



PRECONGRESO " ADOLESCENCIAS: COMPARTIENDO MIRADAS"

MESA: Sujetos de Derechos

"TRANSITANDO OTROS CAMINOS V"

"LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO ACOMPAÑANDO LAS ADOLESCENCIAS"

Autora: ZULMA B. MENGUAL –

ABOGADA – MEDIADORA- DOCENTE

zulmamengual@elbolson.com

INTRODUCCION:

A través de mi experiencia profesional he vivenciado que en los adultos todavía no se percibe la importancia de la voz de los niños y adolescentes en los procesos que los involucra. Y estos a su vez desconocen sus derechos a participar y ser oídos.

La incorporación en la nueva legislación del C.C y C Argentino, más las legislaciones provinciales que intentan adaptarse a estos nuevos paradigmas, hacen que hoy la perspectiva de escuchar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos que los involucra, crean nuevos enfoques y otras miradas apuntando al cumplimiento de lo establecido por convenciones internacionales de rango constitucional, pero que en la práctica resultan dificultosas.

Porque dependerán no solo que una norma lo establezca sino de la apertura al cambio en la práctica profesional. Pues no es solamente el ejercicio de escucha sino de entendimiento de las expresiones verbales, gestuales, etc. De cada niño en particular y de los momentos que atraviesa donde su participación es sumamente importante, pues están involucrados en las decisiones que toman los adultos.

Considero además que uno de los objetivos de nuestra sociedad es el de concientizar y valorizar la Mediación Familiar como uno de los pilares jurídicos de comunicación entre los miembros de la familia en conflicto.

Conocer desde otras miradas la problemática de las comunicaciones intergeneracionales colabora estratégicamente, para un acercamiento fluido y eficaz, al momento de tomar decisiones.

TEMARIO:

- Responsabilidad parental y autonomía progresiva: ejercicio de la parentabilidad por progenitores adolescentes
- Protección de los derechos: Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes
- Autonomía y determinaciones de salud.
- Acceso a la Justicia: nuevos procesos de resolución de conflictos

“DERRIBANDO MUROS Y CONSTRUYENDO CAMINOS”

“Las personas grandes no comprenden nada por sí mismas y es cansador para nosotros, los niños, darles siempre y siempre explicaciones...”

El Principito-Cap. XXII. Antoine de Saint- Exupéry.

Responsabilidad parental y autonomía progresiva: ejercicio de la parentabilidad por progenitores adolescentes

Responsabilidad parental.-

Desde hace tiempo se viene propiciando la modificación de la mención patria potestad, antes empleado en nuestro CCA, por la de responsabilidad parental, concepto que se adecua al contenido funcional de la responsabilidad de los padres sobre los hijos.

Art. 639 CC y C Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

El Código unificado innova la solución para los supuestos de separación de la pareja entendiendo en todo caso preferente al del hijo reconocer su ejercicio en forma conjunta. Excepcionalmente por acuerdo de los padres o decisión judicial, conforme al interés superior del niño, puede adjudicarse a uno de ellos.

Autonomía progresiva.-

Evolución de las facultades.- Marcos conceptuales:

1. Noción evolutiva: que promueve desarrollo, competencia y gradualidad
2. Noción participativa: que respeta las capacidades y transfiere responsabilidad del ejercicio a los adultos
3. Noción protectora: de derechos por parte de los padres y del Estado

Enclave jurídico:

Convención de derechos de NNA

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 13 1. 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. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ARTÍCULO 14 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

ARTÍCULO 15 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

ARTÍCULO 16 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Autonomía progresiva se relaciona con el desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, independiente del concepto de capacidad civil de rígida determinación. La noción obliga a trasladar el eje de tratamiento jurídico desde el marco legal y rígido de capacidad, hacia una concepción más empírica de origen bioético: la competencia.

La competencia de una persona es independiente a su capacidad de ejercicio y habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad civil, siempre que se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede

formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra. Fundamentalmente surge en relación a la toma de cesiones relacionadas con la salud y propio cuerpo. Se trata de un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimo y supone detentar la capacidad necesaria para hacer efectivo el Derecho a la Salud y a la Vida. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez.

