen presentar aristas de tal complejidad que ameritan sopesar lo volitivo con los inevitables riesgos que conlleva cada emprendimiento. Esa situación de vulnerabilidad justifica la intervención de representantes o asistentes (junto a la del Ministerio Público en ciertos casos), la que gradualmente perderá influencia teniendo en cuenta la edad y madurez de cada niño.⁴⁰

Aída Kemelmajer de Carlucci por su parte se refiere a estos nuevos conceptos analizando que “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; (...) competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice,

³⁹ CALO, Emanuele, ob. cit., página 72.

⁴⁰ Así LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, ob. cit., página 519, esboza un sistema que promueve una progresiva capacitación del menor a medida que va aproximándose a la mayoría de edad.

cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar".⁴¹

Sin que el presente análisis resulte exhaustivo nos permitimos efectuar algunas observaciones, a nuestro criterio ineludibles, a la hora de interpretar y aplicar la normativa de nuestro Código Civil.

a) La ley no debe pensar por el incapaz.

En primer lugar, ya no es posible sostener el principio de que "la ley piensa por el incapaz" que, según se consideró tradicionalmente, guió a Vélez Sarsfield en la organización del régimen de incapacidad de nuestro código. Si bien la sustitución de la voluntad del vulnerable se sostuvo en el afán de protegerlo, implicó otorgar a éste el estatuto de un objeto de compasión, protección y control y privarlo con ello de su jerarquía de ser humano. De este modo, se le restó protagonismo aun en aquellos derechos cuya aptitud de discernimiento le permitía ejercer con autonomía.

Hoy no se puede desconocer a la persona incapaz su calidad de sujeto de derecho, su derecho a pensar por sí mismo, a expresar su opinión, a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.

b) Menores y Ministerio Público.

Los artículos 54, 55 y 59 del CC, en cuanto disponen la incapacidad absoluta de los menores impúberes, la capacidad limitada de los menores adultos únicamente a los actos que las leyes les autorizan a otorgar y la representación promiscua de los incapaces por el Ministerio de Menores, deben interpretarse de manera flexible y compatible con la legislación vigente.

⁴¹ KEMELMAJER de LUCCI, Aída, "El Derecho del Niño a su Propio Cuerpo", en "Bioética y Derecho" (Coordinadores: Salvador D. Bergel y Nelly Minyersky), Rubinzal - Culzoni Editores, página 114.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

En efecto, ya la incapacidad del menor de edad no puede entenderse de manera tajante y absoluta. La valoración de su voluntad en los asuntos de su interés, se introduce como inevitable consecuencia del principio de autonomía progresiva y el derecho a ser oído que proclaman las nuevas normas.

El Ministerio de Menores por su parte, deberá intervenir en los procedimientos que involucren intereses de menores de edad, velando por el respeto al desarrollo autónomo de los niños y por su derecho a participar en dichos asuntos, en el marco de la capacidad progresiva que vayan incorporando en su vida cotidiana⁴².

La Suprema Corte de Buenos Aires ha entendido que corresponde anular de oficio las sentencias si el tribunal no ha cumplido con el requisito de oír al niño, cualquiera sea su edad, señalando que la intervención del asesor de incapaces no suple el contacto personal entre el juez y el niño.⁴³ El tribunal exige de esta manera el respeto irrestricto a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.⁴⁴

c) Patria potestad y representación.

La CDN y la ley 26061 reconocen el rol trascendente que cumplen los padres y la familia en la formación integral de los niños. Lo afirmado se comprueba en el texto de los artículos 5 y 9 de la CDN y en lo expresado por los artículos 7, 10 y 11 de la ley 26061, que garantizan el respeto a las responsabilidades y deberes de ambos progenitores en igualdad de condiciones, al crecimiento y desarrollo del niño en el seno de su familia de origen y al mantenimiento de vínculos personales y directos con sus padres,

⁴² MIZRAHI, Mauricio Luis, ob.cit., página 82.

⁴³ SCBA. LL, 2003-A-425, 02/05/2002.

⁴⁴ MIZRHAH, Mauricio Luis, ob. cit., página 75.

dejando a salvo situaciones que impongan separaciones permanentes o temporarias. La CIDN en su artículo 18 y la ley 26061 a través del segundo párrafo del artículo 7 ratifican el principio del ejercicio de la patria potestad compartida ya instituida en la legislación sustancial mediante la sanción de la ley nacional 23264 (artículo 264 y siguientes del Código Civil).

Debemos señalar, no obstante, que la autonomía progresiva y el derecho a la participación incorporan al concepto de patria potestad, consagrado por el artículo 264⁴⁵ del Código Civil, nuevas obligaciones con respecto al apoyo y a la orientación adecuada que los padres deben brindar para que los hijos puedan ir ejerciendo sus derechos por sí mismos y ser escuchados en los asuntos de su interés.

Consideramos que toda la normativa que regula el régimen de patria potestad debe analizarse a la luz de los nuevos criterios. Así, por ejemplo, el artículo 264 quater⁴⁶ requiere el consentimiento expreso de ambos padres para determinados actos trascendentes en la vida del hijo; en caso de que uno de los padres no diere el consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo resolverá el Juez lo que convenga al interés familiar. Sin dudas en este caso el Juez no podrá tomar ninguna resolución válida sin oír al hijo y darle participación en el proceso. Con respecto a la disposición y administración de los bienes (incs. 6 y 7) la oposición del hijo sólo podrá ser

⁴⁵ Art. 264 CCA: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

⁴⁶ Art. 264 quater CCA: “En los casos de los incisos 1, 2 y 5 del artículo 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1. Autorizar al hijo para contraer matrimonio. 2. Habilitarlo. 3. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad. 4. Autorizarlo para salir de la República. 5. Autorizarlo para estar en juicio. 6. Disponer de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial. 7. Ejercer actos de administración conforme lo previsto en el artículo 294...”

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

soslayada por el tribunal en casos muy excepcionales y justificados.⁴⁷ En los demás supuestos de la norma, para acceder a la venia judicial supletoria deberá asimismo acreditarse la voluntad del menor.

De igual modo debe interpretarse la representación legal de quienes ejercen la patria potestad, cuyo desempeño ya no consiste en sustituir absolutamente la intervención del menor de edad en el ejercicio de sus derechos, sino en acompañarlo, asistirlo y colaborar para que de acuerdo a su madurez y desarrollo pueda llegar a ejercerlos autónomamente.

No es posible sostener la vigencia de los arts. 274 ("Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos... y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato...") y 411 del Código Civil ("El tutor... gestiona y administra solo... sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad"), por lo que a la luz de la nueva normativa que hemos citado deben considerarse derogados. Es una pena que la reciente ley 26579 no lo haya hecho.

d) Derechos extrapatrimoniales.

Consideramos pertinente en el presente análisis atribuir diferentes consecuencias a la aplicación de los criterios expuestos, según se trate de derechos extrapatrimoniales o de derechos patrimoniales. En un todo de acuerdo con la doctrina citada, entendemos que los niños pueden ejercer por sí mismos sus derechos extrapatrimoniales, y dentro de ellos sin dudas aquellos personalísimos, lo cual surge de manera indubitable del principio de autonomía progresiva y del derecho a participar en los asuntos de su interés,

⁴⁷ MIZRHAI, Mauricio Luis, ob. cit., página 88.

armonizado con el catálogo de derechos que en forma específica le reconocen al niño tanto la CIDN como la ley 26061.⁴⁸

Así lo entendió el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires al resolver que “las atribuciones conferidas a los padres en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”.⁴⁹

Podemos afirmar entonces que en esta materia y a partir de la normativa citada, tanto la doctrina como la jurisprudencia abandonan los parámetros rígidos establecidos en el código velezano y atienden al discernimiento concreto del niño para el otorgamiento de determinado acto.

e) Derechos patrimoniales.

Con respecto a los derechos patrimoniales la situación es más delicada. No porque estos derechos tengan mayor entidad o importancia (nada más prioritario que el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la igualdad, a la dignidad, a la intimidad, etc), sino en virtud de preservar la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de terceros, aunque siempre en beneficio del interés superior del niño por encima de cualquier otro interés comprometido.

Las distintas edades fijadas en el Código Civil como límite de la capacidad de obrar de los menores, se refieren en general a cuestiones patrimoniales. En estos casos, la representación de los menores se mantiene

⁴⁸ Por ejemplo el derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole... (Ley 26061, art. 23).

⁴⁹ T.S. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre 14 de 2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros, ciudad de Buenos Aires”, en LL, 2004-B-413, en MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit, página 90.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

vigente, pero debe ser ejercida habiendo oído la opinión de ellos y valorada la misma en función de su grado de madurez. Aquí también es necesario atender a la autonomía progresiva del niño, porque como señalamos, ya no se trata, de sustituirlo en el ejercicio de sus derechos, sino de brindarle apoyo necesario para que pueda gradualmente hacerlo por sí mismo.

Esta consideración es aplicable a todos los negocios que involucren derechos de menores. Veamos algunas situaciones.

e) 1. Actos dispositivos con respecto a bienes de los hijos. Todo acto dispositivo que realicen los padres con respecto al patrimonio de su hijo menor de edad requiere autorización judicial con la intervención promiscua del Ministerio de Menores (art 264 quater y 59 CCA). Sin dudas tanto el juez como el Ministerio de Menores no podrán decidir ni dictaminar sin oír previamente la opinión del menor con discernimiento suficiente. El escribano deberá tener en cuenta este requisito a la hora de analizar la venia otorgada e instrumentar el acto.

e) 2. Compra que realizan los padres para que el bien ingrese al patrimonio del hijo. El bien adquirido por los padres con dinero del hijo, en ejercicio de la patria potestad, ingresa al patrimonio del menor y se inscribe el dominio a su nombre. Se plantean diferentes posiciones doctrinarias sobre la necesidad de solicitar venia judicial en estos casos. Pero más allá de la posición que se asuma, afirmamos que no podrá prescindirse de escuchar la opinión del menor si cuenta con la madurez necesaria y plasmarla en el documento pertinente.

Igual tesitura debe aplicarse si la compra se hace con dinero del hijo donado por los padres o por un tercero. En este caso no se requiere autorización judicial ni la intervención del Ministerio de Menores, pero no se debe obviar la debida participación del menor con discernimiento suficiente.

e) 3. Estipulación a favor de terceros (artículo 504 del Código Civil). Resulta adecuada en la creación de beneficios patrimoniales a favor de menores. Es el caso en que los padres compran actuando por sí pero instrumentando un negocio a favor del hijo. Delimitándonos al objeto del presente trabajo, nos interesa destacar la situación de los niños en la etapa correspondiente a la aceptación, acto este último que como es sabido, consolida la adquisición del beneficio en cabeza del tercero hasta ese momento subordinado al cumplimiento de esa condición suspensiva.⁵⁰

Corresponde, en la generalidad de los casos, al padre y la madre en forma conjunta, como titulares de la patria potestad (art. 264 C.C.) y representantes de los menores (art. 57 C.C.), realizar el acto de aceptación, debiendo analizarse en cada circunstancia si resulta necesaria la autorización judicial y la intervención del Ministerio Público. Como venimos sosteniendo en este trabajo, la actual legislación torna ineludible recabar la opinión de los menores como presupuesto necesario para la aceptación, diligencia que constará en la escritura que se instrumente.

e) 4. Donación de un bien a favor del hijo. Para que el dominio del bien donado recaiga en cabeza del menor se requiere la expresa aceptación efectuada por sus representantes legales y por el mismo menor de acuerdo a los criterios expresados, ya sea en el acto o por acto posterior. La presencia de los representantes legales en el acto contractual inicial no suplente la necesaria aceptación.

Por lo tanto, en todo acto sobre derechos patrimoniales que involucren a menores de edad es necesario especificar en la escritura respectiva tanto el carácter en el que actúan los progenitores -por sí o

⁵⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado", Doctrina Jurisprudencia, Tomo II A, artículo 504.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

ejerciendo la representación legal del hijo- como el origen del dinero que permitirá imputar el bien al patrimonio que corresponda. A estas pautas tradicionales debemos ahora incorporar la necesaria participación del menor de acuerdo a su desarrollo y madurez.

VII. LA ACTUACIÓN NOTARIAL Y LOS ACTOS QUE INTERESAN A LOS MENORES. ASPECTOS PRÁCTICOS.

En nuestras escribanías autorizamos frecuentemente actos que involucran intereses de menores de edad. Sin perjuicio del análisis pormenorizado de la documentación pertinente y de todos los recaudos del caso, nos preguntamos cómo impactan en nuestra actividad las nuevas normas analizadas.

Tal como lo hemos expresado, de acuerdo a la legislación aplicable - insistimos- corresponde que el notario, cuando sea requerido para intervenir en todo negocio jurídico cuya causa concierna directa o indirectamente a menores, compruebe si se les ha dado la debida participación mediante el ejercicio de su derecho a opinar y ser oído.

De tratarse de derechos extrapatrimoniales, no dudamos de que los actos referidos a ellos son susceptibles de ser otorgados por menores de edad con suficiente discernimiento para comprender sus alcances. Así, constataciones, directivas anticipadas sobre salud, actas de constitución de asociaciones con fines culturales, deportivos, recreativos, etc., podrán ser requeridos por personas menores de edad en el ejercicio autónomo de sus derechos. Dentro de esta categoría, los derechos personalísimos, solamente pueden ser ejecutados por su titular, por lo que su realización depende exclusivamente de la voluntad de aquél. Ello torna ineludible, para la validez del acto, el consentimiento del menor si se acredita suficiente grado de

madurez y capacidad de discernimiento (art. 3, inc. d, ley 26061). En estos supuestos entendemos que el criterio del menor adquiere especial relevancia y bajo ninguna circunstancia puede ser soslayado. La intervención de la justicia con la participación de los representantes legales tendrá carácter supletorio ante la imposibilidad de que el menor pueda expresarse.⁵¹

En cuanto al ejercicio de derechos patrimoniales, si bien juegan las reglas de la representación legal, no podemos ignorar, cuando las circunstancias lo ameritan, la necesaria participación del menor expresando su opinión.

Cuando se trate de actos sujetos a la autorización judicial (por ejemplo, disposición de bienes inmuebles o muebles registrables), bastará que en la resolución que se dicte conste el cumplimiento de ese recaudo legal o la imposibilidad de hacerlo en virtud de la escasa edad del menor. En su defecto, nada obsta a que en la escritura que se autorice, una vez dictada la venia respectiva, comparezca el menor y se haga constar en ese documento que éste ha sido consultado.

Las aceptaciones de liberalidades a favor de los menores, actos que en principio no requieren autorización judicial (por ejemplo, donaciones de los padres a sus hijos [art. 1805 C.C], cuando se realicen ante escribano [art. 1810 C.C.]), deberán expresar con claridad que se ha recabado la opinión del interesado.

El escribano deberá ponderar en cada caso la edad y madurez del niño (art. 12, inc. 1 C.D.N. y art. 3º o. Inc. d ley 26061) a los fines de su comparencia al acto escriturario. Es conveniente que el profesional concrete una audiencia previa con el menor a fin de explicarle con la mayor claridad y sencillez posible los alcances del acto que se ha de celebrar. A esa reunión

⁵¹ CIFUENTES, Santos, ob. cit., página 2, “La incapacidad y los actos personalísimos”.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

concurrirán también los representantes legales, quienes actuando mancomunadamente con el escribano procurarán asegurarse que el destinatario comprenda debidamente lo que se le informa y manifieste, con total libertad y discernimiento, su opinión. El procedimiento quedará asentado sintéticamente en el instrumento que se autorice. La escritura será signada por los otorgantes y el menor y en su caso se aplicará lo establecido en la ley sustancial respecto de la firma a ruego.

Consideramos que si el menor se presenta en la escritura y se opone al acto el escribano debe suspenderlo

Si por cualquier circunstancia no llegara a verificarse la comparencia del menor y tampoco se acreditara judicialmente que se ha recabado su opinión, corresponderá que el notario solicite a los representantes legales se expidan al respecto y que su declaración se vuelque en la escritura.

Creemos que de acuerdo al creciente rol protagónico de los jueces en la interpretación de nuestro derecho vigente y su sustento constitucional, sin dudas, la jurisprudencia sentará precedentes en esta materia. Ya lo viene haciendo ante la ausencia del menor en los procesos judiciales que lo involucran⁵².

Insistimos que constituye deber ineludible del notario verificar si se ha realizado la pertinente consulta al menor, ya sea en instancia judicial o notarial. En caso de que tropiece con la negativa o incumplimiento de sus representantes legales, hará constar esa situación en forma fehaciente. Cabe la posterior confirmación del acto por el propio menor

⁵² MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit., pag 75. SCBA, mayo 2 de 2002, en LL, 2003-A-425. “Se dispone anular de oficio el fallo recurrido por no haberse procedido a la escucha del niño, pues la representación que el Asesor de Incapaces ejerce no suple, ni por ende subsana, la omisión del contacto personal.”

Se impone un amplio debate sobre las consecuencias del incumplimiento de estas normas que deseamos dejar planteado.

VIII. CONCLUSIONES

1) No vacilamos en afirmar que la legislación analizada en los puntos anteriores, de incuestionable jerarquía constitucional, ha modificado significativos principios hasta hoy aceptados sin mayores divergencias en lo que refiere a la capacidad, tema que incluye la cuestión atinente a la minoridad. Resulta suficiente la lectura de los diferentes textos legales para advertir la incompatibilidad resultante de sus contenidos que conlleva la abrogación del viejo principio que se sustentaba en la afirmación de la incapacidad de las personas menores de edad.

2) En las recientes XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas durante los días 23, 24 y 25 de Septiembre en la Provincia de Córdoba, organizadas conjuntamente por la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Católica de Córdoba, la Universidad Blas Pascal y la Universidad Empresarial Siglo 21, se concluyó que el sistema rígido de protección de los incapaces que establece el Código Civil debe ser modificado a fin de implementar un modelo de capacidad progresiva mediante la adquisición gradual de competencias.

3) Sin lugar a dudas, resulta necesario y urgente encarar una profunda modificación de las normas de nuestro Código Civil que recepte los nuevos postulados, pero mientras tanto se impone una interpretación correctiva a la luz del derecho vigente, otorgando a los menores, conforme su grado de madurez y discernimiento, la participación en todos los asuntos que le conciernan, incluyendo aquellos de naturaleza estrictamente patrimonial. Su opinión será tenida en cuenta aunque no sea vinculante.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

4) Resulta pertinente citar aquí las textuales palabras de Maurizio Luis Mizrahi cuando se expide sobre la necesaria participación del niño en el proceso: “Corresponde resaltar, por lo demás, que la tesis que formulamos no comporta arrasar con el orden jurídico establecido, como se ha dicho también con error. De manera diferente, la cuestión transita por respetar el escalonamiento normativo del art. 31 de la Constitución Nacional y aceptar entonces la reinterpretación, y derogación en su caso, de nuestros textos internos a la luz de los preceptos contenidos en los tratados internacionales. Ello dicho sin perjuicio de que ahora contamos con la ley interna 26.061, la que naturalmente debe prevalecer sobre el Código Civil dictado con mucha anterioridad. Por lo tanto, la cuestión es hoy a la inversa: negar la participación activa del niño en el proceso sí ha de comportar arrasar con el orden jurídico.⁵³ Consideramos que idéntico criterio corresponde aplicar a la participación del menor de edad en los actos notariales.

5) Debemos comprender que los viejos conceptos rígidos de capacidad- incapacidad velezanos han sido reemplazados por el respeto a la autonomía y a la voluntad de las personas vulnerables, categoría integrada por los niños. A ellos se reconoce ahora como sujetos de derecho, como protagonistas de sus vidas y su voz comienza a escucharse luego de siglos de ominoso silencio.

6) Como asesores naturales, como operadores del Derecho, como depositarios de la fe pública, como creadores de herramientas jurídicas eficaces y válidas para garantizar los derechos de las personas, los escribanos debemos asumir los grandes cambios del mundo jurídico, participando y bregando por la modificación de nuestra legislación interna pero también implementando y aplicando los nuevos criterios en nuestra labor diaria. La

⁵³ MIZRAHI, Maurizio Luis, ob. cit., página 87.

función social del notariado y su compromiso con los derechos fundamentales de todas las personas, así lo exigen.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Primera Reimpresión, 1998, Editorial Ediar S.A.E.C.I. y F.

Belluscio, Augusto César, “Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Adolescente”, La Ley 2006 B, 701.

Bueres, Alberto J. Dirección, “Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Editorial Hamurabi.

Caló, Emanuele, “Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la Voluntad”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000.

Cifuentes, Santos, “Régimen General de la Capacidad y el denominado Living Will”, La Ley año LXX, número 34.

Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, Revista Infancia, Ley y Democracia”, www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09

Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”, www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

D’Antonio, Hugo Daniel, “Derecho de Menores”, 3ª edición, Astrea.

García Méndez, Emilio, “Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de la Infancia: Políticas Jurídicas y Derechos Humanos en América Latina”, www.iin.oea.org, consultado el 12/10/09.

CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

García Méndez, Emilio, “Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias”.

García Méndez, Emilio, “Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral”, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, www.iin.oea.org, consultado el 05/10/09.

Gil, Domínguez y otros autores, “Las medidas excepcionales en la ley 26061. Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, La Ley 2007 D, 876.

Jáuregui, Rodolfo G., “La Ley 26061 y el Derecho Entrerriano”, La Ley Litoral (01/01/2006), 387.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en “Bioética y Derecho”, Rubinzal Culzoni Editores.

Kielmarovich, Jorge L., “Reflexiones procesales sobre la ley 26061”, La Ley 2005 F, 987.

Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil”, Editorial Abeledo Perrot, 2007.

Llambías, Jorge Joaquín, “Código Civil Anotado”.

Llorens, Luis Rogelio, “Protección Jurídica y Patrimonial de las Personas con Discapacidad en el Derecho Argentino”, Conferencia, La Plata, 13 y 14 de junio de 2006.

LLORENS, Luis Rogelio y Alicia Beatriz Rajmil, “Derecho de Autoprotección”, Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración, Graficarte S.H.

Méndez Costa y otras autoras, “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre Internacional, Latinoamericano y Provincial Argentino”, La Ley 2006 A, 1045.

Mizhari, Mauricio Luis, “La participación del Niño en el proceso y normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26061”, en “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Ediciones Puerto del Sur, Fundación Sur Argentina.

Nicolau, Noemí, “La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad y su imagen”, La Ley 2007 B, 1151.

Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Tipográfica Editora Argentina, 1964.

Zannoni, Eduardo A. “El patronato del estado y la reciente ley 26061”, La Ley 2005 F.

Fuentes legales

Constitución Nacional de la República Argentina

Código Civil Argentino

Convención Internacional de los Derechos del Niño

Ley Nacional 26061

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Notario Leonardo B. Pérez Gallardo¹

“(…) lo que todos debemos asegurar a nuestro prójimo es un servicio de amor, para que siempre se defienda y promueva su vida, especialmente cuando es más débil o está amenazada. Es una exigencia no sólo personal sino también social, que todos debemos cultivar, poniendo el respeto incondicional de la vida humana como fundamento de una sociedad renovada.”

Juan Pablo II

Sumario:

I. Discapacidad, minusvalía, incapacidad, capacidad restringida. Categorías a tener en cuenta y distinguir. II. Enfoque constitucional de la tutela a los discapacitados. Especial referencia al derecho de asociación. III. Discriminación positiva a favor de los discapacitados en el Derecho positivo cubano. Política de empleo y adiestramiento laboral. Política educacional. IV. Discapacidad y Derecho Civil. IV.1. Actos jurídicos civiles de los discapacitados. Normas de alcance general en el Código Civil. IV.2. Consideraciones sobre la testamentifacio activa. Particularidades que ofrece el otorgamiento de testamento por sordos e hipoacúsicos, sordociegos y discapacitados mentales. IV.3 Legítimas hereditarias y discapacidad. V. Salvaguardia de los derechos familiares y actos del estado civil de los discapacitados. VI. Propositiones de lege ferenda en el ámbito civil y

¹ Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana.

familiar: regulación de la autotutela y de la asistencia a las personas discapacitadas en el proyecto de Código de Familia. VI.1 Otras vías de reconocimiento en el mencionado Proyecto. VII. Epílogo. Bibliografía.

Resumen

El Derecho debe ser idónea expresión de las conquistas sociopolíticas y económicas alcanzadas en cada momento histórico. Corresponde al Derecho Civil y al Derecho de Familia establecer los mecanismos más adecuados para permitir que las personas con discapacidad puedan tener a su alcance el abanico de posibilidades que la autonomía de la voluntad permite diseñar al ser humano, sin perder de vista, claro está, las limitaciones que este sector de la sociedad pueda padecer para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, civil y familiar. De ahí la necesidad de prever variadas y dúctiles vías de protección y guarda de los discapacitados, pero a la vez idóneas para garantizar la tuición que se reclama. Si bien en sede de políticas públicas, Cuba exhibe propuestas interesantes en el ámbito iberoamericano, su legislación, sobre todo en el ámbito del Derecho Civil, no logra estar a tono con los avances alcanzados en el terreno social para la plena protección jurídica de este sensible segmento de nuestra población.

Palabras claves

Discapacidad, protección, Cuba, actos jurídicos, matrimonio testamento

Abstract

The Law must be the most accurate expression of political, social and economic triumphs reached in every historic moment. It is up to the

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Private Law and Family Law to set the most suitable mechanisms to allow persons with disabilities to reach the scope of possibilities the free will can design for humans without certainly disregarding the obvious limitations this community may suffer in order to enjoy effectively the rights to subscribe legal acts of private and family nature. This is the origin of the need to foresee diverse and flexible ways of legal protection and custody of persons with disabilities, but at the same time useful enough to reach the protective goal. Even when Cuba shows interesting solutions in the iberoamerican context regarding public policies, the law, particularly private law, doesn't keep atuned with the current advances in the social ground to get a full legal protection for this sensible segment of our population.

Key Words

Disability - protection - Cuba - juridity acts - marriage will

I. Discapacidad, minusvalía, incapacidad, capacidad restringida. Categorías a tener en cuenta y distinguir

En los últimos años la protección al discapacitado ha centrado la atención de médicos, psicólogos, economistas, sociólogos y por supuesto de juristas. “Se calcula que en la sociedad el 10 por ciento de las personas tienen alguna discapacidad, de ese grupo sólo el dos por ciento accede a servicios de rehabilitación si vive en países en desarrollo (...) La discapacidad genera inseguridad personal, económica y laboral, implica muchas veces falta de acceso a los servicios básicos, maltrato y abuso, problemas escolares, discriminación, marginación y crisis de identidad personal y cultural. Nuestro objetivo, como modelo de atención, debe ser aquél que se sustenta en el paradigma de la inclusión y los derechos humanos. En otras palabras, tenemos que orientarnos hacia el respeto a la dignidad de las personas en que

el individuo discapacitado es considerado un sujeto de acción y no un objeto susceptible de caridad"¹ .

Por esta razón al Derecho le ha correspondido el cometido de acudir en auxilio de la protección de un número significativo de personas que padecen algún tipo de discapacidad. Y ello en función de una plena y cabal integración familiar y social de este sensible sector poblacional.

El término "personas con discapacidad" significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de un individuo normal y/o una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental² .

² Así lo dio a conocer el doctor Armando Vásquez, asesor del Programa de Rehabilitación de la OPS, durante la conferencia: "Nuevo enfoque de la discapacidad e instrumentos de evaluación, difusión del nuevo clasificador de funcionamiento y discapacidad (CIF)", que dictó el lunes 28 de abril del 2003 en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Según lo refiere CODDOU, Cecilia, "Personas con discapacidad: el derecho a una vida digna" en <http://www.med.uchile.cl/noticias/archivo/2003/mayo/discapacidad.html>, consultada el 2 de marzo del 2005.

³ En el Derecho Comparado se define al discapacitado como "(...) toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y mediosocial implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" (cfr. artículo 2 de la Ley N° 2243/1981 de 16 de marzo, Sistema protección integral de las personas discapacitadas de la Argentina, en http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431_1.htm, consultada el 3 de marzo del 2005); "aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad" (cfr. artículo 2 de la Ley N° 27050/1998 de 31 de diciembre del Perú, Ley general de la persona con discapacidad, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/27050.htm>, consultada el 3 de marzo del 2005); la persona que padece "una deficiencia, pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica o anatómica, de carácter permanente, que tengan restringida total o parcialmente, por su situación de desventaja, la capacidad para realizar una actividad que se considere normal" (cfr. artículo 17 inciso a) de la Ley sobre discapacidades del Ecuador, Ley N° /2001 de 15 de marzo (promulgada), en http://www.risolidaria.org.pe/docs/ficheros/200410070010_62_0.doc, consultada el 2 de marzo del 2005); o como "toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" (cfr. artículo 2 de la

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Según la Organización Mundial de la Salud la discapacidad implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Entre ellas podemos situar las discapacidades de la comunicación, de la locomoción, del cuidado personal, entre otras.

En Cuba existen básicamente tres enfoques para la atención de las personas con discapacidad. Uno de tipo médico, orientado a la deficiencia, o sea a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad. Este modelo comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad. Otro de tipo educativo, que comprende la determinación de las necesidades educativas especiales de estas personas, así como la puesta en marcha de las acciones que al respecto pueden llevarse a cabo para lograr el mayor grado de desarrollo de éstas, teniendo en cuenta, sobre todo sus particularidades. Y el tercer enfoque es socio-jurídico, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barreras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y de la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal del ejercicio de tales derechos en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral.

La discapacidad, en principio no tiene por qué suponer en el sujeto que la padece una ausencia de capacidad, que le impida per se, ejercitar los derechos y cumplir los deberes jurídicos que como miembro de una

Ley 16095/1989 de 26 de octubre, que establece un sistema para asegurar la protección integral a los discapacitados de Uruguay, en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii/> consultada el 2 de febrero del 2005)

colectividad ha de cumplir. “El discapacitado es una persona y un ciudadano que debe gozar de igualdad de derechos en relación con quienes no tienen los déficit físicos, psíquicos o sensoriales propios del mismo, y que es capaz de llegar a una integración social adecuada y proporcionada a su propia minusvalía, que necesariamente ha de redundar no solo en beneficio propio, sino también en toda la sociedad a la que pertenece.”⁴

A muy lamentar, todavía hoy se asumen posiciones si bien no idénticas, dado el lógico decursar de los siglos, sí próximas en lo que ellas implican, a las de la Grecia o la Roma antigua⁵ o a las del Medioevo. De ahí que no sea de extrañar que personas con alto nivel intelectual, científico o artístico o con marcado protagonismo político y social oculten en su propio domicilio a hijos discapacitados, privándoles de los medios de integración social y educacional precisos. No es tan estrambótico que se esconda a los discapacitados o que se les discrimine, a veces no por política estatal o social, sino por conductas o comportamientos de un número determinado de personas que tienden a verlos como seres distintos, señalándoles o estigmatizándoles sin razón o motivo alguno. Hay muchas formas y maneras, más grotescas o acaso anodinas, de discriminar a los discapacitados.

Disímil al concepto de discapacidad es el de minusvalía. Este presupone una situación de desventaja para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que limita o impide el desarrollo de un rol, que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y

⁴ VARELA AUTRÁN, Benigno, “La discapacidad en el Derecho español y la Constitución Española,” en *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Fundación Aequitas, Colección La Llave, número 1, Madrid, 2004, p. 44.

⁵ En muchas culturas, civilizaciones o pueblos de la antigüedad, los seres humanos con defectos o deficiencias físicas o mentales fueron discriminados, tal es el caso por ejemplo en la Grecia antigua, específicamente en Esparta donde los niños débiles o con defectos físicos eran arrojados desde el monte Taigeto, expresión cruel e inhumana de discriminación.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

factores sociales y culturales). Dentro de las minusvalías se sitúan las de orientación, de independencia física, ocupacional, de integración, entre otras.

Y de igual manera el concepto de incapacidad, que suele confundirse con el de discapacidad. No todo discapacitado requiere necesariamente ser incapacitado. Depende del grado de afectación sensorial o psíquica o de la limitación física padecida, para que sea declarado el discapaz, judicialmente incapacitado.

La capacidad jurídica como reconocimiento que realiza el ordenamiento a la persona por su condición de tal, implica la posibilidad de adquirir, tener, ser titular de facultades, derechos y deberes. Es considerada un atributo inherente a la personalidad, razón por la que no requiere de requisitos especiales para ostentarla, el solo hecho de ser persona confiere tal capacidad. Resulta entonces deducible su carácter general, por la amplitud de su contenido, su uniformidad, pues es igual para todos y su abstracción. Es única y no permite que se le fraccione o restrinja.

Por su parte, la capacidad de obrar ha tenido que ser reconocida, pues la realidad fáctica demuestra que el hombre no está siempre en condiciones de establecer por sí las relaciones de las que pueda ser titular. Le es necesario al Derecho establecer parámetros que sean guías para determinar la aptitud o no del hombre a los fines de ejecutar tales relaciones. La regla general establecida es la capacidad, entendida ésta como aptitud para poder ser parte en una relación jurídica y ejercer por sí las obligaciones y derechos de los que es titular, constituyéndose así una presunción *iuris tantum*. Resulta indubitado entonces, que la capacidad de obrar ni la tienen todas las personas, ni es igual para todas las que la tienen. Su ejercicio depende de la concurrencia de ciertos requisitos exigidos en cada

ordenamiento jurídico, por lo que su ausencia o afectación producirá, ineludiblemente, una graduación en la capacidad de obrar.

Si bien es claro que la capacidad es la regla y que la destrucción de tal presunción *iuris tantum* está sujeta a ciertos requisitos previamente establecidos por cada legislación, la necesidad de reconocer a la incapacidad natural se va abriendo paso, por la trascendencia de la actuación en esos supuestos y la abundancia de casos que se presentan. Será por tal razón imprescindible demostrar inequívoca y concluyentemente que tenía enervadas las potencias anímicas de raciocino y de querer con verdadera libertad de elección.

En tanto la incapacidad ha estado vinculada siempre al proceso que tiene tal fin y ha sido descrita como “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona, que comporta además, la puesta en funcionamiento de la institución de guarda. Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en especial a los principios de igualdad y al de libertad”.⁶

Estamos frente a una figura que modifica la posición de la persona en la sociedad y que prácticamente anula la posibilidad de actuación per se.⁷ Está caracterizada por Martín Granizo como una excepción al principio

⁶ GETE ALONSO, María del Carmen, *Manual de Derecho Civil*, dirigido por Luis PUIG I FERRIOL, tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 155 y ss.

⁷ Ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias N° 714 de 3 de octubre del 2003, Cuarto Considerando y N° 669 de 30 de septiembre del 2004, Segundo Considerando, que “(...) la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no éste declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)”.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

general de plena capacidad. Solo puede declararse en los casos legalmente establecidos y requiere de un previo proceso y sentencia para tal efecto.⁸

La incapacidad general como condición que afecta la capacidad de obrar de las personas y le confiere una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda, precisa para su configuración no solo de la causal que anule o impida al sujeto el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. También se precisa que a esta se adicione determinado tiempo o persistencia de la fuente que provoca tal condición. Ya que “la transitoriedad de la situación de hecho de incapacidad, se compadece mal con la permanencia que caracteriza la situación jurídica derivada de la incapacitación.”⁹

Por último, también vale la pena acotar el término capacidad restringida emparentado con el de discapacidad, pero con su propia autonomía.

La figura de la capacidad restringida no es creación de las legislaciones modernas. Desde la antigüedad se han establecido parámetros para determinar el ámbito de actuación de una persona, conforme con sus aptitudes para ser sujeto de una relación jurídica. De ahí que se establecieran grados de edades, en correspondencia con los actos permitidos a realizar.

⁸ MARTÍN GRANIZO, Mariano, *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, pp. 15 y ss.

Nuestro Alto Foro a través de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha expresado en la Sentencia N° 727 de 20 de octubre del 2004, Segundo Considerando, que “(...) la única prueba con valor por sí para justificar la incapacidad legal de una persona por razón de enajenación mental, no es otra que la declaración judicial llevada a efecto en el procedimiento especial establecido en la mencionada Ley (de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (...))”.

⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias”, Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1986, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, fascículo II, abril-junio de 1987, pp. 715-725.

El fundamento es claro, el transcurso del tiempo le permite a la persona adquirir paulatinamente las aptitudes necesarias para ejercer por sí los derechos y obligaciones de los que es titular. Por otra parte, determinadas afectaciones psíquicas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, más no anularlas, y permitirle por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que presente.

La capacidad restringida en su regulación, es válida por cuanto reconoce la realidad, ya que sin temor al error, habrá que decir que determinado sector de la sociedad, sin llegar a reunir los requisitos de incapacidad, no funcionan a plenitud, ya sea por la edad o por otra clase de afectación. Lo cierto es que están en el medio, y por ese motivo, requieren de un tratamiento jurídico diferenciado que le reconozca la posibilidad de actuar, estableciendo los límites para ello.

Es definida por O'Callaghan como "... el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos."¹⁰ Estamos entonces, ante una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción, la aptitud para gozar de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo que la propia persona estará imposibilitada de actuar por sí en determinados actos jurídicos requiriendo entonces el auxilio de una persona destinada a estos fines.

En consecuencia, la capacidad restringida es aquella que por imperativo legal, reduce las facultades de obrar de una persona, sin

¹⁰ O'CALLAGHAN, Xavier, "La declaración de incapacidad", en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, p. 47.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

considerarla por ello incapaz. Le otorga la especial condición de apta para ciertas circunstancias que en otras no le reconoce y le fija un ámbito limitado para su actuación.

Este concepto¹¹ ha sido empleado para reconocerle cierto ámbito de capacidad a los menores llegados a cierta edad o para los pródigos, a los que se pretende limitar en el ejercicio de actos dispositivos en defensa de su persona y patrimonio. Lo que se ha perseguido con su reconocimiento, es ofrecer protección en determinados supuestos que sin ser incapaces lo requieren y permitir cierto grado de actuación en correspondencia con la supuesta madurez que se ostenta para realizar algunos actos. Aspecto que no se logra, ni con el reconocimiento de la capacidad, ni con su total exclusión.

Su existencia presupone supuestos intermedios, personas que por sus condiciones, requieran un régimen especial que el ordenamiento jurídico debe garantizar. Para eso, se podrá hacer uso de una enumeración taxativa de los casos, lo que excluye la posibilidad de someter a dicho régimen a quien no esté previamente enumerado o la utilización de una fórmula general que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que ésta contempla, y por consiguiente, va a precisar de cierta uniformidad en su utilización posterior.

Elementos distintivos

- Condición intermedia entre capacidad e incapacidad. Los supuestos que la integran son capaces en ciertos casos y en otros no, por eso conforman un status especial que difiere de los extremos.

¹¹ *Vid.* DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, “La persona física” en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ (coordinadora), Félix Varela, La Habana, 2002, p. 108.

- Establece una esfera de actuación parcial. Ya que tienen previamente determinado su ámbito de ejercicio que no incluye a todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico.

- La validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad. De lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior por quien ostente su guarda.

- Requiere de un régimen especial de protección, la curatela¹². En estos supuestos no hay representación y el régimen difiere del de los incapaces por las funciones a las que se está sujeto y las cualidades de la persona que lo requiere, de ahí la distinción.

De lo que vengo exponiendo es dable apuntar que a algunos discapacitados se les puede declarar restringida su capacidad, precisamente limitándosele su actuación para determinados actos respecto de los cuales su limitación física, sensorial o motora le veta, pero no para el resto de los actos jurídicos. Pero aclaro, no siempre al discapacitado hay que incapacitarlo

¹² Es una de las principales deficiencias de nuestro Código de Familia, pues establece como figura de guarda exclusivamente a la tutela en los preceptos del 137-166. Aspecto que no resulta congruente con la ley sustantiva al impedir la adecuación del régimen de protección a los casos de capacidad restringida. En la última versión de 18 de noviembre de 2004 del Proyecto de Código de Familia se incluye la curatela “para dar respuesta concreta a determinados casos donde no es necesario suplir la capacidad (como en la tutela) y sí complementarla (...) La supresión de la curatela fue muy criticada y numerosos autores abogaron por su restablecimiento. Actualmente la legislación civil española y de otras naciones latinoamericanas la contemplan (...) En esencia es definida como ‘asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a curatela no carece de capacidad’”.

Según el artículo 237: “*La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos que la ley lo requiere, por razón de:*

- 1) *edad;*
- 2) *capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela;*
- 3) *prodigalidad;*
- 4) *intereses contrapuestos.”*

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

judicialmente, ni tan siquiera restringirle el ejercicio de su capacidad de obrar, ello queda al arbitrio judicial, cuando se pretenda la promoción de una demanda en tal sentido. Siempre en el entendido de que la capacidad se presume, salvo prueba en contrario.

II. Enfoque constitucional de la tuición a los discapacitados. Especial referencia al derecho de asociación

Existe una fuerte tendencia a proteger a los discapacitados desde el ámbito constitucional. La mayoría de las constituciones iberoamericanas han reformulado su articulado o han incluido en la nueva formulación del texto normativo preceptos amparadores que pretenden potenciar la protección a los discapacitados y ello en cumplimiento de tratados internacionales ratificados por los Estados.

Las constituciones tienden a regular como uno de los sujetos de especial protección al sector de los discapacitados¹³ y en este orden suelen

¹³ En este sentido la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 47 establece que “*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestara la atención especializada que requieran*”; la Constitución de Perú de 1993 en su artículo 7 establece que “*La persona incapacitada para valor por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad*”, en el 16 enuncia que “*Es deber del Estado de asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas*”, y en el artículo 23, primer párrafo: “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan*”; en tanto la Constitución de Venezuela de 1999 se proyecta en su artículo 81 al enunciar que “*Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas*”. Igualmente la Constitución española de 1978 se pronuncia en su artículo 49, según el cual “*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”.

adaptar la legislación ordinaria a los fines de dispensarles la salvaguarda formal de sus derechos¹⁴.

¹⁴ Cabe resumir dicho comportamiento a través de este cuadro sinóptico:

País	Fecha	Norma
Argentina	de 16 <i>marzo</i> de 1981	Ley N° 22431. Sistema de protección integral de los discapacitados.
Bolivia	de 15 <i>diciembre</i> de 1995	Ley N° 22. Establece denominación de personas con necesidades especiales. (Buenos Aires) Ley N° 1678. Ley de la Persona con Discapacidad
<i>Colombia</i>	de 3 <i>mayo</i> de 1995	Decreto N° 730. Por el cual se crea el Comité Consultivo Nacional de Discapacidad.
	16 de <i>octubre</i> de 1996	Ley N° 324. Por la cual se crean algunas normas a favor de la Población Sorda.
	11 de febrero de 1997	Ley N° 361. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.
Costa Rica	18 de abril de 1996	Ley N° 7600. Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.
Chile	14 de enero de 1994	Ley N° 19284. Establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad
	23 de noviembre de 1994	Decreto Supremo N° 1137. Ministerio de Justicia aprueba reglamento del registro nacional de la discapacidad.
	1 de diciembre de 1994	Decreto Supremo N° 249. Ministerio de transportes y telecomunicaciones reglamenta artículo 39 de la Ley N°19.284.
	7 de marzo de 1995	Decreto Supremo N° 2505. Ministerio de Salud aprueba reglamento para la evaluación y calificación de la discapacidad.
Ecuador	6 de abril del 2001	Ley sobre discapacidades.
Guatemala	1996	Decreto N° 135-96. Ley de atención a las personas con discapacidad
México	6 de mayo de 1999	Ley para las personas con discapacidad del Distrito Federal.
Nicaragua	27 de setiembre de 1995	Ley N° 202. Ley de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.
Perú	31 de diciembre de 1998	Ley N° 27050 Ley general de la persona con discapacidad.
Uruguay	20 de Noviembre de 1989	Ley N° 16095. Se establece un sistema de protección integral a las personas discapacitadas.
Venezuela	15 de agosto de 1993	Ley para la integración de las personas incapacitadas.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

La Constitución de la República de Cuba de 1976, con reformas en 1992 y 2002, aun cuando no se refiere expresamente a los discapacitados, sí que establece una línea directriz en función de proteger a aquel sector poblacional constituido por enfermos, o desvalidos, física o mentalmente, inaptos para desempeñar una actividad laboral, a cargo de la seguridad o de la asistencia social.

ARTICULO 47.-“Mediante el sistema de seguridad social, el Estado garantiza la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad”.

ARTICULO 48.-“El Estado protege, mediante la asistencia social, a los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda”.

ARTICULO 49.- (...) “El que sufre un accidente en el trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica y a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente para el trabajo.”

Si bien en modo alguno nuestro texto constitucional ofrece una regulación ad hoc sobre el régimen de atención y protección de los discapacitados. La Constitución no está a tono con los tratados y convenciones internacionales que Cuba ha ratificado.

El derecho de asociación

Reconocido en el artículo 54 de su Carta Magna, la República de Cuba ampara el derecho de asociación, para lo cual se le dispensa a los ciudadanos los medios encaminados al logro de tales fines. Este precepto ha sido desarrollado por la Ley N° 54/1985 de 27 de diciembre, Ley de Asociaciones, a cuyo tenor se han constituido tres importantes asociaciones

de discapacitados: la Asociación Cubana de Limitados Físico – Motores (ACLIFIM), la Asociación Nacional del Ciego (ANCI)¹⁵ y la Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC), asociaciones que han desempeñado un papel rector en los planes y programas del país en función de los discapacitados. Dichas asociaciones tienen como organismo de la administración central del Estado de relación¹⁶ al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social.

III. Discriminación positiva a favor de los discapacitados en el Derecho positivo cubano. Política de empleo y adiestramiento laboral. Política educacional.

En el año 2001 se trazó en Cuba un Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, diseñado conforme con el Acuerdo N° 4048 del 5 de junio del 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Este Plan constituye un compromiso gubernamental en el contexto de la política social.

Es un Plan Integral que contempla tanto las tareas que ya se encuentran en marcha como las que se irán desarrollando, dando prioridad a las que son de necesidad más inmediata en el campo de la salud, educación, empleo, seguridad y asistencia social incorporándole, elementos de investigación, información e intercambio científico- técnico.

¹⁵ La ANCI agrupa actualmente 25 mil 255 asociados en los 169 municipios del país, y de ellos, mil 39 son niños ciegos, todos escolarizados, según información brindada por *Adelante digital* del martes 19 de julio del 2005, en <http://www.adelante.cu/noticias/25/7/19/sociedad.debiles%20visuales.php>, consultado el 13 de agosto del 2005.