Participación y construcción

La progresividad aptitudinal del niño para el ejercicio de sus derechos debe ser tenida en consideración por los operadores al momento de adoptar decisiones relativas a ellos, para esto previamente se debe favorecer la participación personal de niños y adolescentes.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 – Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS- OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002-DE 28 DE AGOSTO DE 2002

- OC-17 de la CIDH sobre la Condición del niño, estableciendo que se... *deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...*

Para el área de la infancia, fruto de los tratados internacionales de derechos humanos y del proceso de especificación de los derechos en favor de los niños, emergen ciertos principios básicos, también receptados en el derecho interno

Principios básicos

- 1- Interés superior del Niño (art. 3 CDN), definido en la ley integral 26061 (art. 3) como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, cuya conceptualización comprende la condición específica de los niños como sujetos de derecho
- 2- Derecho de N N y A a ser oídos (art. 12 CDN), que opera como garantía procesal en todas las cuestiones que hagan a su interés, el ejercicio de este derecho corresponde a favor de todos los niños , en cualquier modo que se manifiesten, debiendo tenerse en cuenta su opinión, conforme su grado de madurez, desarrollo y facultad de formarse un juicio propio. Este derecho es la piedra angular del debido proceso, imponiendo la fundamentación de las decisiones que se aparten de la opinión expresada por el niño.
- 3- Principio del interés familiar, exige interpretar el interés del niño de forma razonable, no aisladamente sino contextualizado el plano familiar que integra.

- 4- Principio de protección de las relaciones familiares, de las personas y de los institutos familiares para diseñar un derecho de familia más humano, tolerante y con vocación de igualdad
- 5- Igualdad de las relaciones familiares
- 6- Autonomía personal en el ámbito familiar
- 7- Solidaridad familiar
- 8- Autodeterminación de NN yA en función de su autonomía progresiva
- 9- Sustitución de la noción de “patria potestad” por la de responsabilidad parental, reflejo de la democratización de las relaciones familiares y el reconocimiento del niño como sujeto de derecho diverso a sus padres y con posibilidad de ejercer, bajo ciertos , parámetros, su autonomía progresiva
- 10- Principio de “no injerencia” de terceros (y del Estado) en resguardo de un espacio propio de desarrollo personal y familiar, donde cada miembro familiar pueda ejercer su proyecto de vida.

Autonomía y determinaciones de salud.-

En el ámbito de las decisiones sanitarias, tradicionalmente se ha considerado que por el paciente menor de edad o incapacitado debía consentir su representante legal. Sin embargo, el tratamiento de esta cuestión ha experimentado un significativo cambio en los últimos años. El punto de inflexión de ese cambio ha sido, precisamente, la toma de conciencia acerca de la naturaleza de la personalidad del paciente, en relación a los derechos de la personalidad rige una regla diferente, se trata de actos personalísimos y no susceptibles de representación.

CNNA ART 24. Servicios de salud

Niños y niñas tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud y a acceder a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación. El Estado debe poner especial énfasis en la adopción de medidas para reducir la mortalidad infantil, para el desarrollo de la atención primaria de la salud, para combatir la malnutrición y para asegurar a las madres atención pre y post natal.

La ley 26569 de Derechos del Paciente incorporo el derecho al consentimiento informado, describiéndolo en su art 5 como: *la declaración de voluntad suficiente efectuado 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...*

DECRETO 1089/2012 REGLAMENTARIO LEY 26569-DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTICULO 5°... Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. También operará

este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento...

Trasladándonos a la situación de NN y A en el ámbito sanitario, cabe preguntarse: como juegan estos derechos? Puede un paciente menor de edad consentir terapias, tratamientos e intervenciones médicas? Qué posición debe adoptar el profesional de salud ante la discordancia de opiniones entre el paciente menor de edad y sus representantes legales?

Ejercicio de la parentabilidad por progenitores adolescentes.-

*ARTÍCULO 638.- **Responsabilidad parental.** Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.*

*ARTÍCULO 644.- **Progenitores adolescentes.** Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.*

Como principio general, aquellos adolescentes que son progenitores ejercen por sí mismos la responsabilidad parental sobre sus hijos/as.