¹⁶ Entiéndase como Organismo de la Administración Central del Estado que controla y vela el cumplimiento de los fines que las asociaciones persiguen y contribuye a su logro, así como que utilicen sus recursos en beneficio social y en cumplimiento de la finalidad y objetivo que determinaron su constitución, según prescribe el artículo 15 de la Ley de asociaciones.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Este Plan ha ayudado a impulsar políticas activas para las personas discapacitadas con el propósito de alcanzar una integración económica y social completa, mediante programas que se aplican en cada área de intervención que se consideran prioritarias. Es un instrumento de aplicación práctica de los programas que cada organismo e institución diseñe, y su realización dependerá no solamente del gobierno que los sustenta, sino del colectivo de personas con discapacidad, especialmente de sus organizaciones, que son quienes más pueden hacer para que se cumplan. El citado Plan se establece dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado al nivel nacional, provincial, municipal y local. Se sustenta en la estructura funcional existente en los organismos y organizaciones que participan en su ejecución, que promueve, elabora y consolida las diversas acciones comprometidas.

El Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONAPED) es el responsable de verificar su marcha y promover las coordinaciones necesarias para su aplicación¹⁷. Los Consejos Provinciales y Municipales que atienden estos grupos serán los encargados de su aplicación territorial propiciando la inclusión en los planes de desarrollo comunitario acciones que faciliten ajustar los recursos y las decisiones de la comunidad a las soluciones de su problemática local.

Su propósito se inspira en continuar promoviendo medidas eficaces para la prevención de la discapacidad y la realización de los objetivos de "igualdad" y de "plena participación" en la vida social y el desarrollo de las personas con discapacidad. Esto significa la voluntad de poner al máximo

¹⁷ El CONAPEP fue creado por Resolución N° 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapacidades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados

posible las condiciones que faciliten a las personas discapacitadas oportunidades iguales a las de toda la población y una participación equitativa en el mejoramiento de la calidad de vida resultante del desarrollo social y económico.

La dirección del Plan compete al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. Para el logro de los objetivos que se proponen fue creado un Grupo de Trabajo multisectorial denominado Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONAPED), integrado por el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de la Industria Ligera, Ministerio de Cultura, Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, Ministerio de Transporte, Ministerio de la Construcción, Instituto Cubano de Radio y Televisión, Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Industria Sidero Mecánica y la Electrónica, Ministerio de Comunicaciones y la Informática, Ministerio de Comercio Interior, las Asociaciones de Personas Discapacitadas, la Central de Trabajadores de Cuba y especialistas de las organizaciones políticas y de masas existentes en Cuba.

Política de empleo

La legislación laboral cubana otorga a la persona discapacitada prioridad para el acceso al empleo normalizado, y en tal sentido, este segmento de la población está considerado entre las fuentes que el Estado, a través de las oficinas del servicio de empleo, apoya perfectamente en su colocación¹⁸. En el año 1996 el Ministro de Finanzas y Precios dictó la

¹⁸ De esta manera Cuba ha hecho realidad una de las recomendaciones formuladas por la Subcomisión 1-A que dentro de la Comisión 1, se dedicó al análisis del *Derecho de Familia y derechos fundamentales. Instituciones y vías de protección* en el XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en La Habana en el 2002, en el sentido de “Tomar medidas

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Resolución N° 69/1996 de 9 de diciembre cuyo propósito fue estimular la colocación en puestos laborales a personas que padecen algún tipo de discapacidad, para lo cual se dispuso la exención del pago del impuesto por la utilización de fuerza de trabajo, a las personas naturales y jurídicas, cubanas o extranjeras, sujetos de este impuesto, en razón de los trabajadores discapacitados que utilicen para el desarrollo de sus actividades.

El trabajo de domicilio y por cuenta propia constituye otra fuente de empleo para el discapacitado en general¹⁹ y el trabajo en talleres especiales queda reservado para aquellas personas discapacitadas que, debido fundamentalmente a las deficiencias que padecen se ven imposibilitadas a priori, para acceder a puestos de trabajo en centros ordinarios.

En sede de política de empleo cabe resaltar la Resolución N° 22/2004 de 30 de junio del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en cuyo último de los POR CUANTOS se señala que con el objetivo de garantizar el pleno empleo de las personas con discapacidad y tomando en cuenta la experiencia acumulada, se hace necesario adecuar relaciones laborales para propiciar el empleo de estas personas sustentado en los siguientes principios (cfr. artículo 3):

- a) el pleno empleo;
- b) la aplicación en todas las entidades radicadas en el país, con independencia del régimen legal de propiedad;
- c) el estudio con una remuneración económica;
- d) el percibir salario igual por trabajo igual;

efectivas y ordenar la protección de los derechos fundamentales de las personas con capacidades diferentes procurando garantizar el principio de igualdad de oportunidades”.

¹⁹ La Resolución N° 9/2005 de 11 de marzo del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social los incluye en los incisos b) y c) del artículo 10, entre los sujetos comprendidos para ejercer el trabajo por cuenta propia.

- e) la igualdad de oportunidades para obtener un empleo;
- f) la seguridad y salud en el trabajo;
- g) la capacitación técnica y profesional dirigida a la promoción y reorientación laboral;
- h) la coordinación de las acciones de la comunidad aprovechando los recursos existentes en ella.

Conforme con lo previsto en el artículo 2 de esta norma, las personas con discapacidad pueden acceder al empleo de acuerdo con sus capacidades funcionales y el entorno donde residen, utilizando las modalidades siguientes:

a) empleo ordinario: medio normal de trabajo que satisface las necesidades fundamentales del individuo, al realizarse en un medio habitual y ordinario;

b) taller especial: constituye para algunas personas con discapacidad la solución de empleo por su capacidad funcional y cercanía al domicilio; para otras significa una etapa de tránsito para incorporarse posteriormente al empleo ordinario;

c) centro de entrenamiento socio laboral: su objetivo principal es formar habilidades adaptativas, normas de conducta, socialización y madurez en estas personas contribuyendo a la formación prelaboral del sujeto para su posterior incorporación al empleo.

En sentido general la citada norma propicia la integración socio laboral de las personas con discapacidad mediante la conciliación de una política nacional de habilitación y rehabilitación profesional con las necesidades de fuerza de trabajo en los territorios. Su ámbito de aplicación se extiende a las personas con discapacidad que manifiesten voluntariamente interés de incorporarse al empleo o se encuentren laborando. Enuncia los

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

principios que informan el empleo de tales personas. Crea un Registro en el cual los discapacitados en edad laboral, declarados inválidos parcial o totalmente que se encuentren trabajando o reubicados, podrán solicitar su reevaluación por las comisiones de peritaje médico una vez registrados, a los efectos de su reubicación conforme con sus capacidades funcionales. Se establece el contrato de trabajo de formación y desarrollo para personas con discapacidad y el adiestramiento laboral, previo al establecimiento de la relación laboral, que tendrá por fin su preparación para el desempeño de la ocupación o cargo de que se trate. Se crean los Centros de Entrenamientos Socio Laboral. Reconoce el tiempo de trabajo y descanso y la seguridad del trabajo, de modo que el puesto de trabajo en que se ubiquen discapacitados no afecte su salud e integridad física.

Política educacional

En este orden vale reflexionar sobre el subsistema de educación especial que a los fines de propiciar la enseñanza de las personas discapacitadas fue creado por Resolución Ministerial N° 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial N° 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución N° 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan correctivo educativo que posibilitare la corrección y compensación de los defectos poseídos, y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas, a prestar la atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres.

En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución N° 172 sobre creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial de la atención de la enseñanza de los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas. La Resolución N° 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos.

Respecto de los limitados físico y motores, la Resolución N° 13/1985 dispuso que las direcciones provinciales y municipales de educación establecieran las coordinaciones pertinentes con la ACLIFIM en sus diferentes instancias para la localización y cualquier otro tipo de gestión necesaria a fin de que todos los menores con limitaciones físicas o motores que pudieran valerse por sí mismos ingresaren en los centros docentes correspondientes del Sistema Nacional de Educación aun cuando usaren aparatos ortopédicos, tuvieran tratamiento médico sistemático y requirieran de la ayuda de sus padres, del colectivo de trabajo de la escuela y de los propios estudiantes. Asimismo estableció de forma experimental que la atención pedagógica a los niños impedidos físicos o motores graves que no permitiera su asistencia a la escuela se brindare de forma individualizada en el propio lugar de residencia del menor por maestros y profesores ambulatorios, lo cual fue hecho extensivo a los adultos en iguales circunstancias conforme con la Resolución 276/1990 de 12 de junio.

En informe rendido por CONAPED del trabajo realizado durante el año 2004 en este sector se expresa que en el curso escolar que acaba de finalizar la matrícula en este subsistema educacional ascendió a 46 853 niños, ubicados en 421 escuelas especiales. De ellos, 785 alumnos son ciegos o con baja visión; 1 340 sordos e hipoacúsicos; 1 360 limitados físico-motores y 43 368 padecen otros tipos de discapacidades. En relación con la atención de

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

los niños a través de la vía del maestro ambulante se observa un crecimiento comparado con el año 2003, pues se contaba con 704 para atender a 1 870 alumnos, elevándose a 759 con un alumnado de 1 798. Además funcionan 26 aulas hospitalarias con más de 400 alumnos. En tanto la continuidad de estudios de los jóvenes con discapacidad se aprecia en la cifra de 1 317 alumnos que accedieron a los distintos niveles de enseñanza, incluyendo la universitaria, con el apoyo de 52 maestros y 200 interpretes de Lengua de Señas que fueron ubicados en las escuelas Secundarias Básicas y Preuniversitarios²⁰.

IV. Discapacidad y Derecho Civil

El Derecho Civil es el Derecho que regula la persona en su faceta interna y en relación con los demás individuos de la comunidad. Para esta rama del Derecho la persona es el centro de su atención, por ello es conveniente repasar el tratamiento que nuestro Derecho ofrece a los discapacitados.

“La imprescindible integración social de toda persona discapacitada, exige, como presupuesto ineludible, el apriorístico reconocimiento a la misma de todos aquellos derechos que se revelan inherentes al propio ser humano. El discapacitado, al margen de las limitaciones que comporte su minusvalía, tiene, en cuanto ser humano que es, y por el solo hecho de serlo, un cúmulo de derechos que no cabe desconocer en modo alguno.”²¹ Sí bien habrá supuestos que requieran de mayores garantías por motivo de la anomalía de quien pretenda ejercitarlos.

²⁰ Datos tomados del *Resumen al Consejo Nacional de atención a las personas con discapacidad sobre el cumplimiento de las tareas realizadas en el año 2004*, p. 1.

²¹ VARELA AUTRÁN, Benigno, “La discapacidad en el Derecho...”, *cit.*, p. 47.

“El discapacitado es una persona y un ciudadano que debe gozar de igualdad de derechos en relación con quienes no tienen los déficit físico, psíquicos o sensoriales propios del mismo, y que es capaz de llegar a una integración social adecuada y proporcionada a su propia minusvalía, que necesariamente ha de redundar no solo en beneficio propio, sino también en toda la sociedad a la que pertenece.”²²

Si partimos entonces, de que los discapacitados gozan a plenitud de los derechos reconocidos a todas las personas, pero que su condición puede demandar de requisitos adicionales para su ejercicio²³ queda entonces a la legislación, brindarles tal posibilidad, respetando sus derechos y aportándoles las garantías para su realización.

IV.1. Actos jurídicos civiles de los discapacitados. Normas de alcance general en el Código Civil

El Código Civil cubano promulgado en el año 1987 no recoge expresamente el término discapacidad, mas su articulado sí que alcanza a personas que padecen algún tipo de discapacidad, sobre todo en lo que concierne a la regulación de la capacidad de obrar.

El texto sustantivo civil en su artículo 30 reconoce la capacidad restringida, categoría que como apunté no solo puede concernir a los discapacitados, sino también a los menores de edad, y que permite graduar el ejercicio de la capacidad, de modo que conforme lo aprecie el órgano judicial, a la persona se le restringiría la esfera de actuación, limitando su

²² *Ídem.* p. 44.

²³ “La discapacidad en consecuencia, lo único que ha de requerir es la adecuación del ejercicio de los derechos fundamentales a las concretas condiciones minusválidas o incapacitantes, pero en manera alguna supone acortamiento o limitación de tales derechos en lo más mínimo, respecto de las personas que lo sufren.” *Vid.* VARELA AUTRÁN, B. “La discapacidad en el Derecho...”, *cit.*, p.48.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

poder de actuación conforme con el grado de madurez y las posibilidades físicas que el individuo tiene para encarar los actos de la vida.

Vale apuntar los supuestos reconocidos en los incisos b) y c) del artículo 30 del Código Civil que comprenden casos de discapacidad intelectual y física respectivamente, los cuales, por su alcance, no lleva consigo la declaración judicial de incapacidad, pero sí la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar.

Desde el Derecho Civil cubano no existe un mecanismo para la declaración judicial de discapacidad. A los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es dicha declaración, sino el grado de minusvalía que padezca el sujeto discapacitado.

Es España v. gr., la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad establece ciertos baremos o porcentajes según la discapacidad que se padece, si física o psíquica, y el grado de minusvalía padecida, en correspondencia con el cual podría resultar o no titular de un patrimonio protegido. Particular que ha sido objeto de crítica por la propia doctrina española que ha estudiado el tema, sobre todo en lo que concierne a personas con inteligencia límite, en los que tan difícil resulta determinar el grado de minusvalía que afrontan²⁴.

El Código Civil, siguiendo su tradicional técnica no ofrece herramientas útiles para intelegir qué quiso decir con expresiones claves como “impedimento físico” o “enfermedad o retraso mental”, dejando ello a los aplicadores del Derecho, quienes tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido a los fines de restringir

²⁴ *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad), dirigido por Silvia DÍAZ ALABART, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 33-34.

la capacidad de obrar del sujeto. Más difícil aún es el empleo del concepto-válvula “actos necesarios para la satisfacción de las necesidades normales de la vida”, a la postre, únicos para los cuales no se les restringe o limita el ejercicio de la capacidad a los discapacitados físicos, sensoriales y mentales que se encuentren en las circunstancias a que atañe el artículo 30, incisos b) y c) del citado Código. Tal parecería en la forma en que queda redactado el precepto, que ellos son la excepción y no la regla, en peligrosa aproximación al concepto de incapacidad. Habría que hacer entonces un razonamiento ad hoc para columbrar si el acto concreto que pretende realizar el discapacitado al que se le ha restringido la capacidad de obrar, califica entre los actos satisfactivos de necesidades cotidianas de la vida o no²⁵. Sólo cuando así sea, sería válido y eficaz dicho acto.

Tómese en consideración además que la expresión normativa empleada en el inciso c) del artículo 30 tampoco resulta la más atinada, pues si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado este no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, cómo entonces podrían ser válidos y eficaces los actos que le son permitidos al discapaz con capacidad restringida, cuando la voluntad no ha podido ser exteriorizada diáfananamente.

Si algo también le ha sido criticado con énfasis por la doctrina patria al ordenamiento jurídico cubano en este orden es la rigidez con la que están

²⁵ Sostiene SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacio activa”, Trabajo de Diploma, bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005, p. 97 (en biblioteca de la Facultad de Derecho) que “Una aproximación que aclare el contenido de este precepto debe incluir actos tan elementales como la alimentación, la higiene y el vestido que son comunes para todas las personas y de ejecución diaria. Sin embargo, las necesidades no siempre son las mismas para todos los grupos poblacionales, así habrá quien dependa para su manutención de la atención y administración que realice de determinados bienes de los que es titular. Por tal motivo, la interpretación que se haga, no debe excluir actos de administración y/o disposición. Por cuanto de esto dependan los ingresos de quienes figuran bajo este régimen”.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

reguladas las instituciones de guarda y custodia de las personas incapacitadas, con capacidad restringida u otras personas desvalidas. El Código Civil cubano de 1987 no fue complementado por otras normas que adaptaran, v. gr. las normas procesales o de familia a las situaciones de capacidad restringida, institución a tono con los tiempos en que fue promulgado el importante texto civil²⁶.

Y es que las personas que son declaradas con capacidad restringida, no pueden ser sometidas a las normas del Código de Familia en sede de tutela, porque dicha institución está diseñada únicamente para personas con ausencia de capacidad de obrar, no para aquellas a las que el tribunal no le limita íntegramente el ejercicio de dicha capacidad.

Pesa y de qué manera la inexistencia de figuras tradicionales de asistencia como la curatela u otras de facturación normativa más reciente como la patria potestad prorrogada, la rehabilitación de la patria potestad ²⁷, el acogimiento familiar o el defensor ad litem, todas ausentes de nuestro ordenamiento jurídico y que ofrecerían un abanico de posibilidades de actuación de los discapacitados a quienes se le restrinjan la capacidad de obrar o se les declare judicialmente incapacitados.

En cualquier caso el artículo 50 del Código Civil brinda cobertura a todo discapacitado a realizar actos jurídicos para los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física o mental padecida. El legislador ofrece de esta manera amplias posibilidades en cuanto a la forma

²⁶ En este sentido *vid.* algunos de los escollos que han impedido la verdadera implementación de la figura jurídica, descritos por DÍAZ MAGRANS, M. M., “La persona...” *cit.*, pp. 108-111.

²⁷ En el XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en La Habana en septiembre del 2002 la subcomisión 1-B que trató del *Derecho de Familia y derechos fundamentales. Instituciones y vías de protección*, llega en la octava de las conclusiones a expresar que “Al igual que en el Derecho de Familia de Perú, Panamá, El Salvador, y Bolivia, debería incluirse las figuras de patria potestad prorrogada, excluida y restablecida”.

de los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, v. gr. a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aún y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (discapacitados físicos-motores) o del lenguaje oral (mudos). Ahora bien esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de los no discapacitados, ya sea per se, o por el recurso del interprete (ya de un sordomudo o de un sordociego, v. gr.) quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo al discapacitado de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico. El Derecho no pone cortapisas, deja la forma del acto jurídico a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender. Colígese que el Código Civil cubano utiliza a tal efecto la conjunción disyuntiva o alternativa “o” y no la copulativa “y”, ergo es a él a quien le corresponde elegir la vía más apropiada a sus circunstancias. Hoy que en Cuba el acceso de los discapacitados a la enseñanza es algo cotidiano, el empleo de un intérprete en el lenguaje utilizado, de tratarse v. gr. de sordomudos, no supondría un esfuerzo extraordinario o una erogación adicional para el otorgante del acto. Ni tan siquiera el Código Civil exige que se acredite ante el funcionario correspondiente, como pudiera ser un notario, la titulación que habilita a quien se dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la praxis sus conocimientos y los despliegue con eficiencia, permitiendo la comunicación del discapacitado con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Nada priva a tenor de dicho precepto, en relación con el 30 incisos b) y c), ambos del Código Civil, que el interprete auxilie al discapacitado en la exteriorización de su voluntad, cuando éste ha sido declarado judicialmente con capacidad restringida, pero el acto que pretende otorgar, está incurso entre los permitidos. Pues para tales actos, en principio, y tras un análisis de lege data, no necesitaría de representante para la concertación del acto que, por supuesto, calificaría dentro de los que la ley denomina “satisfactivos de las necesidades de la vida diaria”.

IV.2. Consideraciones sobre la testamentifacio activa. Particularidades que ofrece el otorgamiento de testamento por sordos e hipoacúsicos, sordociegos y discapacitados mentales

Resulta oportuno ofrecer vías que garanticen el ejercicio efectivo del derecho a testar a los discapacitados que reúnan los presupuestos de capacidad exigidos por la ley.

“Los disminuidos físicos son aquellos que están afectados por alguna tara o deficiencia somática que les impide la realización de alguna conducta, acto o comportamiento indispensable o necesario para el desarrollo de la propia persona, por lo que precisan de la correspondiente <<dispensa de tutela>>.”²⁸ Aunque no necesariamente, habrá casos de discapacidad física que sean sometidos a un régimen de guarda, más, si su anomalía, se lo hace imprescindible para poder entablar relaciones.

Las alteraciones o deficiencias físicas pueden ser totales, es decir, afectar a todos los miembros; o parciales, a los inferiores o a los superiores, al lado izquierdo o al derecho del organismo. A su vez, esta puede tener

²⁸ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, “Medidas civiles de protección a los discapacitados”, en *La Protección Jurídica de discapacitados,...*, *cit.*, p. 85.

distintos niveles de afectación, así estará quien resulte imposibilitado de realizar movimiento alguno, de sentir y quien podrá con asistencia, movilizarse aunque sea con dificultad. También son discapacitados físicos, aquellos cuyos miembros han sido amputados, y en estos supuestos, la discapacidad no es la atrofia o afectación, sino la ausencia del o los miembros.

La variedad de las causas determina la diversidad de situaciones en que se puede encontrar el sujeto. Habrá casos en que estén acompañadas de otras afectaciones cerebrales que le impidan autogobernarse, concebida como la posibilidad de entender y querer los efectos de sus actos y manifestar su voluntad para ello.

Sin embargo, lo que se pretende en estas líneas es analizar la discapacidad física exclusivamente, y la posibilidad que ésta ofrece o no para “conocer la situación real y poder actuar desde ese conocimiento, en vistas a las motivaciones, aspiraciones y deseos que constituyen su persona en la sociedad o en la historia, en el seno de su familia y su pueblo.”²⁹

Al decir de Lete del Río “las enfermedades y defectos físicos no afectan la capacidad de obrar; sin embargo para realizar ciertos actos o negocios se requiere determinada aptitud física, cuya falta da lugar a la incapacidad para realizarlos o a que se impongan formalidades complementarias o especiales.”³⁰

En este mismo sentido, Albaladejo sostiene que “los defectos y enfermedades físicas no afectan ni al estado civil ni a la capacidad general de obrar, únicamente originan incapacidades especiales para aquellos actos cuya

²⁹ LETE DEL RÍO, José Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, tomo IV, 2^{da} edición, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 167 y ss.

³⁰ *Ídem*.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

realización requiere la aptitud física de la que la enfermedad o defecto privó.”³¹

Los impedimentos físicos en dependencia del miembro que afecten y la envergadura con que lo hagan, pudieran impedir el otorgamiento de un testamento ológrafo, por cuanto éste requiere ser escrito de puño y letra del testador y firmado por él. Pero incluso en estos casos, no se puede ser absoluto, pues habrá que atender a las particulares habilidades que haya desarrollado la persona, ya que más de una es capaz de escribir con los pies e incluso con la boca. Eso sin desconocer los supuestos de cuadriplegia que se mantienen con posibilidad de hablar, a los cuales habría que garantizarles la posibilidad de otorgar testamento notarial independientemente que se requiera, por su especial situación, de una declaración de incapacidad.

La posibilidad de testar que tienen los discapacitados físicos es amplia, ya que a los que le sea posible escribir podrán hacer uso de la forma ológrafa y a los que no, siempre que conserven su capacidad natural, habrá que proveerlos de mecanismos para que utilicen la vía notarial a tal efecto.

“Disminuidos psíquicos son aquellos que están afectados de una tara de índole caracterológica, o que afecta sus facultades mentales, que le inhabilita para realizar esa conducta o comportamiento normal.”³² Esta clase de discapacidad abarca un número significativo de afectaciones mentales que alteran el comportamiento de la persona y pueden estar unidas a otra discapacidad, y aún habrá casos en que serán capaces.³³

³¹ ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 1- *Introducción y Parte General*, Bosh, Barcelona, 1977, pp.151 y ss.

³² MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Medidas civiles de protección...”, *cit*, p. 85.

³³ Un ejemplo servirá para demostrar que es posible, éste es un peritaje por motivo de un expediente de incapacidad que se ajusta muy bien a lo planteado. Instituto de Medicina Legal. Dpto. de Peritación Mental. **R IML/1234/03 A:** Sección Civil, TMP. **De:** Peritos del Dpto. de Peritación Mental Instituto de Medicina Legal **Asunto:** Informe pericial **Ref:**

Esta discapacidad al igual que las otras, presentan supuestos en que las personas son hábiles para testar, independientemente de ser o no capaces, y algunos en los que se requiere que el estado mental sea acreditado por especialistas antes de autorizar el acto.

En esta discapacidad, habrá incluso, intervalos en los que podrá otorgarse el testamento bajo una declaración de incapacidad, porque la alteración o disminución psíquica así lo permiten. Sin embargo, estos casos requieren de una protección jurídica al acto que lo dote de certidumbre en relación con las condiciones en ese momento.

La discapacidad psíquica es la que más se relaciona con la capacidad natural, pues son estas alteraciones las que dañan o afectan las aptitudes del sujeto desde el punto de vista mental, es decir, el cabal juicio. Por lo que una vez más, habrá que ser cauteloso en sede de testamentifacio activa, a fin de posibilitar su ejercicio a quien reúna las condiciones independientemente de una discapacidad.

Queda entonces por tratar a los discapaces sensoriales, es decir, aquellos que presentan una alteración o disminución en algunos de los

EXPEDIENTE DE INCAPACIDAD 16/03 Fecha: 2 de julio de 2003. Por medio de la presente le comunico que en el día de hoy hemos examinado al ciudadano de referencia y detectado:

1. **Que en el aspecto mental sus limitaciones no pasan de ser un Retraso Mental de nivel ligero, que por sí solo no lo incapacitarían para regir su persona y bienes.**
2. **Pero que, en el plano perceptual, sufre de una ceguera, que por no haber hecho ningún tipo de rehabilitación relativa a su validismo, le impide poder leer o aún deambular fuera de su casa, presentando total dependencia de la familia para acciones de tipo social, tales como trámites documentarios y similares.**

CONSIDERAMOS que si bien por la limitación mental por sí sola este sujeto no es incapacitado, e incluso, como simple ilustración, sería hasta penalmente responsable si se peritara en ese sentido; en cambio su limitación visual, hasta tanto no se rehabilite le impide poder realizar determinadas acciones de tipo documental y de desplazamientos fuera de la casa, dependiendo en tales situaciones de otra persona que asuma estas funciones, lo que se describe para que, **COMO CASO PECULIAR**, sea valorado por el Tribunal al decidir sobre su eventual incapacidad. Sin más, respetuosamente (...)

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

sentidos, la cual le impida una total comprensión del mundo a través de los órganos sensoriales y la utilización de otros mecanismos para suplir tal deficiencia.

Martínez Calcerrada los define como: “(...) aquellos a los que la tara que los aqueja, en cuanto a su etiología, repercute en sus órganos sensitivos, la definición, incluso del propio Diccionario de la Real Academia Española de <<sensorial>> se refiere, sin más, a <<pertenciente o relativo a la sensibilidad>> esto es, la <<facultad de sentir>>, por lo que todos aquellos disminuidos que están afectados por esa deficiencia o tara en sus sentidos, serán también incluidos en esta clasificación.”³⁴

Integran esta discapacidad los afectados en la visión, el oído y el habla, de forma exclusiva o combinada cada una de estas modalidades. Dichas afectaciones han sido comúnmente causa de incapacidad, por la situación de dependencia que comúnmente se entabla entre el afectado y otra persona para realizar sus actividades cotidianas.

Resulta importante destacar que en estos casos existen medios alternativos de comunicación y expresión escrita y oral de la voluntad de estos discapacitados, aspecto que no ocurre en los casos analizados con anterioridad.

Por está razón, resulta necesario detenerse en estos supuestos. La invención del sistema Braille,³⁵ del método Oralista³⁶ y del Gestual³⁷ por

³⁴ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Medidas civiles de protección...”, *cit.*, p. 85.

³⁵ Sistema creado por Luis BRAILLE en Francia en el siglo XIX, toma como punto de partida los códigos militares de la época, y tiene como finalidad permitir que los ciegos puedan leer y escribir, es universal.

³⁶ Es de las primeras tendencias pedagógicas para la enseñanza de los sordos, nacida en Holanda y tiene como principal exponente a Johan Conrad AMMAN (1669-1724). Proponía la lectura labiofacial como “la vía idónea para la socialización de las personas sordas”, logrando así la comunicación de éstas y su aprendizaje. No fue suficiente para el logro de los objetivos

solo mencionar algunos, establecen patrones de comunicación que difieren de los establecidos para el resto de las personas. De ahí que sea necesario la intervención de terceros que sirvan de intérpretes entre el discapacitado y el notario.

En el caso de los ciegos se prescinde de este elemento siempre que de forma oral puedan manifestar su voluntad pues otra cosa sería si no pudieran. Otro aspecto interesante sería el de la posibilidad o no de otorgar testamento ológrafo a través, por supuesto, de los medios de comunicación propios de estos discapacitados.

El artículo 485 del Código Civil parece claro en su redacción y dice que deberá ser de puño y letra del testador³⁸, sin embargo, ¿podría un ciego otorgar un testamento en sistema Braille? ¿Sería aconsejable proteger ésta posibilidad o prohibirla para evitar suplantaciones, captaciones de la voluntad del testador o vicios? ¿Sería oportuno regular una nueva modalidad testamentaria para estos casos o insertar requisitos adicionales de validez?

Universalmente este modo de escritura ha sido reconocido, y todos los documentos que realizan y leen los ciegos se encuentran plasmados de esta forma. Si además se tiene en cuenta que aún en la actualidad existen

que se propuso. *Vid.* CASTELLANOS PÉREZ, Rosa María y Xiomara RODRÍGUEZ FLEITAS, *Actualidad en la educación de los niños sordos*, Pueblo y Educación, La Habana, 2003, p. 72.

³⁷ Otra de las tendencias pedagógicas para sordos, también conocida como lengua de señas, desarrollada en Francia por Charles Michel de L'ÉPÉE en 1760. Desarrolla el método mímico y tiene una estructura visual y morfosintáctica propia. *Vid. idem.* p. 76.

³⁸ Esta expresión considero hay que entenderla en un sentido lato y no estricto, para poder aplicar la norma con raciocinio y pura lógica. Exigir que el testamento ológrafo ha de ser redactado de puño y letra, e interpretarlo *ad pedem literae*, sería un absurdo. A lo que se refiere el legislador es al carácter autógrafo que esta modalidad de testamento requiere, aun cuando no sea con el puño de la mano con el que se tome el lápiz o bolígrafo para estampar la grafía, pudiendo ser los pies o la boca o quizás, no se trate de un lápiz y de un papel, sino de otras fuentes materiales en las que pueda expresarse el pensamiento del autor del acto. Este sentido hermenéutico abriría senderos para el acceso a este tipo testamentario, a los discapacitados sensoriales y físico-motores.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

culturas que no utilizan la escritura alfabética y que por la discapacidad que presentan precisan del relieve para a través de sus manos leer, no veo ningún elemento que objete esta forma testamentaria.

A los ciegos en las propias escuelas se les enseña a leer y escribir mediante este sistema. Cuentan para ese fin con la reguileta y la máquina Braille, además cualquier persona puede aprender esta escritura. Comúnmente saben firmar, aspecto que posibilitaría el cumplimiento de tal requisito formal. Sin embargo, podría resultar riesgoso que se aceptara con los mismos requisitos del ológrafo, en especial porque en estos supuestos el examen grafológico carecería de material para su realización.

Ante la situación planteada sí es preciso cierta prudencia, por cuanto cualquiera podría suplantar la voluntad testatoris, aún sin saber el sistema, con los utensilios necesarios y una cartilla donde se muestre el alfabeto Braille. Sin embargo, pudiera tutelarse esta forma con requisitos similares a los del testamento cerrado, u otros especiales para estos casos. Si bien siempre en última instancia cuentan con la posibilidad del testamento notarial.

Esta cuestión debiera ser analizada con mayor profundidad por el legislador, pues el reconocimiento a la autonomía de la voluntad en cualquier momento y forma en que se manifieste, es un principio del Derecho Civil. Claro que en el negocio que se está estudiando, la forma tiene una especial connotación para su validez, de ahí que sea necesario atenerse al aspecto exterior tutelado por la legislación. Es justamente este argumento el que con más fuerza determina tal exigencia.

Las principales ventajas del testamento ológrafo no debieran prohibírseles a estos discapacitados, o por lo menos no todas, siempre que las medidas para salvaguardar la autenticidad del testamento en estos

supuestos lo permitan. Con ese fin pudiera preverse una mixtura de figuras testamentarias que tuviese como modo de expresión el Braille.

A mi modo de ver, los problemas de comunicación no deben ser resueltos a favor de la incapacidad o prohibición de realizar ciertos actos. Los avances de la ciencia en la actualidad nos imponen una revisión de la legislación en este ámbito. Los nuevos métodos de comunicación posibilitan el intercambio y la manifestación de voluntad entre estos discapacitados y entre ellos y la sociedad, comúnmente a través de especialistas en esta materia los cuales posibilitan su intervención sin representantes en el marco de una relación de Derecho.

Sordos e hipoacúsicos

Antes de abordar el tratamiento jurídico en sede testamentaria a que deben estar sujetos, se hace imprescindible distinguir entre el sordo y el hipoacúsico, pues las discrepancias en sus afectaciones implican también, diferencias en las habilidades que desarrollan y los medios de comunicación con que cuentan. De esta forma, podrá establecerse si además, deberán estar sujetos a igual o diversa tutela en relación con la capacidad para testar y las formalidades que se requieren en cada caso.

El sordo es aquel que presenta una “pérdida auditiva bilateral severa o profunda.”³⁹ Conocida como hipoacusia neurosensorial bilateral, siempre que esté presente en estos grados. Por el contrario, si la hipoacusia neurosensorial es bilateral pero en grado moderado o ligero, estamos ante un hipoacúsico.

³⁹ B ELL RODRÍGUEZ, Rafael, *Educación Especial: Razones, visión actual y desafíos*, Pueblo y Educación, La Habana, 1997, p. 48.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

En términos generales, el sordo no percibe ningún sonido, a diferencia del hipoacúsico que en ocasiones escucha, pero no entiende lo que se le habla, en especial si son varias personas las que están conversando. Sin embargo, podrá mantener una conversación con otra persona y escucharlo siempre que no interfieran otros sonidos. En dependencia, incluso, del grado de afectación, habrá algunos que puedan sostener un diálogo por teléfono sin auxilio de otra persona.

Otra distinción necesaria, es en relación con el habla. El término correcto es “sordo” pues el defecto o alteración que padecen no les afecta la función del habla, por esta razón no son “sordomudos”. Si bien es cierto que la hipoacusia neurosensorial bilateral severa o profunda en dependencia del momento en que afecte a la persona le puede impedir el desarrollo y articulación del lenguaje oral, esto no significa que esté imposibilitado de emitir sonidos, hecho que comúnmente ocurre como efecto de la educación escolar y familiar que haya recibido.

El hipoacúsico por el contrario, articula palabras como cualquier oyente, hecho que le permite una mejor comunicación con el resto de la sociedad e incluso sin la intervención de intérpretes en muchos casos. Esta situación beneficia su actuación en el marco jurídico, ya que conocen y entienden el español, aspecto que una vez más los distingue de los sordos.

Otro elemento que no se puede perder de vista al momento de determinar el tratamiento del que puede ser objeto es en qué momento fue afectado por la discapacidad. Habrá que distinguir entre quienes la padecen de nacimiento o de los primeros años de vida y quienes una vez que aprendieron no solo a hablar también a escribir quedaron bajo sus efectos.

De este aspecto dependerán las diferentes habilidades que desarrollen y los conocimientos que de la sociedad en que viven obtengan,

así como del lenguaje que en ésta se utiliza para la comunicación. Vale decir que “independientemente de la pérdida auditiva, el sordo es capaz de conocer el mundo circundante percibido por él mediante la vista.”⁴⁰ Queda por sentado entonces, que esta discapacidad por sí no afecta la capacidad natural de las personas, pero afecta las posibilidades de comunicación con los oyentes, por lo que se precisa de terceros que hagan posible el intercambio de voluntades.

En Roma, el hecho de ser sordomudo era causal de incapacidad para testar⁴¹, aunque con Justiniano obtuvieron la posibilidad de hacerlo siempre que no hubiesen sido afectados desde el nacimiento. Así existió, dentro de los testamentos privados extraordinarios, el del sordomudo que exigía como requisito sine qua non, que fuese escrito por el testador⁴².

Este tratamiento se justificaba porque no existía en esa época otro medio para conocer la voluntad del testador que no fuese su posibilidad de escribir. De ahí que pueda argumentarse que “la causa generadora de la incapacidad de los sordomudos es la incomunicación social en la que se encuentran y la extraordinaria dificultad que ello supone para sus asuntos e intereses.”⁴³

Cabe resaltar entonces, la opinión de Castán Tobeñas en época tan temprana sobre este tema cuando dice “... aunque fuera racional y deseable que existiese una forma especial de testar acomodada a los medios de

⁴⁰ CASTELLANOS PÉREZ, R. M. Y X., RODRÍGUEZ FLEITAS, “Actualidad en la educación...”, *cit.*, p. 60.

⁴¹ DÍEZGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, tomo 2, 2ª parte, ENPES, La Habana, 1987, p. 296.

⁴² *Ídem.* p. 290.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* volumen 1, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1981, p. 292.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

comunicación y expresión de la voluntad de los sordomudos, es lo cierto que esa forma no existe...”⁴⁴

En la modernidad, las legislaciones no son unánimes en este ámbito, a pesar de que se ha avanzado mucho en relación con las diversas tendencias pedagógicas para la enseñanza y comunicación de los sordos.⁴⁵ Los códigos civiles determinan que la imposibilidad de expresarse de forma oral o por escrito es causa de incapacidad,⁴⁶ sin tener en cuenta que se pueden utilizar otros lenguajes y no por eso se carece de la capacidad natural necesaria para efectuar un acto con validez. Por el contrario, otras legislaciones establecen requisitos adicionales para la confección del testamento en estos casos.⁴⁷

Otra distinción que comúnmente se ha hecho es la del sordo que sabe escribir del que no, estableciéndose que en éste último caso, son incapaces para testar. En nuestros días, tal distinción no tiene cabida, los oyentes, independientemente de ser iletrados, pueden testar. Este hecho no

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 1, volumen 2, 3ª edición reformada, Reus, Madrid, 1931, p.68.

⁴⁵ Las tendencias pedagógicas por las que se ha transitado en la enseñanza de los sordos van desde la Oralista, pasando por la Comunicación Total, desarrollada por SCHINDLER en Estados Unidos a inicios de la década del 70 y que utiliza todas las formas y recursos posibles para que el mensaje llegue al interlocutor, como la pronunciación, la lectura labiofacial, la palabra complementada, la pantomima, la dactilografía, los restos auditivos y la lengua de señas, entre otros. La Bimodal o Comunicación simultánea, desarrollada en Suecia en 1983 por MEADOW, donde se utiliza el lenguaje oral y de señas. La Gestual, y por último, el Bilingüismo, surgido en Suecia, en 1983 que tiene como principal exponente a F. GROSJEAN, el cual propone la enseñanza de la lengua de señas como lengua materna o primera lengua y la lengua oral y/o escrita como segunda. *Vid.* CASTELLANOS PÉREZ, R. M. y X., RODRÍGUEZ FLEITAS, “Actualidad en la educación...” *cit.*, pp. 72-84.

⁴⁶ Cfr. artículo 1119.4 del Código Civil de Bolivia, artículos 7.4 y 979.4 del Código Civil de Nicaragua, artículo 986.4 del Código Civil de Honduras, artículo 1005.5 del Código Civil de Chile, artículo 153 del Código Civil de Argentina y artículo 837.4 del Código Civil de Venezuela.

⁴⁷ Cfr. artículo 694 del Código Civil de Perú, solo admite la vía del testamento ológrafo o cerrado, artículos 697 y 709 del Código Civil de España y artículo 38 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales de Cuba.

repercute en las habilidades psíquicas de la persona, justamente por eso no es un presupuesto de capacidad.⁴⁸

La lengua de señas no es igual al español en su sintaxis y al momento de escribir, los sordos escriben como se comunican, por lo que omiten un número significativo de palabras en cada oración. En consecuencia, el nivel de gramática que haya obtenido por sus estudios, incidirá directamente en la comprensión cabal e indubitada por los oyentes, del escrito que realice, pero no por esto se le debe negar la posibilidad de disponer libremente su última voluntad. Por otra parte, el hecho de que otorguen testamento ante notario está más que avalado, siempre que intervengan especialistas en la lengua de señas.

Al decir de Gutiérrez Solar “... el mudo o sordomudo que no sepa o pueda escribir, si sabe el lenguaje de los sordomudos, podrá otorgar testamento abierto actuando como intérpretes dos personas técnicas en dicho lenguaje que <<traduzcan>> la voluntad de forma indubitada.”⁴⁹

A mi juicio, no solo en los casos de analfabetismo deberán concurrir los intérpretes, pues el sordo, al momento de realizar la lectura del testamento para con posterioridad firmarlo, no entiende todas las palabras

⁴⁸ A este respecto resulta interesante la fuerte crítica realizada por DÍEZ-PICAZO a una sentencia que declara la incapacidad de un sordomudo que sabe leer y escribir, al decir del citado autor “una alteración contra legem del Derecho” y continúa “(...) por cuanto tomar el Código Civil como la jurisprudencia, entienden poco firme la doctrina que establece tomar el alfabetismo como nota determinante de la presunta capacidad del sordomudo y hacen entrega a la investigación judicial, en cada caso, la apreciación del discernimiento, lo que sirve para indicar que, constituyendo la sordomudez una restricción de la personalidad jurídica (...), por su naturaleza, no puede equipararse en sus efectos a la imbecilidad ni a la locura, ya que la experiencia demuestra los grados diversos de capacidad intelectual y moral que alcanzan la generalidad de sordomudos.”*Vid* . DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, volumen 1, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 82-83.

⁴⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo, *Testamentos especiales*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 5 y ss.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

que lo componen, pues no todas tienen señas y por tal razón no las conoce. Es entonces, la intervención de intérpretes, indispensable para el otorgamiento del testamento, ya que facilita la clara manifestación de voluntad por parte del testador y su percepción por el notario autorizante como expresión de su conformidad con lo redactado en el instrumento.

Sordociegos

Posiblemente dentro de las clases de discapacidad existentes, ésta sea una de las más complejas, en cuanto a la comunicación del afectado con el resto de la sociedad que lo circunda. Sin embargo, una vez más, parto de la capacidad de estas personas, por lo que el centro de atención en este análisis, estará referido nuevamente a las formas más adecuadas para exteriorizar la voluntad en el marco de una relación jurídica.

Lo primero, es determinar quiénes están incluidos en esta clase de minusvalía, pues no solo circunscribe a quienes carecen de estos sentidos de forma absoluta. Se entiende por sordoceguera aquella discapacidad que afecta de forma total o parcial la visión y la audición de una persona, independientemente del tiempo que permanezca tal perturbación, tampoco interesa el momento de la vida en que se produzca, de ahí que la diversidad de casos haga más compleja la situación. Esta discapacidad genera en quien la padece problemas de comunicación únicos y necesidades especiales derivadas de la dificultad de percibir de manera general⁵⁰.

⁵⁰ Algunas personas con sordoceguera son totalmente sordas y ciegas, mientras que otras pueden tener restos auditivos y/o visuales, lo cual sin duda le permitirá una mejor adaptación. Se trata de una discapacidad con entidad propia por la cual las personas que la padecen requieren servicios especializados, personal específicamente formado para su atención y métodos especiales de comunicación. Entre sus principales causas se encuentran los nacimientos prematuros, las infecciones (meningitis, sífilis y rubéola) la presencia de algunos síndromes (de Down, Trisomía 13 y Usher) así como también el uso de medicamentos

Esta definición incluye, como se expresó, las afectaciones parciales de ambos sentidos y la conjunción de una total con otra parcial. Una vez más, las soluciones tendrán que ser diversas. Las aptitudes que para la comunicación desarrollen estas personas, dependerán de la explotación de sus capacidades por la escuela y la familia, así como el momento en que se sufre de la discapacidad y la magnitud con que se padezca.

En nuestro país hace solo algunos años que se reconoció la existencia de este padecimiento. En la actualidad, la Asociación Nacional de Ciegos y Débiles Visuales tiene registrados 644 en todo el país, por otra parte existen 700 diagnosticados por el Ministerio de Salud Pública.⁵¹

Para estos discapacitados, existen diversos métodos de comunicación universalmente aceptados⁵². De la posibilidad con que cuenten para aprenderlos dependerán las aptitudes para manifestar su voluntad inequívocamente y no solo en el tráfico jurídico. El primer método es el Braille, que a diferencia de la lengua de señas es universal y se utiliza exclusivamente para la escritura pues fue creado para personas que pueden hablar.

El segundo método es conocido con el nombre de tadoma y consiste en la captación por el discapacitado de lo que se le pretende decir a

ototóxicos y la toxoplasmosis. La causa más frecuente adquirida es el Síndrome de Usher, afectación genética cuyos síntomas más frecuentes son la sordera congénita y una progresiva pérdida de la capacidad visual debida a retinosis pigmentaria. Es una enfermedad hereditaria que exige que tanto el padre como la madre sean portadores del gen responsable.

⁵¹ Datos ofrecidos por el Jefe del Departamento de Atención a Sordociegos de la ANCI con fecha de cierre de 31 de diciembre de 2004, referido por SANCHEZ BERGARA, Ch., "Discapacidad, capacidad restringida...", *cit.*, p. 86.

⁵² Los sordociegos tienen como primer nivel de necesidades la comunicación, área en la cual se ven fundamentalmente afectados, y que de hecho limita el grado de interacción que se puede establecer con ellos, a la vez que afecta su grado de independencia, razón por la que poseen necesidades educativas especiales, y de ayudas técnicas entre otros, todo lo cual debe estar adaptado a cada caso, atendiendo a la individual de cada persona y a la tan particular forma de establecimiento de esta discapacidad.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

través del movimiento de los labios y las vibraciones que se producen al hablar, pues recepciona la información colocando la mano en la boca de su interlocutor.

El último de los métodos utilizados es conocido como dactilema, consiste en escribir en la mano del sordociego con el método Braille, es decir, presupone el conocimiento de este tipo de escritura pero en vez de figurarla en el papel, esto se realiza en la palma de la mano del discapacitado.

Indudablemente estos sistemas siguen presentando limitaciones si el sordociego no sabe hablar, ya que exige el conocimiento de una escritura diferente a la conocida para el resto de la sociedad, por lo que una vez más, se precisa de especialistas que propicien la comunicación. El método Braille puede ser aprendido por cualquier persona, no obstante, estos supuestos requieren de un guía intérprete que los auxilie a manifestar sus deseos ante los operadores del Derecho.