En primer lugar, el art. 25 CCyC introduce la categoría “adolescente” y para ello utiliza un criterio etario: a partir de los trece años, y hasta los dieciocho, las personas menores de edad se denominan adolescentes. Esta distinción no es banal ni caprichosa, ya que tanto desde el campo de la psicología evolutiva como de la sociología, se efectúa esta diferenciación, que facilita la conceptualización de un niño o niña respecto de aquellas personas que, sin haber aún adquirido la plenitud de sus habilidades, se encuentran en un estadio de desarrollo que no puede asimilarse ni a la

niñez ni a la juventud, ni menos aún a la adultez. Y en términos jurídicos, justamente, el principio constitucional de autonomía progresiva funciona como pauta de diferenciación respecto del ejercicio de los derechos.

En palabras de la Corte IDH: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años”. Entonces, aquellos adolescentes (art. 25 CCyC) que sean progenitores, independientemente de su estado civil o con quién conviva, ejercen la responsabilidad parental sobre sus hijos, pudiendo realizar por sí mismos las tareas de cuidado, educación y salud. Pero así como no es lo mismo ser niño que adolescente, tampoco lo es ser adolescente que adulto. Y es por ello que la norma en análisis diseña un sistema en el cual, sin dejar de lado a los adolescentes en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos, tampoco los deja solos. Y es así que quienes ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente (abuelo/a de este hijo, por ejemplo) tienen tres posibilidades de actuación respecto de las decisiones en relación a su nieto/a: a. pueden oponerse a la realización de aquellos actos decididos por los progenitores adolescentes respecto a su hijo/a que resulten perjudiciales para el mismo/a; b. pueden intervenir en forma directa ante la omisión del progenitor adolescente de realizar o decidir cuestiones necesarias al desarrollo del hijo/a; c. su asentimiento es exigido para integrar el consentimiento del progenitor adolescente respecto a actos trascendentes para la vida del niño o que puedan provocar daños graves a sus derechos.

Así, en las cuestiones cotidianas o de menor impacto en la vida del niño o niña, quienes ejercen la responsabilidad parental sobre sus progenitores adolescentes, tienen la posibilidad de oposición u acción directa. Pero en aquellas materias que pudieran provocar una grave modificación en la situación del niño o niña —la decisión de su entrega en adopción, por ejemplo— o que afecten seriamente su vida o sus derechos —una intervención quirúrgica—, las decisiones de los progenitores adolescentes deben ser complementadas e integradas con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores. Dado que es suficiente al menos el asentimiento de uno de ellos, las diferencias o desacuerdos deberán ser resueltos en instancia judicial. Se trata, entonces, de un sistema que brinda una doble protección, destinada tanto al progenitor adolescente como a su hijo, en el que los adultos acompañan y apoyan al hijo/a adolescente en las decisiones relacionadas con su propio hijo, sin desplazarlo/a ni sustituirlo/a.

En definitiva, es un sistema que se aleja de posiciones extremas: ni un paternalismo o tutelarismo tal que anule al progenitor adolescente, ni tampoco un trato indiscriminado que posicione al adolescente en el mismo lugar que al adulto, pues en su condición de persona en desarrollo requiere de medidas de especial protección.

Por último, se destaca que la adquisición de la mayoría de edad de uno de los progenitores, cesando así su condición de progenitor adolescente, no altera este régimen si el otro/a aún no arribó a la mayoría de edad.

Acceso a la Justicia: nuevos procesos de resolución de conflictos.-

El sentido de la Mediación familiar.-

El sentido de satisfacer las necesidades de los integrantes de la familia, incluye a todos los involucrados. La mediación familiar no es simplemente el cumplir con un formato obligatorio. La Instancia es la oportunidad que tienen todas las partes de ser escuchados, y así poder tomar las decisiones más convenientes ante los conflictos antes de llegar a los estrados judiciales.

Cuando los involucrados comparten su mirada con cada uno, y se sienten escuchados. Las decisiones son relacionadas entre todos. Cada cual asume su responsabilidad y es más sencillo su cumplimiento.

El derecho de los niños y adolescentes de ser oídos es factible concretar también en esta Instancia. Ahora al momento de poner en práctica debemos asumir también como adultos responsables de cómo, cuándo y principalmente para que queremos escucharlos. Si no tenemos la respuesta del para que, debemos pensar que es lo que nos ocurre a nosotros, cual es el sentido. La simple curiosidad no abona lo positivo sino menoscaba la voz de los adolescentes.