El otorgamiento de un testamento ante notario, a mi juicio, no debe estar vedado para estos discapaces, lo que indudablemente requiere de ciertas precauciones en el orden legal para su actuación en el mundo jurídico y específicamente en este ámbito. La previsión de que un intérprete participe con él en este acto debe ser tutelada, previendo por supuesto, sus condiciones de imparcialidad y profesionalidad. En la ANSOC de cada provincia, hay adscrito un intérprete para sordociegos, hecho que puede servir para que se establezcan las coordinaciones necesarias para estos casos. También se puede tener presente, al personal de maestros y defectólogos especializados en esta materia que radican en la escuela de ciegos Abel Santamaría de Ciudad de la Habana y las similares en cada provincia.

Una vez más, el tema se nos hace increíble para quienes no imaginamos la vida sin nuestros sentidos, sin embargo, el hecho de que sean

minoría no es razón suficiente para obviar distinciones necesarias en el ejercicio efectivo de los derechos que se les reconocen. La complejidad que pudiera presentar la realización de estos actos no ha de ser óbice para su tutela. Lo que se nos presenta inverosímil, es para ellos cotidiano, si existen formas para comunicarse diariamente con ellos, no hay razón para no preverlas en nuestro ordenamiento y así permitir el desarrollo integral de su persona.

En relación con la posibilidad del testamento ológrafo cabría distinguir si sabe escribir por otro medio diferente al Braille, y de lo contrario la admisibilidad o no de esta forma de escritura para un testamento ológrafo.

Necesarias garantías en sede de testamentifacio activa para los discapacitados

La diversidad de discapacidades conduce a la atención por el legislador de diversos supuestos. En la praxis, las personas con defectos o alteraciones no son necesariamente incapaces, y hay casos que aún siéndolo, se les debería dar la oportunidad de otorgar disposiciones mortis causa, y a esos efectos, tutelar la forma más idónea para llevarlo a vías de hecho.

Cada ordenamiento jurídico establece un conjunto de derechos los cuales requieren de garantías que excedan su inclusión en los cuerpos legales. El Estado es el encargado de proveer de las instituciones y mecanismos que posibiliten el ejercicio y defensa de un derecho. Las garantías, justamente, propician estos objetivos.

Nuestra legislación no está carente de garantías pero indudablemente dista mucho de ser completa. En primer término, la posibilidad de que el notario se constituya en lugar distinto a su sede para la autorización del instrumento, permite que todas aquellas personas a las que

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

le sea imposible o trabajoso trasladarse hasta la notaría, puedan realizar los actos que precisan de tales operadores del Derecho. Así se propicia que todo el que esté impedido físicamente pero requiera de un notario pueda tener acceso a él.

El artículo 491 del Código Civil y el artículo 37 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, prevén la posibilidad de que por impedimento del testador un testigo a su ruego estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto, se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el período por el que se mantenga.

En los artículos mencionados, la legislación protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial, se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar el instrumento.

Si el compareciente no pudiese firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, y a falta de éstos, de los dedos que tuviere, para lo cual interesará que un testigo de asistencia firme por él, lo cual se hará constar en el documento.

Si ello no resultara posible, o sea, si el compareciente no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá del compareciente la presencia de dos testigos, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego. En tal supuesto el notario expresará en el documento público la razón que impide la toma de dichas impresiones.

En forma especial, está redactado el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales que enumera como comparecientes al sordo, ciego o mudo o quien esté afectado por más de una de dichas discapacidades, quienes podrán otorgar testamento, con la asistencia de un testigo “idóneo”⁵³ .

El empleo por el legislador del término “testigo idóneo” hace suponer que deberá reunir condiciones extras en relación con cualquier otro testigo. Habrá que presumir que ostente las habilidades necesarias para que medie entre el notario y el compareciente, permitiéndole al discapacitado expresar su voluntad de modo inequívoco y corroborar el contenido del instrumento a través de su firma.

En estos supuestos estamos ante testigos de asistencia o a ruego, y así lo corrobora el Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales en su artículo 38. Pues precisamente su función en el instrumento consiste en auxiliar al otorgante en la realización del acto notarial. Su intervención supone la previa petición del compareciente para ese fin, de ahí que esté concebido esencialmente para aquellas personas con alguna discapacidad que le impide cumplir per se alguno de los requisitos formales que se exigen en los instrumentos públicos.

⁵³ Es dable señalar que el Código Civil prevé la posibilidad, con carácter alternativo, que cualquiera de los testigos instrumentales exigidos para el otorgamiento del testamento (artículo 491 del Código Civil) pueda fungir a su vez como testigo de asistencia, a diferencia del artículo 38 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales que impone un testigo de asistencia, distinto de los testigos que el propio Reglamento requiere para proceder a la autorización del documento notarial. A mi juicio, teniendo la norma del Código Civil, carácter especial, sobre el citado Reglamento, por referirse aquella, no a cualquier tipo de documento público notarial, sino a la escritura pública de testamento, ha de tener prevalencia en su aplicación. Téngase en cuenta que el Reglamento de la Ley notarial solo exige testigos instrumentales, además de para la autorización de la escritura de testamento, para la de matrimonio. Acto este último para el cual, sí que no habría duda, de la imperiosa necesidad de un tercer testigo (el de asistencia).

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

En relación con el testigo, a esta regla general hay que hacerle algunas anotaciones. En primer término, porque en el caso de los sordos o algunos supuestos de sordociegos no se pueden dar a entender oralmente y por escrito, pudiera no ser del todo entendible o presto a varias interpretaciones. Por tal motivo, estos supuestos, precisan de intérpretes, pues indudablemente, los sordos son extranjeros en su propia tierra. Serán entonces, quienes funjan como “testigo idóneo” a solicitud del otorgante.

También son necesarios para la mejor comprensión por parte del otorgante de las informaciones que le puede dar el notario sobre el instrumento que pretende sea autorizado, las posibilidades y prohibiciones que establece el Derecho vigente y sus efectos. Un segundo aspecto es que, una vez redactado el testamento aunque el sordo sepa leer y escribir, la lectura del instrumento no le es sencilla, por lo que una vez más está avalada la labor del intérprete al momento de comparecer ante el notario. En el caso del sordociego se hace imprescindible, ya que carece de otra vía para comunicarse con el notario.

Resulta un imperativo para el legislador la previsión de esta cuestión, de forma más específica, pues se está ante un caso en que el compareciente y el notario tienen lenguas diferentes y por eso, necesitan de un tercero para poderse comunicar. Podría ser conveniente establecer algunas pautas para realizar esta función, pues habrá que atender quiénes podrán fungirla y si será necesario acreditar los conocimientos que se precisan para servir de intermediario. La posibilidad de que personas que no son intérpretes profesionales conozcan la lengua de un discapaz es tan probable como personas hay que hablan distintos idiomas sin dedicarse a esa profesión. Sin embargo, las consecuencias y desprotección que puede aparejar un acto

simulado en estos supuestos aconseja prever la participación de especialistas en este ámbito.

En las asociaciones provinciales de sordos e hipoacúsicos están adscritos los intérpretes de cada provincia. La intervención de estos profesionales en el instrumento le aporta un alto grado de confiabilidad en cuanto al contenido de la interpretación realizada y la imparcialidad que requiere todo documento público, en especial en sede testamentaria.

Otro caso sería el de los hipoacúsicos o el de aquellos sordos en edad tardía, en los que la intervención del intérprete pudiera ser opcional. Para eso, hay que tener presente que estas personas conocen el español y lo articulan como cualquier oyente, por lo que podrán expresar su voluntad al notario a través de la palabra o la escritura, pueden también entender por la lectura labiofacial o escuchar ciertos hipoacúsicos, las instrucciones, recomendaciones y advertencias del notario, así como leer por sí el testamento, una vez redactado, y expresar su conformidad firmándolo.

Pudiera cuestionarse la posibilidad real de que el notario a través del intérprete logre constatar indudablemente la capacidad del testador. Si bien es cierto que la intervención de un tercero para la comunicación, pudiera ofrecer alguna dificultad, es el notario quien deberá cerciorarse por todos los medios que estime conveniente, sobre las aptitudes psíquicas que para este acto se requieren. Realizar las preguntas que estime conveniente y ante la duda abstenerse y solicitar el dictamen pericial, según establecen los artículos 481.3 del Código Civil, 54 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales y el Dictamen 3/2004 de 5 de octubre de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia.

Otro elemento a analizar, es la forma testamentaria de la que pueden hacer uso los discapacitados, de acuerdo con la afectación o disminución que

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

presenten. No cabe duda que siempre que el testador reúna los presupuestos de capacidad para testar, el testamento notarial es el más ajustado, en cuanto a las formalidades exigibles para cada minusvalía, no solo por la fehaciencia que lo impregna, también por las garantías que ofrece al testador y las ventajas de este tipo de testamento. Sin embargo, cabría preguntarse ¿si estamos ante personas capaces, se les debe limitar la posibilidad de elegir libremente la forma en que pretendan disponer de su última voluntad?

La respuesta, por supuesto, está encaminada al testamento ológrafo y a que si bien son capaces, tienen determinados impedimentos que los limitan en relación con este tipo testamentario y la forma en que se realiza. Está claro que para quienes no puedan o sepan escribir, esta modalidad les está vedada, pero ¿qué sucede con el ciego que redacte un testamento en Braille y lo firme?, o con el sordo que lo redacta en la sintaxis propia de la lengua de señas y por tal razón puede ser interpretado de formas diversas o presentar dudas para quien con posterioridad deberá ejecutarlo.

Vale señalar estos casos, porque según el pequeño Larousse Ilustrado escribir es “figurar el pensamiento por medio de signos convencionales”, que es sin duda el Braille, los signos que por convención han adoptado los ciegos. De la interpretación de este precepto dependerá la respuesta a la primera interrogante, porque siempre habrá que tener presente que lo que para nosotros es común no lo es para ellos y viceversa.

En relación con la segunda inquietud, de la letra de nuestro ordenamiento no se percibe prohibición alguna, por lo que el problema habrá de plantearse al momento en que se hagan valer los efectos del testamento por la interpretación que de su contenido se realice.

Siguiendo las reglas de interpretación deberá en todo momento atenderse al principio de favor testamenti y tratar de preservar su contenido.

Claro que en ese supuesto el notario podrá actuar siempre que no nazca discrepancia alguna entre los herederos, de lo contrario el asunto pasará al ámbito judicial.

Sería interesante determinar con qué instrumentos cuentan los operadores del Derecho para la ejecución de la debida interpretación del negocio testamentario. Si se tiene presente que de lo que se trata es de reconstruir, determinar, indagar, delimitar el contenido de la voluntad que ha sido plasmada por el testador cuando ya no existe la posibilidad de que lo explique. Del resultado obtenido, penderán los derechos y deberes de los herederos, legatarios, albaceas, etcétera.

Siguiendo las reglas del artículo 52 del Código Civil, se atenderá a la voluntad presumible del que la emitió, al significado más general de las palabras y al resto de las circunstancias concurrentes. Estas pautas de carácter general, más otras reconocidas en Derecho⁵⁴ son en primer término las armas con las que se cuenta en esta materia. Indudablemente la falta de especialidad de nuestro Código en la temática no ofrece la totalidad de reglas que orienten en ese sentido.

Las garantías que pudieran tutelarse para los discapaces psíquicos, cuando así lo requieran, serán aquellas encaminadas a reconocer su capacidad natural en ciertos momentos, y la posibilidad de que concurran al notario con la debida protección de su persona y bienes a través del dictamen que sobre su estado mental realicen especialistas de la materia, pudiendo de esa manera facilitarles testar en un momento en que según los especialistas se encuentren en intervalo lúcido, particular del que resulta huérfano nuestro Código Civil.

⁵⁴ *V. gr. In claris non fit interpretatio*, el canon hermenéutico de la totalidad, interpretación integradora y la integración siempre que sea posible.

IV.3. Legítimas hereditarias y discapacidad

A pesar de los criterios que se han esgrimido de manera adversa he dicho que en Cuba existe un sistema legitimario caracterizado por la protección de aquellos parientes más propincuos al testador (además del cónyuge supérstite) que hayan dependido económicamente del causante y no estuvieren aptos para trabajar, bajo la denominación “herederos” especialmente protegidos⁵⁵.

En efecto, los “herederos” especialmente protegidos reconocidos en los artículos 492 y 493 del vigente Código Civil cubano son sencillamente una subespecie de los legitimarios o herederos forzosos reconocidos en otros ordenamientos jurídicos, como lo fue en Cuba a la sombra del Código Civil español. Decir lo contrario, resulta un absurdo.

En primer lugar, tanto unos como otros no son verdaderamente “herederos”, mucho menos “forzosos”. La expresión empleada por otros legisladores da a entender que éstos son sujetos destinatarios de una parte del patrimonio del causante señalada ex lege para ciertas personas ligadas a él por vínculo parental o conyugal. Sin embargo, tanto en esos ordenamientos como en el nuestro, es posible atribuir la legítima por concepto distinto al de herencia, aunque por mimetismo irradiado por la ley, más que por su propia naturaleza jurídica se les denomine, en uno y en otro caso “herederos”.

Hecha esta precisión puntual, cabe indicar que la principal diferencia que existe entre una y otra figura lo constituye el hecho de que en nuestro contexto jurídico se adicionan especiales circunstancias o requerimientos

⁵⁵ Sobre el tema vid. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La nueva visión de los herederos especialmente protegidos: algunos interrogantes al respecto” en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y María E. COBAS COBIELLA, *Temas de Derecho Sucesiones cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 17-59 y de mi propia autoría “Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa a su intangibilidad cuantitativa y cualitativa” en *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 169-238.

legales (*conditio iuris*) exigibles *ex lege* para que las personas comprendidas en el círculo de posibles sujetos atributarios de la legítima, clasifiquen como legitimarios. En efecto, en ordenamientos jurídicos como el español se consideran herederos forzosos a la luz del artículo 807 del Código Civil sólo las personas comprendidas en la norma, para lo cual es suficiente la relación parental o conyugal con el causante. No resulta así en el ordenamiento cubano en el que tales vínculos no son suficientes, aunque sí necesarios. El legislador ha añadido un plus que tiene un profundo contenido ético, social, humanista, tuitivo y que se compatibiliza muy bien con la tendencia a ampliar la libertad de testar en el orden subjetivo⁵⁶, sin desdén de precautelar los derechos de las personas verdaderamente necesitadas, lo que es palpable en el animus de nuestro legislador. Tales requerimientos constituyen el más importante filtro para tener la condición de heredero especialmente protegido, vale decir legitimario.

Los llamados herederos especialmente protegidos o legitimarios no se paren, ni nacen por el solo hecho de formalizar un matrimonio o reconocer judicialmente una unión matrimonial no formalizada ya existente, no es suficiente el vínculo parental del orden de los descendientes o ascendientes, ni el vínculo marital, es necesario que a ello se adicione dos requerimientos, de rigor *sine qua non*, a saber:

- a) la no aptitud para trabajar;
- b) la dependencia económica respecto al causante.

⁵⁶ Lo que había tenido cobertura legal en Cuba desde la Constitución de 1940 que en su artículo 46 disponía que el cubano tendría libertad de testar sobre la mitad de la herencia, aunque a decir verdad nunca se aplicó, constituyendo letra muerta ante el Código Civil español, cuerpo normativo que se mantuvo aplicando en el orden de las legítimas hasta la entrada en vigor del Código Civil cubano

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Requisitos que se yuxtaponen, de ahí el empleo por el legislador de la conjunción copulativa “y” cuando enuncia los presupuestos, requisitos legales, o condicio iuris, que de no darse en el sujeto, no sería apreciable su condición de heredero especialmente protegido. Particular que ha sido reiterado recientemente en el Primer Considerando de la Sentencia N° 189 de 31 marzo del 2003 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, en la que se reconoce tal condición, reclamada por la cónyuge supérstite del testador, ya que “(..)no estaba apta para trabajar y dependía económicamente del causante, requisitos indispensables para hacerse acreedora de la especial protección que la ley dispensa a los herederos en los cuales concurren estas circunstancias (...)”. Línea seguida también por la Sentencia N° 484 de 31 de julio del 2003, la cual en su Segundo Considerando llega a afirmar que para aplicar el artículo 493 del Código Civil se requiere: “(..)la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto (...)”.

Requisitos que han sido esculpidos a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que a pesar de cierto emparentamiento con los discapacitados, a muy lamentar nuestro, las dimensiones que el legislador cubano le da a los “herederos” especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas discapacitadas, como ha pretendido ver Leña Fernández, quien a mi juicio se ha dejado confundir por las luces que irradia esta figura jurídica, queriendo traspolar una realidad meramente virtual, porque ni el fin de la institución es directamente proteger a los discapacitados en razón de su discapacidad, ni el

legislador cubano dio entrada – como menciona el autor “al cumplimiento mortis causa de la obligación de dar alimentos a favor de los hijos menores o discapacitados”⁵⁷ De modo que no todo discapacitado podrá ser reconocido como especialmente protegido y ser atributario de la mitad del caudal patrimonial del causante.

Analicemos cada uno de ellos:

La inaptitud para trabajar

La no aptitud para trabajar implica la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva que le permita vender su fuerza de trabajo y recibir a cambio una remuneración con la que pueda obtener los recursos mínimos monetarios para emprender una vida económica con la solvencia necesaria. Bajo este requisito se incluyen los menores de edad⁵⁸ , los ancianos con impedimentos físicos y/o mentales sin pensión por jubilación a cargo de la Seguridad Social, e incluso se discute si se incluyen a los estudiantes universitarios adscriptos a los cursos regulares

⁵⁷ Así lo ha expresado LEÑA HERNÁNDEZ, Rafael, “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado” en La protección jurídica de discapacitados..., *cit.*, p. 161.

No se puede perder de vista que en el ordenamiento jurídico sucesorio cubano los nombrados “herederos” especialmente protegidos deben ser atributarios del testador, en concepto de legítima, de una parte del acervo patrimonial, y no de una cuota en concepto de alimentos, Dicha parte, por demás, como sucede con algunas legítimas, reconocidas por determinados ordenamientos jurídicos, asciende a la mitad de la herencia (aunque ha de ser entendida como mitad del patrimonio del causante) (*vid.* artículo 492 del Código Civil) y se satisface con los bienes y derechos que conforman su propio patrimonio, convertido, con las mutaciones pertinentes, en herencia (*vid.* artículo 492 en relación con el artículo 525.1, ambos del Código Civil), o incluso por concepto o título diferente al de herencia (*vid.* artículo 494 del Código Civil), o sea, es una *pars bonorum*, que no una *pars hereditatis*, tipo de legítima que asume nuestro legislador.

⁵⁸ Con la particularidad de que en Cuba la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos (cfr. artículo 29-1 inciso a) del Código Civil), pero ya a los 17 se dispone de capacidad para concertar contratos de trabajo, siendo excepcional la posibilidad de que los adolescentes de 15 y 16 años de edad puedan concertar tales contratos y también la de que los estudiantes de los cursos regulares del Sistema Nacional de Enseñanza de los niveles medio y superior, sin vínculo laboral, puedan ser contratados, (cfr. artículos 26 y 27 del Código de Trabajo).

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

del Sistema Nacional de Enseñanza que, conforme con las reglamentaciones cubanas, salvo excepción, no se les permite vincularse laboralmente. Dadas estas circunstancias especiales que maniobran en el caso de los estudiantes universitarios se alimentan dos tesis: una defensora de su cobertura por la especial protección por resultarle ajena a su voluntad la posibilidad de mantener vínculo laboral estable, o al menos temporal, con la significación que para un país tercermundista como Cuba representa la calificación profesional de su población, y otra que niega la subsunción del supuesto que contempla la norma jurídica a la situación interina de los educandos universitarios, sosteniendo que si aquellos prefieren priorizar sus intereses cognoscitivos es porque su situación financiera no les apremia e impulsa a abandonar los estudios en aras de la obtención de la solvencia económica; además de que en todo caso la especial protección no le propiciaría la holgura pecuniaria a que éstos aspiran.

Al igual que la dependencia económica respecto del causante, la inaptitud para trabajar es una circunstancia de hecho apreciable ad hoc por el tribunal. Así, nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia N° 213 de 29 de marzo de 1996 ha declarado SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por el recurrente sustentado en una pretensión impugnatoria (indebidamente) del testamento (ya que debía ser en exclusivo la institución de heredero), bajo una aparente preterición de una heredera especialmente protegida respecto de la cual dice la Sala no aprecia el requisito de la inaptitud para trabajar ya que “(...) en efecto, de la testifical se demuestra que al momento de otorgarse el testamento por el causante, la parte actora, ahora no recurrente, aunque se encontraba desvinculada laboralmente no tenía impedimento físico, ni mental para incorporarse al trabajo, por lo que no acreditada su incapacidad, y por tanto

no conceptuada como heredera especialmente protegida, la libertad de testar del causante no estaba limitada (...)”.

De ello se colige que para cumplir el requerimiento de la inaptitud para trabajar, no se requiere únicamente padecer de alguna discapacidad, sino que esta tenga entidad suficiente para conllevarle al sujeto la imposibilidad de acceder al empleo y con ello tener sustento económico propio. Cabe incluso que una persona sin haber padecido de discapacidad alguna, al no haberse incorporado a un empleo, v. gr. la cónyuge, atendiendo las labores domésticas del hogar, ya al momento del deceso de quien fuera su esposo, esté por razón de la edad inapta para comenzar a trabajar, supuesto en que el órgano judicial suele apreciar el cumplimiento de este requisito.

Ahora bien, también se correrá el riesgo siguiendo esta interpretación, de que en la medida en que conforme con nuestras políticas públicas los discapacitados se integren a una vida social y económica plena, no resulten protegidos en sede sucesoria, protección que a mi juicio sería un plus importante para el discapacitado, pues si en un proceso judicial se demuestra que éste recibe un salario en función de su trabajo, se incumplirían los requerimientos que a modo de *conditio iuris* impone el legislador del Código Civil en el artículo 493. Una vez más se confirma mi tesis de que en el *animus legislatoris* está la protección de cualquier sujeto, discapacitado o no, en razón de sus perentorias necesidades económicas, dada su objetiva inaptitud para trabajar y no en función nada más de la discapacidad que padezca.

La dependencia económica respecto del causante

La dependencia económica por su parte, representa la sujeción monetaria de una persona respecto de otra, en este caso específico, en relación con el causante de la sucesión. Implica un estado de déficit

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

económico; pudiera darse el supuesto de que un sujeto aún recibiendo una pensión monetaria por concepto de jubilación a cargo de la Seguridad Social dependa económicamente v. gr. de un hijo que es quien en realidad constituye su soporte pecuniario.

Al igual que el anterior requisito, aunque aún más en éste, su apreciación será casuística, dependiendo de las circunstancias fácticas apreciadas por el órgano judicial o el notario, según corresponda⁵⁹. Lo que no debe llevarnos a dudas es que uno y otro requerimiento tienen sus propias razones de existencia, pudiéndose ofrecer uno u otro respecto a un determinado sujeto, citándose como ejemplo el ya aludido del estudiante universitario incurso, sin dubitación alguna, en la dependencia económica del causante, pero hartamente polémica su inaptitud para trabajar.

El tema resulta muy controversial pues no es posible fijar un baremo o cuantía mínima para determinar si un sujeto se encuentra comprendido o no bajo las circunstancias de la especial protección. La fórmula legislativa resulta un concepto válvula, que deja el legislador en manos de los jueces para que éstos lo apliquen ad hoc.

⁵⁹ Aunque estoy seguro que en una buena parte de las oportunidades será de apreciación judicial, por la posible litis que pudiera devenir, no se puede obviar que le compete al notario tramitar la declaratoria de herederos y las adjudicaciones de herencia (testada e intestada). En el primero de los casos al interesarse una declaratoria de herederos está orientado (*vid. Circular conjunta de 16 de marzo de 1988 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, Junta Directiva Nacional de Bufetes Colectivos y Fiscalía General de la República en su Apartado Segundo en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Compilación de Derecho de Sucesiones, en Editorial*) que en el propio escrito promocional se consigne el particular relativo a la existencia o no de padres con especial protección, conforme con lo que haya declarado el promovente en el contrato de servicios jurídicos que concierne con su abogado, ante lo cual el notario autorizante del acto, pudiera y debiera –adiciono yo–, practicar las pruebas que considere pertinentes como la testifical y la documental consistente esta última en certificado acreditativo de la inaptitud para trabajar, si fuera posible obtenerlo, aunque no es imprescindible y documentos justificativos de la pensión que por asistencia o seguridad social devenga el pretense especialmente protegido, si así fuera, de lo contrario con la testifical se justificaría la carencia absoluta de recursos económicos.

En el caso conocido y fallado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo por Sentencia N° 988 de 1° de octubre de 2001, el Alto Foro confirmó la sentencia de instancia en un asunto en que se aludía por el recurrente que el tribunal de instancia para apreciar los requisitos de la especial protección había tenido en cuenta la declaración que efectuara la Comisión de peritaje en fecha 13 de junio del 2000 de invalidez total para trabajar, siendo tal extremo – a su juicio- improcedente por haberse otorgado el testamento en fecha 4 de noviembre de 1999. Aun cuando en esa fecha (ya desde 1998) el hijo del causante, a la postre, especialmente protegido, recibía una pensión por la Asistencia Social de \$ 47.00, lo que califica el recurrente como signo de certeza de la no dependencia económica respecto de su padre, al constituir dicha suma su sostén propio y, en consecuencia, no darse el segundo requisito de la especial protección, o sea, la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. Ante ello, dispone la Sala que la sentencia dictada por el tribunal a quo es ajustada a Derecho porque “(...) el actor del proceso por ser soltero, incapacitado y depender económicamente de su progenitor posee la condición de heredero especialmente protegido y al ser preterido al otorgarse el testamento que se impugna vicia de nulidad la institución de heredero que éste contiene, sin que sea válido el argumento de que no existía tal dependencia dada la prestación económica que recibía del órgano de asistencia social, pues precisamente la aludida prestación corrobora la carencia de medios propios del demandante que dependía de su progenitor como se ratifica del resto del material probatorio que consta de las actuaciones y aún con la mentada ayuda, dada su exigüidad, mantuvo obviamente tal dependencia por lo que al ocurrir el deceso de éste le fue concedida pensión por causa de muerte”.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Tampoco resulta necesaria la convivencia con el causante⁶⁰. Se puede depender económicamente de una persona con la cual no se convive. Incluso podría darse dependencia económica percibiendo una jubilación, cuando en el orden probatorio quede acreditado, que el sostén ineludible del sujeto lo era el pariente o cónyuge fallecido. Las circunstancias importan mucho en la determinación de tal condición o cualidad, por lo que resultará vital, en caso de litis el manejo que de los medios probatorios hagan las partes a través de sus abogados.

Por esa misma línea de demostrar la dependencia económica respecto del causante, apreciada judicialmente, la Sentencia N° 515 de 22 de julio del 2004 que en su Segundo Considerando sostiene “(...)que la recurrente siempre contó con ingresos económicos propios, consistentes primero en su salario como trabajadora y luego en la pensión por edad que al obtener su jubilación comenzó a percibir (por lo que) una recta aplicación de los aludidos preceptos conduce a colegir que se trata de dos cuestiones distintas, cuales son, en primer orden la participación económica en el núcleo familiar del causante que la hizo beneficiaria en su momento de la pensión provisional por causa de su fallecimiento y luego de la pensión definitiva por igual concepto, con el derecho de opción que le franquea el precitado

⁶⁰ Aunque en algunos casos ha sido un elemento a tener en cuenta por el juzgador para apreciar la concurrencia de la dependencia económica respecto del causante, de manera que su omisión ha sido valorada como causal de inexistencia de la especial protección pretendida. Así se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en *Sentencia N° 387 de 30 de junio del 2003* en la que dispone que “(...) *la prueba documental que acusa la recurrente comodejada de apreciar por la Sala de instancia, lo ha sido de conformidad con su específico resultado, la que por si sola no acredita que dependiera económicamente del causante, porque tal y como acotó la sentencia interpelada si bien la pensión que recibe de la seguridad social por su condición de viuda del causante e incapacitada para laborar, quedó fehacientemente demostrado que vivió separada del mismo por muchos años, residiendo con una hija quien se ocupaba de su sostén, por esta razón resulta evidente la falta de virtualidad jurídica de la aludida prueba para determinar un pronunciamiento distinto del fallo (...)*”, razón por la que la Sala declaró SIN LUGAR el recurso interpuesto.

artículo dieciséis de la Ley número veinticuatro y, en segundo orden la dependencia económica a que se contrae el apartado primero del artículo cuatrocientos noventa y tres de la ley sustantiva en la materia como presupuesto indispensable para que le sea reconocida la condición de heredera especialmente protegida, por lo que al no existir la aludida dependencia forzosamente ha de estimarse que no le asiste el derecho a tal especial protección y, por ende, al no encontrarse limitada la libertad de testar no puede ser cuestionada la eficacia del legado contenido en el impugnado instrumento público (...). La Sala ofrece un deslinde importante, entre la condición de especial protección y la de beneficiario de una pensión definitiva por la seguridad social. La segunda no conduce per se a reclamar con éxito la primera. Nuevamente se advierte implícitamente de la necesidad de probar la concurrencia simultánea de los requisitos objetivos exigidos en el artículo 493 del Código Civil.

Algo más que en este sentido merece aclarar es que necesariamente no se es especialmente protegido respecto de una persona, puede quedar demostrado que más de una persona constituía el soporte patrimonial del sujeto supérstite. No hay, ni puede existir, en este orden reglas preestablecidas. El ejemplo más palpable lo es el de los menores hijos que serán especialmente protegidos en relación con ambos progenitores, aunque uno de ellos no conviva con él, incluso cuando al padre le haya sido privado de la patria potestad, porque en tal caso, según proceda, se determinará, entre otros extremos, lo concerniente a la obligación de dar alimentos por el padre privado del ejercicio de la patria potestad a favor de su hijo (vid. artículo 97, párrafo primero, del Código de Familia). Reclamase o no alimentos a los padres por los menores hijos, el deber jurídico de atenderles y alimentarles está latente.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

La institución de los “herederos” especialmente protegidos es un remedio importante del ordenamiento jurídico cubano en función de la tutela patrimonial a incapacitados, discapacitados y menores, pero aún no suficiente. Los términos imprecisos empleados por el propio legislador, quien deja en manos de los operadores del Derecho su interpretación, es un riesgo grave que estamos asumiendo. Aunque del sentido de la interpretación jurisprudencial del Alto Foro puede colegirse el animus pro discapacitado o incapacitado. Aún así cabríamos preguntarnos si la figura debiera reformularse, de modo tal que se ensanche su esfera de aplicación subjetiva, incluyendo a todo discapacitado, cualquiera sea el grado de minusvalía que padece, y aún incorporado a un trabajo socialmente útil, le sea reservado parte del patrimonio de su causante. Si la respuesta es positiva, entonces se rompería con la noción incardinada por el Código Civil y ratificada por el Alto Foro cubano. No puede perderse de vista el pronunciamiento que a tono general le ofrece la Sala de lo Civil y de lo Administrativo a esta sui generis figura, en la concepción de que “(...) debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostrada puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte, y así la aplicación del precepto señalado como infringido requiere (artículo 493 del Código Civil) (...)” (Sentencia N° 484 de 31 de julio del 2003, Segundo Considerando). Con esa filosofía hay que entender, interpretar y aplicar la figura de los especialmente protegidos, criterio que comparto plenamente, por razones que no repito pues lo dice la sentencia en comento. No creo que la sola declaración de discapacidad sea

motivo suficiente para limitar la libertad de testar de una persona. Si eso fuera así, no se sustentaría la figura en la necesidad económica y dependencia del beneficiario con respecto del causante y sí tan solo en la propia existencia de la discapacidad. Si los discapacitados en Cuba, no son personas especiales, sino diferentes, si estos están plenamente integrados a la sociedad y pueden devengar un salario, aquellos que así lo perciban, no hay razón entonces para limitar la libertad de testar, si la discapacidad que dicho sujeto padece no le impide convertirse en un ser igual que los demás, sin limitación de obtener un sustento propio. No obstante, hay que juzgar con prudencia cada caso en particular. Pues podría darse el supuesto de que una persona con un alto grado de minusvalía, incorporada a cierta labor, aún tuviera dependencia económica respecto del causante, de modo que la aptitud para trabajar habría que atemperarla en su interpretación, pues el hecho de incorporarse de modo voluntario a un empleo en estas circunstancias, no supone que objetivamente no estemos frente a una persona “inapta para trabajar”. De lege ferenda sería propicio que el legislador precisara la situación de los discapacitados frente a la especial protección que debieran merecer en sede de legítimas hereditarias. Hoy por hoy, de cara a nuestra realidad le compete al juzgador, determinar si, conforme con el material probatorio aportado en el proceso, merece o no tal condición. En aras de una aplicación uniforme y homogénea del Derecho, lo más oportuno sería, sin duda, un pronunciamiento normativo. Abogo porque así sea.

V. Salvaguardia de los derechos familiares y actos sobre el estado civil de los discapacitados

La existencia de una discapacidad no es valladar impuesto al sujeto por el ordenamiento jurídico que le impida concurrir como compareciente

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

ante el registrador del estado civil a los fines de declarar o promover asuntos relacionados con los hechos o actos del estado civil de las personas. Los discapacitados sensoriales (sordos, ciegos, mudos o privados de más de uno de dichos sentidos) podrán concurrir ante el registrador por medio de un testigo “idóneo”, además de los que la ley exige par el acto en cuestión, como sería el caso del matrimonio ante funcionario registral, en que la ley exige la presencia de dos testigos (cfr. artículo 59 inciso i), 6 in fine de la Ley del Registro del Estado Civil y artículo 114, tercer párrafo, del Reglamento de la Ley). Testigo respecto del cual serán de aplicación las consideraciones ya expuestas⁶¹. En efecto, el artículo 70 del nombrado Reglamento habilita esta actuación registral, exigiendo tan solo que lo relativo a la presencia del testigo de asistencia se haga constar en el asiento o documento que se trate.

Si el compareciente no pudiese leer, éste podrá solicitar a uno de los testigos intervinientes, si el ordenamiento jurídico lo exigiere para el acto en cuestión, o al propio registrador que lo auxilie en la lectura, lo que igualmente se hará constar en el acto o documento (cfr. artículo 69 del Reglamento).

De padecer alguna discapacidad física que le impidiera firmar, entonces, similar a lo previsto en el Reglamento de la Ley notarial ha de estampar en el asiento o documento, las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos o, a falta de éstos, de los que tuviere, y solicitará que otra persona (testigo de asistencia) elegido por él, firme, particular que se hará constar en el asiento o documento por le registrador.

De no ser posible al compareciente estampar las impresiones dactilares, será exigida la presencia de dos testigos, uno de los cuales firmará a ruego del interesado. En estas circunstancias el registrador hará constar en

⁶¹ *Vid. supra*, pp. 29-30.

el escrito o documento, las razones que impiden la toma de dichas impresiones.

El Derecho Familiar cubano no pone cortapisas a los discapacitados. De hecho en sede de matrimonio, ningún impedimento físico es causa de limitación del derecho a formalizar matrimonio, a salvo las cautelas que en el orden de las formalidades toma en consideración el legislador. Solo si la discapacidad mental ha conllevado a una declaración judicial de incapacidad del sujeto, entonces el legislador lo lleva al plano de impedimento dirimente y, en consecuencia resulta un veto para la formalización del matrimonio. En todo caso, en el acto mismo de formalización se tomarán las precauciones que ya se han señalado, desempeñando un papel significativo la figura del intérprete como testigo “idóneo”.

Tampoco en el orden del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la adopción, existen limitaciones a los discapacitados, si bien la declaración judicial de incapacidad es motivo de suspensión de la patria potestad (cfr. artículo 94 del Código de Familia).

Habría que dilucidar si a aquellos discapacitados, a los cuales se les hubiere limitado el ejercicio de la capacidad de obrar, podrían formalizar matrimonio o mantener el ejercicio de la patria potestad. El tema resulta muy complejo, pues el legislador del Código Civil en su artículo 30 inciso b) deja explícito que los comprendidos en tales circunstancias no están privados de forma absoluta o total de discernimiento y, consagrado el derecho a formalizar matrimonio como un derecho esencial de los seres humanos, pudiera, gracias a una hermenéutica lata del precepto, dar cabida en los casos en que a juicio del tribunal que dispuso la restricción judicial de capacidad así proceda, a la posibilidad de formalización del matrimonio del discapacitado, a quien judicialmente le ha sido restringida su capacidad de obrar.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Llama la atención que en Cuba los progenitores con hijos discapacitados tienen a su favor, como expresión de una discriminación positiva reconocida en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que éste cumpla los tres años, conforme lo reconoce el artículo 27 del Decreto-Ley 234/2003 de 13 de agosto⁶², lo cual facilita el seguimiento de la conducta y comportamiento del menor durante estos primeros años de vida, sin que pierda la posibilidad de reincorporarse a su centro laboral. Norma que además se le atribuye carácter retroactivo dado el beneficio que entraña, por lo que a su tenor resultaron protegidos también los progenitores de aquellos menores discapacitados que a la entrada en vigor de la norma aún no habían arribado a los tres años de edad (cfr. Disposición Transitoria Primera inciso d). Derecho del cual disfrutarían también los padres adoptivos y los parientes obligados a dar alimentos conforme con el Código de Familia.

Esta regulación normativa es expresión de la política legislativa seguida por Cuba, que paulatinamente ha ido ajustando su legislación a los dictados establecidos por la Convención Internacional sobre los derechos del niño⁶³, ratificada por ella, y en especial en lo que atañe a su artículo 23.2 conforme con el cual “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y

⁶² Artículo 27.- “La madre o padre trabajadores de un menor de edad que presenta una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que determine requiera una atención especial, puede acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y basta que cumpla los tres años”.

⁶³ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor en 2 de septiembre de 1990.

que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”.

VI. Propositiones de lege ferenda en el ámbito civil y familiar: regulación de la autotutela y de la asistencia a las personas discapacitadas en el proyecto de Código de Familia

Desde 1990 y hasta la actualidad se ha venido trabajando en un nuevo Código de Familia que se ha convertido en uno de los cuerpos legales de más extenso íter legislativo, sin que aún se vislumbre su posible promulgación.

No obstante, cabe destacar la impronta que dicha norma se propone ofrecer en función tuitiva de los menores y los discapacitados. De ahí que desde la formulación de su artículo 1 se incluya como una de las instituciones a regular la asistencia a las personas discapacitadas, ergo, enuncia como uno de sus objetivos en el inciso 6) el “(...) fortalecimiento de las relaciones de solidaridad y protección con las personas que más lo necesiten”, donde, por supuesto, quedan incluidas las personas con discapacidad.

El Título VII del texto que se propone se dedica in integrum a la asistencia de las personas con discapacidad lo que ha constituido una propuesta del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, quien tiene en Cuba la política rectora de protección a los discapacitados y que conforme con el Plan de Acción Nacional para las personas con discapacidad en el período 2000-2005 debe “Revisar las legislaciones vigentes en el país en materia (...), civil y de familia, a fin de determinar si se incluyen normas específicas que regulen situaciones presentes en el campo de la discapacidad”. El Título incluye los últimos artículos del Proyecto,

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

comprendidos del 254 al 258, a cuyo tenor se dispensa a favor de los discapacitados:

el derecho a convivir con su familia;

el derecho de participar en la vida comunitaria;

el derecho a recibir por parte del Estado y de sus instituciones, asistencia, capacitación y orientación, de modo que puedan desarrollar al máximo aptitudes y capacidades.,

En tanto a la familia de los discapacitados físicos, sensoriales y mentales se les impone:

el deber de mantener sistemáticamente una atención afectiva a aquellos familiares que en razón de su discapacidad estarán temporalmente internados;

el deber de estimular y potenciar su desarrollo integral como seres humanos⁶⁴ ;

el deber de garantizar la asistencia de éstos a los centros asistenciales y especializados correspondientes, con el objetivo de lograr su inserción social⁶⁵ ; y el deber de participar ellos mismos como familiares de un discapacitado en este proceso de formación, capacitándose a tales fines⁶⁶ .

Y como principal derecho, tendrían las familias de los discapacitados, el de acceder a los programas de asistencia personal y de servicios de interpretación promovidos por las instituciones especializadas, con el propósito de lograr una mejor comunicación y mayor integración social del familiar discapacitado.

⁶⁴ Este deber se le impone no a todo familiar, sino a los ascendientes, descendientes y colaterales. Llama la atención que en el orden de los colaterales, a diferencia de lo que resulta común, no se le imponen cotos en cuanto al grado que distan con respecto de los discapacitados.

⁶⁵ *Idem*, a lo expresado en nota anterior.

⁶⁶ *Ibidem*.

Respecto del Estado, sus organismos e instituciones se le atribuyen como deberes:

brindar asistencia, capacitación y orientación necesaria que les permita a los discapacitados desarrollar al máximo sus capacidades y aptitudes;

promover programas, dirigidos a los discapacitados, sus familias y los miembros de la comunidad, encaminados a fomentar actitudes positivas en relación con el matrimonio, la sexualidad, la maternidad o paternidad y los métodos adecuados de planificación familiar; y

promover programas al que deben tener acceso los familiares de los discapacitados, de asistencia personal y de servicios de interpretación, con el propósito de lograr una mejor comunicación y mayor integración social del discapacitado.

De lo expuesto se colige que los postulados normativos que pretenden ser incluidos en el importante texto legal tienen un hondo sentido ético y responden a los derroteros por los que transita el Derecho cubano en aras de ofrecer vías de protección de los discapacitados, y en función del principio de igualdad y de la plena inserción social de este sensible sector de la población.

VI.1 Otras vías de reconocimiento en el mencionado Proyecto

Resulta bastante prolífero el Proyecto respecto de las instituciones de guarda y cuidado. Entre ellas se pretende incluir:

La patria potestad prorrogada: institución a cuyo tenor se continúa el ejercicio de la patria potestad de los padres con todas las funciones que contiene para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, en los casos en que los hijos

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

menores, en previsión del grado de discapacidad padecido, sobre todo cuando se trata de una discapacidad mental, se declaran judicialmente incapacitado, antes de arribar a la mayoría de edad.

La curatela: Figura no tratada anteriormente en nuestro Derecho de Familia y que se incluye para dar respuesta concreta a determinados casos donde no es necesario suplir la capacidad (como en la tutela) y sí complementarla. En esencia es definida como “asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a curatela no carece de capacidad”. Su fin o cometido es la asistencia de las personas para actos que puede realizar per se, pero con el complemento del curador. Conforme con el artículo 237 del Proyecto “La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos que la ley lo requiere, por razón de:

edad;

capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela;

prodigalidad;

intereses contrapuestos.

La guarda de hecho de un menor de edad o mayor de edad incapacitado: institución que persigue regularizar la situación de aquellos que tienen a cargo a personas en tales situaciones, sin haber sido deferida a su favor la tutela. Con esta institución, como apunta Sancho Gargallo “(...) se pretende dar cobertura jurídica a una situación de hecho: la existencia de personas que, sin título alguno que las habilite, asumen la protección de la persona y de los bienes de un menor o de un presunto incapaz. Se trata de una realidad no tan frecuente en el caso de los menores como en el caso de

los presuntos incapaces mayores de edad. Y es que no todos los afectados por una incapacidad natural para gobernarse por sí mismos se encuentran incapacitados y sometidos a tutela. A pesar del incremento de los procesos de incapacitación, son muchos los que, privados de razón o de voluntad suficiente para decidir sobre su propia persona y/o sus bienes, están bajo el cuidado de un familiar, de un amigo, de un vecino o de una residencia. Estos ejercen, en la práctica, las funciones asistenciales propias de un tutor o de un curador. La mayor parte de los casos tienen que ver con gente mayor, afectada de demencia senil, Alzheimer o cualquier otro deterioro conocido, de quien se ocupa su familia o los encargados de una residencia. A pesar del esfuerzo de la Fiscalía para promover la incapacitación..., el incremento de las situaciones de incapacitación es muy superior al de las que se instan judicialmente. Por ello y como quiera que no es posible ni, en muchas ocasiones, conveniente tratar de incapacitarlos a todos, resulta necesario regular la guarda de hecho(...)”⁶⁷ .

La autotutela: consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes. Como expresa Martínez García “es la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz para, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar en cuanto a su configuración, personas

⁶⁷ SANCHO GARGALLO, Ignacio, *cit. pos* ROGEL VIDE, Carlos, “Sobre la guarda de hecho” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre, 2000. El propio ROGEL VIDE, defensor con gran acierto de la figura, expresa: “La guarda de hecho —en efecto— es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen pensar algunos que se dejan confundir por el aparejado a la guarda, sin entender que, bien visto ello, no implica guarda fáctica como contrapuesta a jurídica sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida de hecho, realmente, aun al margen de las formalidades legales”.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control”⁶⁸ . La autodelación de la tutela ha sido definida por Rivas Martínez como “la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad”⁶⁹ , “la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación”⁷⁰ .

La autotutela puede recomendarse para prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro. Mediante el nombramiento de tutor se protege realmente a la persona mayor ya que en los momentos en que ella no tenga la suficiente capacidad para gobernarse, habrá una tercera persona, designada por ella misma, que cuidará de su persona y de sus bienes, con todas las garantías legales.

Esta fuente de autoprotección tiene su ratio en la propia declaración de voluntad del futuro pupilo. Supone la realización de un negocio unilateral de naturaleza no recepticia, cuya eficacia está supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones que reconocen una tutela bajo control judicial.

El portillo abierto en esta materia por los Códigos Civiles a la autonomía de la voluntad es lo suficientemente importante y significativo, como para aceptar como admisible las disposiciones de autodelación de la tutela realizadas por una persona mentalmente capaz en el momento de plasmarla en un documento notarial, quedando tanto estas autoprevisiones

⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, José Angel, “Apoderamientos preventivos y autotutela” en *La protección jurídica de discapacitados...*, cit., pp24-125-

⁶⁹ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en *Ponencias presentadas por el notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, (México), 1998, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, p. 210.

⁷⁰ *Idem.*

como su valor vinculante, supeditados al mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación, fundamentalmente la aptitud del designado y la confianza depositada en él: y el juez, como órgano superior de la constitución de la tutela puede (en beneficio del incapaz), en resolución motivada, hacer otro nombramiento diferente del contemplado por el propio interesado.