En la práctica algunos progenitores requieren de la presencia de sus hijos y en otros casos son los propios hijos los que quieren intervenir, y en otros nadie lo requiere.

Cuando los conflictos se producen en la familia.-

Aquí debemos diferenciar las Instancias Judiciales, donde el Juez decide después de escuchar a todos los involucrados.

Y las Instancias Intra, Pre o Extra Judiciales de Mediación donde los que deciden son las personas adultas, los miembros de la familia participan aportando sus miradas y alternativas para solucionar el problema. Es ahí donde la voz de los adolescentes está presente para que puedan tener la oportunidad de realizar sus aportes.

INSTANCIAS	PRESENTACION -PETICION	RESOLUCION
MEDIACION	VOLUNTARIA	ACUERDO DE LOS PARTICIPANTES
JUDICIAL	OBLIGATORIA	SENTENCIA

DESICION

INSTANCIAS	3° OBJETIVO -NEUTRAL	DECISION
MEDIACION	MEDIADOR	PROGENITORES
JUDICIAL	JUEZ	JUEZ

PARTICIPACION

INSTANCIAS	PRESENTACION	RESOLUCION
MEDIACION	VOLUNTARIA	ACUERDO DE LOS PARTICIPANTES
JUDICIAL	OBLIGATORIA	SENTENCIA

INSTANCIAS	PARTES	NIÑOS- ADOLESCENTES
MEDIACION	REQUIRENTE / REQUERIDO	INVOLUCRADO
JUDICIAL	ACTORA/ DEMANDA	PARTE

Cuando los temas involucran a los Niños y Adolescentes

INSTANCIAS	ESCUCHA	DCHO. A SER OIDO
MEDIACION	VOLUNTARIA	PARTICIPACION VOLUNTARIA: DIRECTA REPRESENTANTE LEGAL DEFENSOR DEL NIÑO ABOGADO DEL NIÑO
JUDICIAL	ATRIBUCION- OBLIGACION	PARTICIPACION VOLUNTARIA: DIRECTA REPRESENTANTE LEGAL DEFENSOR DEL NIÑO ABOGADO DEL NIÑO

ESCUCHAR Y OIR son dos términos con significados distintos.

La legislación ampara a los niños y adolescentes en el ejercicio de su derecho a ser oídos.

Diferenciamos oír de escuchar, por ejemplo podemos oír una canción, una disertación el audio de un video en un idioma que desconocemos, oímos pero no escuchamos.

Cuando escuchamos activamente es para entender al otro. Solo así podremos ponernos en su lugar, comprender su realidad. Empatizar positivamente con las personas.

QUE HACEMOS CON LO QUE ESCUCHAMOS?

INSTANCIAS	3°	ACCION
MEDIACION	MEDIADOR	TRANSMITE LOS INTERESES DE Y A LOS ADULTOS- NIÑO- ADOLESCENTES
JUDICIAL	JUEZ	DECIDE TENIENDO EN CONSIDERACION EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO- ADOLESCENTE

Aunque nos podemos encontrar con personas difíciles, con distintos tipos de conducta según el momento, el entorno, el lugar y el tiempo. Y además se puede sumar una personalidad conflictiva.

PROPUESTA.-

Estos temas merecen el debate y el intercambio permanente, haciendo hincapié en que a nosotros los adultos y especialmente quienes trabajamos con y para la infancia debe guiarnos una premisa básica, a modo de imperativo ético.

Este debe ser el de proteger a los niños, fundamentalmente, de la segregación, el desamparo, las injusticias, el maltrato, los abusos, defendiendo sus derechos como personas, como sujetos, como seres humanos, merecedores de un sano y armonioso desarrollo, de una vida digna, frente a nuevos paradigmas y otros contextos

Para que la incorporación de la voz de los niños y adolescentes sea nuestra inspiración y sostén: **necesitamos escuchar...**

“No vayas donde va el camino, ve donde no hay camino y deja huella” Ralph Waldo Emerson

Autora: ZULMA B. MENGUAL –

ABOGADA – MEDIADORA- DOCENTE

zulmamengual@elbolson.com

07 de Marzo de 2018