El artículo 206 del Proyecto prevé su introducción en el ordenamiento jurídico familiar cubano, pero sin cohesionar adecuadamente el instituto con el resto del articulado, así v. gr. no se incluye en el artículo 217 en el orden prelatorio de delación de la tutela en primer lugar, al propio incapacitado, a tono con la posibilidad de autodelación de la tutela que reconoce el artículo 206. Tampoco se regula la llamada autotutela negativa o de exclusión al estilo de la norma española, a través de la cual se excluye expresamente de la tutela a determinadas personas, que por ser parientes propincuos del incapacitado pudieran ser declarados tutores, ni lo concerniente al registro de autotutelas que tanta importancia le ha sido atribuida en aquellos ordenamientos jurídicos que la han incluido⁷¹. Indebidamente no se hace extensivo tampoco esta autodelación a la figura de la curatela. Admitida en sede de tutela, a fortiori debiera aplicarse a la curatela.

⁷¹ Así con la modificación introducida por la Ley N° 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, el artículo 223, tercer párrafo, del Código Civil, en la forma en que quedó redactado, impone al notario el deber de comunicar de oficio al Registro Civil la existencia y contenido del documento público contentivo de la autodelación de la tutela para que así se indique en la hoja de nacimiento del interesado, – inscribiéndose de forma definitiva en la Sección de tutelas y representaciones legales si se llegara a declarar la incapacitación del sujeto y con ella la designación del órgano de guarda correspondiente–, por lo que el juez de oficio deberá reclamar dicha información. Sobre el tema *vid.* DÍAZ ALABART, Silvia (directora), *et al.*, *La protección jurídica...*, *cit.*, pp. 195-199.

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA: UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

VII. Epílogo

Si bien en sede de políticas públicas Cuba exhibe propuestas interesantes en el contexto iberoamericano, aún su legislación no llega a estar a tono con los avances logrados en el campo social para la plena inserción de los discapacitados en nuestra sociedad.

El Derecho debe ser idónea expresión de las conquistas sociopolíticas y económicas alcanzadas en cada momento histórico. Corresponde al Derecho Civil y al Derecho de Familia establecer los mecanismos más adecuados para permitir que las personas con discapacidad puedan tener a su alcance el abanico de posibilidades que la autonomía de la voluntad permite diseñar al ser humano, sin perder de vista, claro está, las limitaciones que este sector de la sociedad pueda padecer para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, civil y familiar. De ahí la necesidad de prever variadas y dúctiles vías de protección y guarda de los discapacitados, pero a la vez idóneas para garantizar la tuición que se reclama.

En el plano internacional Cuba se suma a los países que abogan y apoyan la Resolución 56/168 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del 2001 sobre la realización de una Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, en el entendimiento que la dimensión del ser humano y su infinita posibilidad de realización personal y social, va mucho más allá de sus limitantes físicas, sensoriales y mentales. No por casualidad el ser humano ha de ser el centro de atención del Derecho y su salvaguardia como ente integrante de un conglomerado social, su principal cometido.

Bibliografía

Fuentes doctrinales:

Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil Español Común y Foral, tomo 1- Introducción y Parte General, Bosh, Barcelona, 1977; Bell Rodríguez, Rafael, Educación Especial: Razones, visión actual y desafíos, Pueblo y Educación, La Habana, 1997, Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo 1, volumen 2, 3a edición reformada, Reus, Madrid, 1931, Castellanos Pérez, Rosa María y Xiomara Rodríguez Fleitas, Actualidad en la educación de los niños sordos, Pueblo y Educación, La Habana, 2003; Coddou, Cecilia, “Personas con discapacidad: el derecho a unavidadigna” en:

<http://www.med.uchile.cl/noticias/archivo/2003/mayo/discapacidad.html>, consultada el 2 de marzo del 2005; Díaz Alabart, Silvia (directora) et al., La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad), Ibermutuamur, Madrid, 2004; Díez-Picazo, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, volumen 1, 2a edición, Tecnos, Madrid, 1979; Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, volumen 1, 4a edición, Tecnos, Madrid, 1981; Dihi go y López Trigo, Ernesto, Derecho Romano, tomo 2, 2ª parte, ENPES, La Habana, 1987; Gete Alonso, María del Carmen, Manual de Derecho Civil, dirigido por Luis Puig I Ferriol, tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997; Gutiérrez-Solar Bragado, Eduardo, Testamentos especiales, EDERSA, Madrid, 1996; Leña Hernández, Rafael, “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado” en La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales, 1a edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000; Lete del Río, José Manuel, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo IV, 2da edición, EDERSA, Madrid, 1985; Martín Granizo, Mariano, La incapacitación y figuras afines, Colex, Madrid, 1987; Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, “En torno a la enfermedad mental física como causa de incapacitación: régimen y consecuencias”, Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1986, en Anuario de Derecho Civil, tomo XL, fascículo II, abril-junio de 1987; Martínez Calcerrada, Luis, “Medidas civiles de protección a los discapacitados”, en La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, 1a edición, Civitas, Madrid, 2000; Martínez García, José Angel, “Apoderamientos preventivos y autotutela” en La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales, 1a edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000; O’Callaghan, Xavier, “La declaración de incapacidad”, en La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales, 1a edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000; Pérez Gallardo, Leonardo B., “La nueva visión de los herederos especialmente protegidos: algunos interrogantes al respecto” en Pérez Gallardo, Leonardo B. y María E. Cobas Cobiella, Temas de Derecho Sucesiones cubano, Félix Varela, La Habana, 1999; “Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa a su intangibilidad cuantitativa y cualitativa” en Derecho de Sucesiones, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004; Compilación de Derecho de Sucesiones, en Editorial; Rivas Martínez, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en Ponencias presentadas por el notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, (México), 1998, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998; Sánchez Bergara, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacio activa”, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez

Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005 (inédita); Varela Autrán, Benigno, “La discapacidad en el Derecho español y la Constitución Española,” en Discapacidad intelectual y Derecho, IV Jornadas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Fundación Aequitas, Colección La Llave, número 1, Madrid, 2004, Valdés Díaz, Caridad del C., Derecho Civil. Parte General, Caridad del Carmen Valdés Díaz (coordinadora), Félix Varela, La Habana, 2002.

Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 7 del 1 de agosto de 1992; Convención sobre los derechos del niño (1989) en <http://www.ilanud.or.cr/justiciajuvenil/Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.%201989.doc>, consultado el ; Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999; Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley N° 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998; Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N° 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile; Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de Luis César Pereira Monsalve, Medellín, marzo, 1994; Código Civil de la República de Costa Rica de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996; Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; Código Civil de la República de Ecuador, 7ª edición, Codificación

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L.; Código Civil de la República de El Salvador, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860; Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Cívitas, Madrid, 1993; Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por Decreto-Ley N° 106/1963 de 14 de septiembre, en vigor desde el 1º de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, C. A.. 1991; Código Civil de la República de Honduras, sancionado por Decreto N° 76/1906 de 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; Código Civil de la República de Paraguay, Ley N° 1183, en vigor desde el 1º de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, Agosto de 1993, Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge Palma Martínez, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994; Código Civil de Puerto Rico de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio Guzmán, Santa Fe de Bogotá, Septiembre 1993; Código Civil de la República Dominicana, 8ª edición, preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987; Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline Barreiro de Gallo, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994; Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986; Ley N° 2243/1981 de 16 de marzo de la Argentina, Sistema de protección integral de las personas discapacitadas, en http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431_1.htm, consultada el 3 de marzo del 2005; Ley N° /2001 de 15 de marzo del Ecuador, Ley sobre

discapacidades, en http://www.risolidaria.org.pe/docs/ficheros/200410070010_62_0.doc, consultada el 2 de marzo del 2005; Ley N° 41/2003 de 18 de noviembre, De protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria en Boletín Oficial del Estado N° 277 de 18 de noviembre del 2003; Ley N° 27050/1998 de 31 de diciembre de Perú, Ley general de la persona con discapacidad, en

<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/27050.htm>, consultada el 3 de marzo del 2005; Ley 16095/1989 de 26 de octubre de Uruguay, que Establece un sistema para asegurar la protección integral a los discapacitados en

<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii/>, consultada el 2 de febrero del 2005; Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Proyecto de Código de Familia (última versión, noviembre del 2004); Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto; Ley N° 49/1984 de 28 de diciembre, Código de Trabajo, Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social, La Habana, 1985; Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre De las Notarias Estatales, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley N° 51/1985 de 15 de julio, Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento, contenido en la Resolución N° 157 de 25 de diciembre de 1985 del Ministro de Justicia, Ministerio de Justicia, 1986; Decreto-Ley 234/2003 de 13 de agosto “De la maternidad de latrabajadora” en Gaceta Oficial de la República N° 15, Ordinaria de 12 de septiembre del 2003; Resolución N° 276/1990 de 12 de junio del Ministro de Educación en

LA PROTECCIÓN LEGAL A LOS DISCAPACITADOS EN CUBA:
UNA VISIÓN DE LEGE DATA Y DE LEGE FERENDA

Gaceta Oficial de la República N° 28, Ordinaria, de 2 de julio de 1990; Resolución N° 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en Gaceta Oficial de la República N° 14, Ordinaria de 2 de mayo de 1996; Resolución N° 69/1996 de 9 de diciembre del Ministro de Finanzas y Precios, en Gaceta Oficial de la República N° 50, Ordinaria de 30 de diciembre de 1996; Resolución N° 22/2004 de 30 de junio del Ministro de Trabajo y Seguridad Social “Reglamento de las relaciones laborales de las personas con discapacidad” en Gaceta Oficial de la República N° 53, Ordinaria, de 22 de septiembre del 2004; Resolución N° 9/2005 de 11 de marzo del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social “Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia”, en Gaceta Oficial de la República N° 13, Extraordinaria, de 25 de mayo del 2005.

LEGISLACIÓN

LEY 26.529. DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD. HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Alicia Beatriz Rajmil¹ y Luis Rogelio Llorens²

La ley 26.529 fue sancionada por el Senado de la Nación el 21/10/2009, luego de un extenso debate parlamentario, promulgada de hecho el 19/11/2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20/11/2009. Como su título lo indica regula y reconoce los derechos de las personas frente a los profesionales que atienden su salud. Esta nueva normativa no ha recibido aún, la atención merecida, ni en el campo de la medicina y de la salud, ni desde la ciencia jurídica.

No pretendemos aquí analizar los aciertos y desaciertos de la ley en el ámbito de la atención a la salud, lo cual requiere un examen más exhaustivo y sin dudas interdisciplinario. Nos limitaremos en esta oportunidad a señalar brevemente aquellos aspectos que apreciamos como trascendentes en la protección de los derechos de las personas más vulnerables y especialmente su reconocimiento explícito al derecho de autoprotección.

¹ Abogada. Escribana. Titular de Registro Notarial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Directora del Instituto de derecho e Integración. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

² Abogado. Titular de Registro Notarial en la Pcia. De Buenos Aires. Membro Honorario del Instituto de Derecho e Integración.

Derechos del paciente

La ley se opone claramente a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico -paciente y reconoce el derecho de éste a ser protagonista en toda decisión que involucre su salud. Se avanza en este plano de manera contundente hacia la revalorización de la voluntad humana, cualquiera sean las circunstancias.

Estos postulados armonizan sin dudas con los más recientes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que afirman la necesaria participación de las personas más vulnerables – como niños, enfermos, personas con discapacidad - en todos los asuntos de su interés. Se habla del proceso de especificación de los Derechos Humanos, en relación a los instrumentos internacionales que, reconociendo sus diferencias, proclaman la igualdad de todas las personas, para lo cual reconocen y regulan protecciones jurídicas complementarias y derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables.

Así, la norma en estudio, en su artículo 2º y a lo largo de siete incisos, enuncia paradigmáticos derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud, que se sustentan en los principios de igualdad y no discriminación, dignidad y libertad, pilares básicos del Estado Constitucional de Derecho. Entre ellos: derecho a ser asistido sin discriminación alguna, al trato digno y respetuoso, al respeto a sus convicciones personales, a su intimidad y a la autonomía de su voluntad. La ley reconoce, sin duda alguna, el derecho personalísimo de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud.

Asimismo, afirma en el inciso e) del mencionado artículo, el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Recapta de manera clara el espíritu y la normativa de la ley 26.061³.

Directivas anticipadas sobre salud:

Especial mención merece el artículo 11 de la ley que reconoce el derecho de toda persona a disponer directivas anticipadas de salud. Es el primer reconocimiento legislativo en el orden nacional del derecho de autoprotección, que es el que tiene todo ser humano a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Anclado en normas constitucionales e internacionales que le dan fundamento y como respuesta concreta a actuales requerimientos de nuestra sociedad, este derecho se ha impuesto en la práctica, pero sin dudas su reconocimiento legislativo lo afianza de manera contundente. Aunque referido al tema salud, ámbito específico de esta ley, significa un gran avance y creemos que no podrá desconocerse tal derecho en otros aspectos menos trascendentes, quizás, en la vida de las personas.

Dicho artículo establece: *“Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”*

³ Ley Nacional sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que les reconoce el derecho a expresar su opinión y a ser escuchados en todo asunto que les concierna.

Prácticas Eutanásicas

A pesar de que la expresión “deberán ser aceptadas” podría prestarse a equívocos entendemos que la ley plasma claramente la obligación del médico tratante de cumplir con las directivas anticipadas del paciente, con excepción de las que impliquen prácticas de eutanasia.

Con respecto a las prácticas eutanásicas, consideramos que se trataría de disposiciones nulas y no inexistentes. Asimismo debemos señalar que el concepto no permite establecer límites precisos. Será necesario el aporte de otras disciplinas, especialmente la bioética para determinar sus alcances. Aún en esos ámbitos se discute hoy si desconectar a un paciente que subsiste debido a medios artificiales de sostén, es o no es un acto eutanásico. No avanzaremos en este tema que requiere sin dudas un riguroso análisis, deseamos simplemente dejar planteado el problema.

Capaz mayor de edad

El artículo 11 de la ley obliga al médico a respetar las directivas anticipadas otorgadas por una persona “capaz mayor de edad”, expresión que resulta confusa y digna de un análisis mayor. No obstante entendemos que la ley establece como requisito que el otorgante del acto sea capaz y mayor de edad.

Debemos señalar que el término “incapaz” no es claro en nuestra legislación. En ocasiones suele utilizarse en referencia a quien simplemente carece del discernimiento necesario para otorgar actos jurídicos, mientras que

en otras designa a la persona declarada incapaz en un juicio de insania. Nuestro código civil es un ejemplo de esta falta de claridad.⁴

Por otro lado, el requisito de la mayoría de edad no se adecua a los nuevos postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de la ley nacional 26.061, ni a la más reciente doctrina y jurisprudencia⁵. Estos instrumentos introducen en nuestro Derecho el concepto de “autonomía progresiva” del niño. Especialmente en materia de derechos personalísimos se reconoce al niño, que cuenta con el discernimiento suficiente para ello, el derecho a ejercerlos por si mismo, como así también a participar y a ser oído en todo asunto de su interés. En el caso del artículo que analizamos, nos encontramos claramente ante el ejercicio de derechos personalísimos y ante asuntos que le conciernen al niño muy especialmente, como no puede ser de otra forma las decisiones sobre su cuerpo y su salud. Hubiéramos preferido la utilización de una terminología más amplia en esta materia que permita evaluar en cada caso concreto el pleno discernimiento del otorgante.

Debemos entender, efectuando una armónica interpretación de la norma que, siempre que no implique una práctica eutanásica, resulta obligatoria para el médico tratante toda directiva anticipada otorgada por

⁴ LLORENS, Luis R. y Alicia B. Rajmil. “Directivas Anticipadas de Salud. (Art. 11 de la ley 26.529)”. La Ley. Año LXXIII N° 229. 0/12/2009.

⁵ T.S.Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre 14 de 2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros, ciudad de Buenos Aires”, en LL, 2004-B-413, en MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit, página 90.”Las atribuciones conferidas a los padres en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”.

persona capaz y mayor de edad. Pero, si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad o un débil mental (aún insano declarado), esa directiva anticipada deberá ser "escuchada", "tenida en cuenta" y valorada conforme con las circunstancias del caso, de acuerdo a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional 26.061 y la Convención Internacional de los Derechos de los Discapacitados.⁶

La forma:

La ley no impone una forma determinada para efectuar las declaraciones anticipadas sobre salud. Por lo tanto cualquier medio de prueba es idóneo si asegura su autenticidad. Pero si se busca conocer la real voluntad del otorgante expresada con anterioridad, con pleno discernimiento, intención y libertad, habiendo recibido debido y legal asesoramiento, sin dudas el documento idóneo es la escritura pública. La realidad nos enseña que es la forma requerida y elegida por las personas para dejar asentadas estas directivas.

A ello se debe que en los últimos años, se han creado Registros de Actos de Autoprotección en los distintos colegios notariales del país, con el fin de inscribir, con la debida reserva pero asegurando su publicidad para el caso necesario, aquellas escrituras donde el otorgante dejó asentada su voluntad para que sea conocida y respetada en el futuro si, por la pérdida de su discernimiento, no puede expresarla por sí mismo.

⁶ Llorens Luis R. y Alicia B. Rajmil. "Directivas Anticipadas de Salud. (Art. 11 de la ley 26.529)". La Ley. Año LXXIII N° 229. 0/12/2009.

Más allá de las críticas y de la necesidad de debatir cuestiones que exceden las posibilidades de este breve comentario, consideramos que la nueva ley constituye un importante avance especialmente en lo que hace a la protección igualitaria de los derechos fundamentales de todas las personas.

LEY 26.529 - SALUD PUBLICA - DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD. ¹

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley: DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLINICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTÍCULO 1 — Ámbito de aplicación. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

Capítulo I DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

ARTICULO 2 — Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del

¹ Sancionada: 21/10/2009. Promulgada de Hecho: 19/11/2009. Publicación en B.O.: 20/11/2009.

deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;

LEY 26.529. SALUD PUBLICA - DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN
CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

Capítulo II DE LA INFORMACION SANITARIA

ARTÍCULO 3 — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

ARTÍCULO 4 — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Capítulo III DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTÍCULO 5 — Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del

procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

ARTÍCULO 6 — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

ARTÍCULO 7 — Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.

ARTÍCULO 8 — Exposición con fines académicos.

Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

ARTÍCULO 9 — Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

LEY 26.529. SALUD PUBLICA - DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN
CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

ARTÍCULO 10 — Revocabilidad. La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica.

En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

ARTÍCULO 11 — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes.

Capítulo IV DE LA HISTORIA CLINICA

ARTÍCULO 12 — Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

ARTÍCULO 13 — Historia clínica informatizada.

El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

ARTÍCULO 14 — Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

ARTÍCULO 15 — Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar: a) La fecha de inicio de su confección; b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar; c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad; d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere; f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico,

LEY 26.529. SALUD PUBLICA - DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN
CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

ARTÍCULO 16 — Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

ARTÍCULO 17 — Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo.

ARTÍCULO 18 — Inviolabilidad. Depositarios.

La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el

Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, “Del depósito”, y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

ARTÍCULO 19 — Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal; b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla; c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

ARTÍCULO 20 — Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de “habeas data” a fin de asegurar

LEY 26.529. SALUD PUBLICA - DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN
CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido.

En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

ARTÍCULO 21 — Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

Capítulo V DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 22 — Autoridad de aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia.

ARTÍCULO 23 — Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación.

ARTÍCULO 24 — Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación.

ARTÍCULO 25 — Comuníquese al Poder Ejecutivo

LEY 26.579 . MAYORÍA DE EDAD.

Alicia Beatriz Rajmil¹

La ley 26.579 fue sancionada por el Congreso de la Nación el 2/12/2009, promulgada el 21/12/2009, publicada en el Boletín Oficial el 22/12/2009 y entró en vigencia a las cero horas del día 31/12/2010. Introduce en el Derecho argentino una reforma de gran trascendencia, reclamada, postergada y anunciada desde hace años.

La nueva ley reduce a 18 años cumplidos la edad en que las personas alcanzan su plena capacidad jurídica.² Adecua de esta manera nuestro régimen interno a la Convención Internacional de los Derechos del Niño³ y a la ley 26061⁴, por lo menos en cuanto al límite de edad establecido para ser considerado niño o adulto. La reforma es muy reciente y sin dudas, en la práctica cotidiana, se irán presentando nuevas aristas para comentar e interpretar. Pero, sin profundizar en el análisis de la norma, nos permitimos

¹ Abogada. Escribana. Titular de Registro Notarial de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Directora del Instituto de derecho e Integración. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

² Art. 126 CC.: “ Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.”

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina lo aprobó a través de la ley nacional 23849, sancionada el 27-09-1990, promulgada de hecho el 16-10-1990 y publicada el 22-10-1990. Fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22) otorgándosele jerarquía constitucional

⁴Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005; promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005

realizar un breve comentario, ante su trascendencia e implicancia en el campo notarial.

En nuestra tarea diaria, los escribanos frecuentemente debemos instrumentar actos que involucran intereses de menores de edad, la ley determina nuevos criterios en el análisis de su aptitud para intervenir en cada caso concreto

Adecuación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y a la ley 26061.

En primer lugar debemos señalar que la ley en estudio permite adecuar nuestra legislación a lo establecido por la CIDN⁵ y la ley nacional 26061⁶. Ambos instrumentos consideran que toda persona es niño hasta los 18 años de edad. La anterior discordancia con nuestro código civil (CC) que establecía la edad de 21 años para alcanzar la mayoría de edad, dio lugar a un gran debate en la doctrina. Algunos autores consideraron que las nuevas normas importaban la tácita derogación de los artículos pertinentes del CC y que por lo tanto a partir de la convención toda persona ya era mayor de edad

⁵ Art 1° de la CIDN: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que la sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁶ Art 2 de la ley 26.061: “Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”.

LEY 26.579. MAYORÍA DE EDAD

a los 18 años cumplidos⁷. Parte de la doctrina no lo entendió así y opinó que tanto la CIDN como la ley 26061 se referían exclusivamente al ámbito de los derechos reconocidos por dichos instrumentos, pero que la plena capacidad jurídica se adquiriría, según lo reglado por el CC, a los 21 años. En ese caso quedaban serias dudas sobre la condición jurídica de las personas cuyas edades estaban comprendidas entre los 18 y los 21 años, ya que no gozaban de la protección de los instrumentos antes mencionados, pero tampoco de las garantías correspondientes a los mayores de edad. Pero ambas posturas estaban contestes en la necesidad de modificar nuestra legislación interna.

La ley recientemente sancionada pone fin a esta discusión y a las contradicciones del sistema anteriormente vigente. No podemos menos que apoyar con énfasis esta reforma.

Si bien hay voces que se levantan en contra por entender que se desprotege precozmente a los jóvenes al adelantar su plena capacidad jurídica, es innegable que la ley armoniza nuestro Derecho interno plagado de contradicciones. En efecto, en el régimen anterior protegíamos a las personas hasta los 21 años de edad contra su inexperiencia para ejercer plenamente sus derechos, pero a partir de los 18 años podían morir en la guerra - como de hecho y dolorosamente ha ocurrido- casarse, conducir un automóvil, trabajar, ser procesados penalmente como adultos, trabajar, donar sus órganos, elegir a sus autoridades, etc. Actos que, en general, revisten más trascendencia o riesgo para su vida y su seguridad. Por otro lado el colectivo

⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis. “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061. En “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Compilado por Emilio García Méndez. Ediciones del Puerto. Pag. 83.

social ya asociaba sin dudar la edad de 18 años con la mayoría de edad. En el derecho comparado también encontramos mayoritariamente igual consagración.

Lo que debemos lamentar en este análisis es que la reforma, si bien adecua la edad a la CIDN y a la ley 26061, mantiene un límite rígido para evaluar la aptitud de las personas para el pleno ejercicio de sus derechos y el régimen sustitutivo de representación. Nuestro código civil continúa así en franca contradicción con los instrumentos a los cuales pretende adecuarse, al ignorar el principio de autonomía progresiva del niño que claramente reconocen la CIDN y la ley 26061, a pesar de que se alude a la “capacidad progresiva” del niño en los fundamentos de la ley. En ambos instrumentos se proclama el derecho del niño de acuerdo a su desarrollo y madurez a participar y ser escuchado en todos los asuntos que le conciernan, así como a ir ejerciendo sus derechos por sí mismo, a medida que su aptitud de discernimiento se lo permita⁸. No es posible ya sostener la vigencia de los

⁸ **CIDN:** art. 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Art 12: 1. 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 del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad 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. **Ley 26061.** Art 24: De recho 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 les conciernan y en 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. Ver también arts. 2, 3 inc b, 19, 27.

LEY 26.579. MAYORÍA DE EDAD

artículos 274⁹ y 411¹⁰ de nuestro código civil en evidente oposición a los postulados de los nuevos instrumentos legales que protegen los derechos de los niños.

Estos criterios ya han sido receptados por la doctrina¹¹ y la jurisprudencia¹² y estamos convencidos de que, más allá de la necesaria reforma del código velezano, y acorde con la supremacía constitucional consagrada por nuestra carta magna¹³, no es posible hoy sostener la ausencia del menor de edad en todo ámbito donde se resuelva sobre asuntos que le afecten. Por lo que se entiende que asimismo en los actos notariales es necesario darle participación cuando las circunstancias lo ameriten. Es decir que, además de sus representantes legales cuando la ley lo requiera, es necesario promover la participación del menor de edad en la instrumentación de actos que le conciernan, teniendo en cuenta su real aptitud de discernimiento, su madurez y desarrollo. Pero este análisis excede nuestro

⁹ Art. 274 CC.: “ Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”

¹⁰ Art. 411 del CC. : “ El tutor es el representante legítimo del menor en todos los asuntos civiles, gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad.

¹¹ Por ejemplo CÁRDENAS, Eduardo José Cimadoro, Mirta Herscovici, Pedro Montes, Irene Beatriz, “La escucha del niño en el proceso judicial de familia”, LA LEY 2007-B, 1132. Eduardo Cárdenas afirma que el régimen jurídico capacidad/incapacidad ha estallado con las nuevas normas de derechos humanos, ya que no es posible sostener que alguien debe ser informado y escuchado y que debe tenerse en cuenta lo que dice, *si es un incapaz absoluto*. Y agrega que escuchar la palabra del chico y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos

¹² Entre otros fallos ver SCBA. LL, 2003-A-425, 02/05/2002. La Suprema Corte de Buenos Aires ha entendido que corresponde anular de oficio las sentencias si el tribunal no ha cumplido con el requisito de oír al niño, cualquiera sea su edad, señalando que la intervención del asesor de incapaces no suplente el contacto personal entre el juez y el niño

¹³ Art.31 C.N: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” Artículo 75 inciso 22 :“...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

cometido. Veamos brevemente las modificaciones más significativas de la ley.

Mayoría de edad. Emancipación.

Decíamos entonces que hoy, toda persona que haya cumplido 18 años de edad es mayor para la ley y por lo tanto plenamente capaz. Puede administrar y disponer de sus bienes y de sus derechos, tanto los adquiridos a título gratuito como los adquiridos a título oneroso, sin restricciones ni autorizaciones especiales. Es decir que toda persona con 18 años cumplidos puede otorgar libremente en nuestras escribanías todos los actos que su plena capacidad jurídica lo autoriza. No debe ya acreditarse el origen del dinero si trabaja, venia judicial para disponer, ni ningún otro requisito. Son ahora menores adultos las personas entre los 14 y los 18 años de edad.

La reforma elimina la emancipación por habilitación de edad, que permitía a los padres o tutores, en este caso con venia judicial, autorizar a sus hijos o pupilos, para todos los actos de la vida civil, a partir de los 18 años y con su consentimiento. También desaparece la habilitación para ejercer el comercio por expresa derogación de los artículos 10 a 12 del Código de Comercio. Queda subsistente no obstante la emancipación por matrimonio, la que amerita algunas breves observaciones.

El artículo 166 del código, modificado por la ley sancionada, reforma lo ya reformado, al establecer como impedimento matrimonial en su inc. 5º: “tener menos de 18 años cumplidos”. En sus fundamentos se alude a la necesidad de unificar la edad habilitante para contraer matrimonio y

LEY 26.579. MAYORÍA DE EDAD

considera discriminatorio la diferencia establecida por el código civil, esto es 16 años para la mujer y 18 para el varón. Parece ignorar el legislador que la edad para contraer matrimonio ya fue unificada en 18 años para ambos sexos por la ley 26.449. De todas formas lo sustancial es que actualmente a los 18 años las personas de ambos sexos pueden contraer matrimonio sin necesidad de contar con autorización alguna.

La armónica interpretación de las disposiciones que se modifican y las que quedan vigentes en su anterior redacción, presenta sin dudas incongruencias. En efecto, el art. 168 CC establece ahora que: “Los menores de edad no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez.” Se ha suprimido la referencia a la emancipación por habilitación de edad que no evitaba la necesaria autorización de los representantes legales para realizar el acto. Por su parte el artículo 169, que no ha sido alterado, establece que en caso de negar los padres el asentimiento, los menores pueden pedir autorización al juez. Los representantes legales deberán expresar ante el magistrado los motivos de su negativa que sólo podrán fundar en las situaciones señaladas taxativamente en el mismo artículo.

Pero a su vez el artículo 167 que tampoco ha sido modificado, determina que los menores de 18 años para contraer matrimonio deben obtener la dispensa judicial, la que se otorgará con carácter excepcional si el interés de los menores lo exigiese y previa audiencia personal con los menores y sus representantes legales.

Es decir que, tratándose del matrimonio de menores de edad, siempre se requiere la venia judicial, resultando irrelevante la previa autorización de los padres o representantes legales que exige el artículo 168 y los extremos contemplados en el 169 del CC. Todo se resolverá en sede judicial.

De acuerdo al artículo 131 los menores de 18 años se emancipan por matrimonio, pero si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores. Si, como vimos, los menores sólo con venia judicial pueden contraer matrimonio, el caso contemplado en el artículo resulta improbable en la práctica, pues el oficial público actuante debe controlar los extremos legales, antes de proceder a la celebración del matrimonio.

Capacidad laboral

Como consecuencia de la presente reforma la mayoría de edad civil coincide ahora con la plena capacidad laboral. Resulta entonces que a partir de los 18 años toda persona puede disponer libremente de sus bienes, siendo irrelevante su origen y el del dinero con el cual los obtenga. Con respecto a los menores de edad que trabajan, la nueva norma ha dejando vigente ciertas contradicciones y dudas que una armónica interpretación de la actual legislación civil y laboral no permite dilucidar cabalmente. Estas cuestiones adquieren singular importancia en sede notarial, cuando debemos otorgar actos que involucran bienes de menores obtenidos con el producido de su trabajo.

LEY 26.579. MAYORÍA DE EDAD

El segundo párrafo del artículo 275 del Código Civil, reformado por la ley nacional 23264, al prohibir a los menores de 18 años “...ejercer oficio, profesión o industria (...) sin autorización de sus padres” introdujo confusión en lo relativo a las reglas que trataban la aptitud laboral por cuenta propia de los menores de 18 años. En efecto, el artículo 128 (texto introducido por ley 17711) en su parte pertinente habilitaba al menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión a ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Entendíamos entonces que dado que el artículo 275 resultaba incompatible con lo establecido en el 128 para los menores con título habilitante, debía prevalecer el primero en virtud de su sanción posterior.

Atento a la reforma introducida por la ley 26579 se impone reinterpretar lo reglado de manera coherente con la normativa laboral. Para ello debemos tener presente que la ley 26.390, sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, no admite el trabajo de los menores de 16 años. Por lo tanto y sin profundizar en el tema, podemos resumir la capacidad de las personas en el ámbito laboral de la siguiente manera: a) a partir de los 18 años de edad tienen plena capacidad laboral en coincidencia con la actual capacidad civil; b) a partir de los 16 y hasta los 18 años pueden celebrar contrato de trabajo en relación de dependencia con autorización de sus padres¹⁴; c) asimismo entre los 16 y 18 años de edad el menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización.

¹⁴ No ha sido modificado el artículo 283 del C.C. que presume que los menores adultos si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes a dicho empleo, profesión e industria. Entendemos aplicable desde los 16 años de acuerdo a la actual legislación laboral.

Con respecto a los bienes provenientes del producto de su trabajo, el segundo párrafo del artículo 275 del CC, autoriza al menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, a administrar y disponer libremente de ellos. Pero no hay previsión explícita para el caso de aquel menor que trabaja con la autorización de sus padres. Únicamente el artículo 287 inc. 1 del CC determina que los padres no tienen el usufructo sobre dichos bienes. Por su parte la legislación laboral otorga a las personas recién desde los 18 años la libre administración y disposición del producido de su trabajo y de los bienes que adquieran con él. Abocado el legislador a reformar los artículos 128 y 275 de nuestro código, podría haber establecido pautas claras al respecto. Al no existir unanimidad de criterios cada caso concreto exigirá un minucioso análisis por parte del escribano a fin de determinar a quien corresponde la gestión de los bienes, sin olvidar la necesaria participación del menor de edad cuando las circunstancias lo ameriten.

Alimentos

El artículo 265 modificado por la ley en análisis establece que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Claro que esta disposición no modifica su calidad de persona mayor de edad, por lo que la administración y disposición de lo recibido en tal carácter estará en manos del hijo y no de los padres.

Conclusiones

A modo de conclusión es pertinente citar el artículo 5 de la norma que determina que: “Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta”.

La presente reforma amerita sin dudas mayores comentarios, sin embargo no creemos oportuno extendernos más en este breve análisis. Simplemente concluimos afirmando que la ley 26579 es un avance trascendente en el Derecho argentino y un paso más hacia la adecuación de nuestra legislación interna a los postulados constitucionales e internacionales que contemplan la condición jurídica de la infancia y adolescencia. Queda aún mucho camino por recorrer para considerar cumplida tal misión.

LEY 26.579

MODIFICACIÓN. MAYORÍA DE EDAD. ¹

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

MAYORIA DE EDAD

ARTICULO 1º — Modifícase el Código Civil en los artículos 126, 127, 128, 131 y 132 del Título IX, Sección Primera del Libro I; el artículo 166 inciso 5) y el artículo 168 del Capítulo III del Título I, Sección Segunda del Libro I; los artículos 275 y 306 inciso 2) del Título III, Sección Segunda del Libro II; el artículo 459 del Capítulo XII, Sección Segunda del Libro I, los que quedan redactados de la siguiente forma:

‘**Artículo 126:** Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.’

‘**Artículo 127:** Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.’

‘**Artículo 128:** Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años.’

El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello.’

¹ Sancionada: Diciembre 2 de 2009. Promulgada: Diciembre 21 de 2009

‘**Artículo 131** Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, con las limitaciones previstas en el artículo 134.

Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores.’

‘**Artículo 132:** La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo fuese debido al menor con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.’ ‘**Artículo 166:** Son impedimentos para contraer matrimonio:

1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.

2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos.

3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.

4. La afinidad en línea recta en todos los grados.

5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años.

6. El matrimonio anterior, mientras subsista.

LEY 26.579. MODIFICACIÓN. MAYORÍA DE EDAD

7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.

9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.'

‘Artículo 168: Los menores de edad no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez.’

‘Artículo 275: Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubiesen asignado, sin licencia de sus padres.

Tampoco pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres, salvo lo dispuesto en los artículos 128 y 283.’

‘Artículo 306: La patria potestad se acaba:

1. Por la muerte de los padres o de los hijos.
2. Por profesión de los padres en institutos monásticos.
3. Por llegar los hijos a la mayor edad.
4. Por emancipación legal de los hijos sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización.

5. Por adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción.’

‘Artículo 459: En cualquier tiempo el Ministerio de Menores o el menor mismo, siendo mayor de DIECISEIS (16) años, cuando hubiese

dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.’

ARTICULO 2º — Derógase el inciso 2) del artículo 264 quáter del título III, Sección Segunda del Libro I del Código Civil.

ARTICULO 3º — Agrégase como segundo párrafo del artículo 265 del Título III, Sección Segunda del Libro I del Código Civil, el siguiente:

‘La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.’

ARTICULO 4º — Se derogan los artículos 10, 11 y 12 del Capítulo II, Título I, del Libro I del Código de Comercio.

ARTICULO 5º — Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta.

ARTICULO 6º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

INSTITUCIONAL

PUBLICIDAD DE LOS ACTOS – CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

Por Roberto A. Lucero Eseverri¹

La publicidad de los actos es una necesidad imperante en un mundo globalizado como el que vivimos, ya que no tendría sentido estipular algo que no llegue a conocimiento de quienes deben aplicarlo.

El acto de autoprotección otorgado por Escritura Pública y debidamente inscripto, es el instrumento idóneo y eficaz, mediante el cual podremos ejercer el Derecho de Autoprotección, entendido como el Derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes, ante una eventual pérdida de su discernimiento².

La Registración nos permite conocer: a) la existencia de un acto de autoprotección; b) los datos que permiten individualizar la respectiva escritura pública; c) el lugar de guarda de la primera copia; d) su vigencia; e) la legitimación del peticionante³.

En la actualidad contamos en nuestro país con una creciente tendencia a la Registración de los Actas de Autoprotección. En Marzo de 2005 fue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la entidad pionera en la creación de un Registro de Actos de Autoprotección, seguido

¹ Miembro de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino.

² LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia, “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, Año 1, N° 1, Rosario 2009. p. 53.

³ TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., “Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires” en *Revista del Notariado*, N° 880, Buenos Aires, 2005. p. 312.

por los Colegios de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Chaco, Córdoba y Entre Ríos.-

El Consejo Federal del Notariado Argentino en reunión de Junta Ejecutiva realizada el 15 de mayo de 2009 aprobó la creación de la Comisión de Autoprotección, con el fin de difundir el tema en las distintas provincias argentinas, responder a las inquietudes de los colegas que manifiesten su interés y colaborar con los colegios de escribanos para la creación de los registros de autoprotección en todas las jurisdicciones del país.

A través de ésta Comisión, el Consejo Federal del Notariado Argentino brindó charlas y talleres en casi la totalidad de las Provincias Argentinas, lo que motivó que durante el año 2009 se crearan Registros de Autoprotección a cargo de los Colegios de Escribanos de las Provincias de San Juan, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en Asamblea General de fecha 17 de Diciembre de 2009, aprobó por unanimidad y aclamación la creación del Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección con el objeto de reunir y mantener actualizada la información con respecto a los actos de autoprotección inscriptos en los registros de los colegios notariales de todo el país. Funcionará de manera semejante al Registro Nacional de Actos de Ultima Voluntad, es decir que permitirá de manera ágil y eficaz obtener información segura sobre la existencia de un acto de autoprotección otorgado en cualquier localidad de la República Argentina.

La creación de los Registros de Actos de Autoprotección en las distintas Jurisdicciones de nuestro país, así como la del Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección, sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios, brindan respuesta eficaz y

PUBLICIDAD DE LOS ACTOS - CENTRO NACIONAL DE
INFORMACIÓN DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

concreta a nuevos y cada vez más pertinentes requerimientos de la sociedad ante las nuevas inquietudes que plantea en las personas su preocupación por el futuro.

FUNDAMENTOS CENTRO NACIONAL DE INFORMACION DE ACTOS DE AUTOPROTECCION

VISTO

I: El derecho de todo ser humano de tomar decisiones relativas a su salud, sus bienes y todo lo atinente a su persona, ante eventuales supuestos de discapacidad, pérdida de discernimiento o disminución de sus aptitudes psíquicas o físicas, ya sea de manera permanente o transitoria, que le impidan expresarse por sí mismo

II: Lo establecido por:

La Constitución Nacional, en su preámbulo y artículos 14,15 ,16 ,17 ,19 ,31 ,33 ,42 ,43 y 75 inciso 22;

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 18, 26 y 27 de (Ley 19.865).

El Pacto San José de Costa Rica Artículo 2(Ley 23.054);

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación (Ley 25.280)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1, 3, y 5 inciso 18.

Declaración Universal de los Derechos Humanos: de artículos 1, 3, 6, 12 y 25.

La Convención de los Derechos del Niño artículos 3 y 12 (Ley 23.849)

III: Lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 383 ,475, 479, 480, 1.963 y 1.982; 53, 953, 2.613, y 2.715 y artículos 15 y 51 de la Ley 14.394; y 144 del Código de Comercio.

IV: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por nuestro país por Ley 26.378, artículos 5 y 13 y especialmente su artículo 12 inciso 4 que dispone, “que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, incluyendo así tanto las voluntades y preferencias manifestadas durante la discapacidad como antes de ella.

V: La Jurisprudencia de nuestros tribunales , ha hecho expresa mención al derecho de decidir mediante directivas anticipadas, destacando que la ausencia de normativa subconstitucional específica en la materia, no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional y en un sentido más amplio, del denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del artículo 75, inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí enumerados; y que esa jurisprudencia se traduce en gran cantidad de oficios judiciales que recaban información a los registros ya creados acerca de la existencia o inexistencia del otorgamiento de estos actos.

VI: La reciente sanción de la ley 26.529 sobre “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, que da un respaldo legal trascendente a esta nueva figura jurídica

Y CONSIDERANDO

I: Que este derecho solo puede hacerse efectivo mediante el otorgamiento de un acto de autoprotección

FUNDAMENTOS CENTRO NACIONAL DE INFORMACION DE
ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN

II: Que es necesario publicitar dichos actos para que puedan ser conocidos por quienes deban ejecutarlos

III: Que a partir del año 2005 funciona el Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia de Buenos Aires, en sede del Colegio de Escribanos, y la sucesiva creación y puesta en funcionamiento de iguales registros en los colegios notariales de las provincias de Santa Fe (ambas circunscripciones), Chaco, Córdoba, Entre Ríos, San Juan, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como la inminente creación de registros similares en otros colegios notariales del país

IV: Que es positiva la experiencia de la creación por este Consejo Federal del Notariado Argentino, del Centro Nacional de Información de Registros de actos de Última Voluntad.

V: Que es necesario coadyuvar al mejor funcionamiento de los mencionados registros de actos de autoprotección, que llenan un requerimiento trascendente para mejorar el respeto por la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas en el ámbito de nuestra comunidad.

EL CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO
aprueba el siguiente texto:

**REGLAMENTO DEL CENTRO NACIONAL DE
INFORMACIÓN DE REGISTROS DE ACTOS DE
AUTOPROTECCION**

ARTÍCULO 1º Créase un CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN DE REGISTROS DE ACTOS DE AUTOPROTECCION, que estará a cargo del Consejo Federal del Notariado Argentino.

ARTÍCULO 2º: El Centro funcionará en la sede legal del Consejo Federal del Notariado Argentino, dirigido por la Junta Ejecutiva, a través de la persona que éste designe.

ARTÍCULO 3º: El Centro tiene como objetivo reunir y mantener actualizada la información de registros de Actos de Autoprotección de la República Argentina, para reenviarla a todos los Registros de Actos de Autoprotección del país.

ARTÍCULO 4º: Informe. Plazo y forma.

Los Colegios de Escribanos que tienen a su cargo el Registro de Autoprotección de su demarcación, se obligan a transmitir al Centro Nacional, vía correo electrónico, una primera información de los Actos de Autoprotección registrados, con los datos que permitan las disposiciones reglamentarias de creación de sus respectivos registros, y sobre la base del programa aprobado y provisto a todos los Colegios de Escribanos por el Consejo Federal.

Una vez realizada esta primera información, su actualización deberá ser enviada al Centro Nacional, por cada Colegio de Escribanos, vía correo electrónico, dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, y contendrá la información de los registros del período mensual anterior.

En caso de no haberse registrado ningún acto, se informará al Centro dicha circunstancia vía correo electrónico.

ARTÍCULO 5º: Reenvío de la información. Plazo y forma.

El Centro reunirá la carga acumulada de las distintas demarcaciones, unificando las mismas en un solo archivo, el que será remitido a cada una vía correo electrónico. Entre los días 15 y 20 de cada mes, el Centro reenviará a cada Colegio el informe de los registros de todos los Colegios de Escribanos del país correspondientes al período mensual anterior.

ARTÍCULO 6º: Los registros locales actuarán como boca de información del Centro Nacional respecto de los registros de Actos de Autoprotección de otras jurisdicciones. En estos casos deberán producir además de su informe respecto del registro local, el siguiente informe:

“Del Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Autoprotección surge que para obtener la información solicitada debe remitirse al Registro de Actos de Autoprotección de la Provincia de....., con la mayor cantidad de datos del otorgante del acto de autoprotección”.

En ningún caso los registros locales brindarán otra información relacionada con el acto de autoprotección.

ARTÍCULO 7º: El Centro Nacional, dada su función meramente informativa, no asume responsabilidad por los errores o las fugas originadas en la información que le fuere remitida por los registros locales o las que pudieren deslizarse en las cargas respectivas. Operará siempre como un mero depositario de datos cuyo reenvío unificado sólo podrá ser efectuado al Centro emisor de los datos y determinará los mecanismos de seguridad necesarios para acceder a su base.

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

El envío de trabajos con pedido de publicación debe ser remitido por vía postal al Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, Córdoba 1852, 2000 Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, y por vía mail a idei@colescribanosros.org.ar.

Los trabajos deben contener el sumario, los datos del autor y su pertenencia institucional, abstract o resumen y palabras clave en español y en inglés. Se recomienda que cada trabajo sea confeccionado en letra Times New Roman n° 12, interlineado doble, con una extensión de no más de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar las citas bibliográficas. Dichas citas deben incluir los siguientes datos: autor/es de la obra: apellido, nombre; título de la obra (en cursiva); edición; si es traducción, consignar nombre y apellido del traductor; lugar de edición, si no figura: “s/l” (sin lugar); editorial; año de edición; tomo o volumen utilizado; página/s. Cuando se trate de artículos de revistas, luego del nombre del autor, se debe consignar el título del artículo (en cursiva), nombre y número de la revista, año, páginas. Cuando se trate de publicaciones electrónicas se debe consignar: autor/es de la obra, título (en cursiva), dirección electrónica completa y fecha de obtención de la información por Internet.

Los trabajos serán considerados por los integrantes del Comité de Referato

Invitamos a todos los profesionales del Derecho y de otras disciplinas a publicar en este espacio trabajos de su autoría relacionados con la temática planteada.

IDeI

Impreso en GraficArte
Galvez 689 - Rosario
Santa Fe - Argentina
Marzo de 2010