Dirección de Derechos Humanos
y Acceso a la Justicia
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Mendoza, 10 de agosto de 2015

DICTAMEN

Expte. N° 46815/11 caratulados "Z., J. C. Y OTS. C/ PROVINCIA ASEGURADORA DE RIESGO DE TRABAJO S.A. Y OTS. P/ ACCIDENTE

EXCMO. TRIBUNAL:

María Milagros Noli, Directora de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia (SCJM) se presenta y dice:

Llegan los presentes autos a esta Dirección, ordenando a fs. 230 se dictamine sobre la pertinencia de designar un abogado del niño/a a los hijo e hijas de la Sra. M. C. y del Sr. Z.

Aclaración previa. Los presentes obrados ingresan a esta oficina el día 10 de agosto de 2015, atento a que erróneamente fueron derivados a las dependencias de DINAF; repartición pública desde donde fueron remitidos a esta Dirección (constancia de fs. 230vta).

I.- Legitimación para actuar

Esta Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia (en adelante, "Dirección") resulta competente para intervenir en virtud de la Acordada N° 24.842 (Funciones b), d), h) y l) del Anexo 1).

II.- Plataforma fáctica

La Sra. M. C. fallece por *accidente in itinere*, según relato del actor, el día 18 de setiembre de 2010.

El día 21 de octubre de 2011 se incoa la presente acción por accidente laboral.

La pareja de la Sra. C. y padre de los niños demanda en su representación.

A fs. 205/206 se acompaña acta tomada al adolescente B. J. Z., en la Defensoría General de Derechos de Niños y Niñas de DINAF, quien luego de ser escuchado, manifiesta abiertamente la oposición a que su padre lo represente y que eventualmente vaya a cobrar algún dinero de la indemnización por el fallecimiento de su madre. Se advierte también que el padre esta privado de los cuidados parentales por medida excepcional tomada por el Órgano Administrativo Local (OAL), cuyo control de legalidad fue realizado por el Séptimo Juzgado de Familia de esta Primera Circunscripción Judicial en los autos N° 1012/12/7F caratulados "OAL POR LAS MENORES Z. C. J. M. y D. Y. POR MED. EXCEP. CONTROL DE LEGALIDAD".

III. Estándares de derechos humanos aplicables al caso.

Esta Dirección puede expedirse respecto a los estándares internacionales en materia de derechos humanos que resultarían aplicables a las decisiones judiciales que de algún modo se relacionen *inter alia* con niños, niñas y adolescentes.

Para ello resulta necesario analizar los derechos de niños, niñas y adolescentes y las consiguientes obligaciones asumidas en el ámbito nacional e internacional –particularmente, en el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos- al respecto.

Protección Integral. El principio de capacidad progresiva. Desde que Argentina ratificó la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (CIDN), por ley 23.489 y su posterior constitucionalización a partir de 1994, nuestro país se ha enrolado en términos formales y sustanciales en la doctrina de la *protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes*. Llegando a su punto más manifiesto con la sanción de la Ley 26.061 y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial -1 de agosto de 2015-.

Sólo de manera enunciativa, y sin pretensión alguna de agotar el tema, señalaré algunos normas internacionales y nacionales que armonizan la Protección Integral y el Principio de Capacidad Progresiva: la CIDN en su art. 5 y 12 de la CIDN; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10 del Pacto Internacional de De-

rechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por mencionar algunos de los tantos documentos internacionales que se refieren a la materia.

En el ámbito nacional sólo mencionaré la Ley 26.061 en especial sus art. 2, 3 y 27 inc. c) y el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 26.

La normativa señalada obliga al Estado a respetar los derechos y deberes de los padres/madres de los niños y niñas, pero también menciona otras personas que pueden llegar a estar encargadas legalmente de aquellos, siempre "en consonancia con la evolución de sus facultades" o "conforme a su edad y grado de madurez" o términos similares.

Así, la condición jurídica del niño/a, a la luz de la normativa señalada, es en la actualidad la de sujeto de derechos, oponiéndose al anterior paradigma donde era un objetivado para en pos de su "protección".

La capacidad progresiva como tal, engloba la posibilidad de nombrar un abogado al niño o niña.

Abogado del niño, su regulación. Con el ya derogado Código Civil la discusión discurría, conforme el art. 921 y el discernimiento para la realización de actos lícitos. Esto es la posibilidad que tenía un niño o niña de nombrar un abogado, ya que, tratándose de un contrato de locación de servicios, podría realizarse luego de haber cumplido 14 años de edad.

Hoy, el actual artículo 26 del Código Civil y Comercial, menciona el principio general y, en su segundo párrafo, establece una excepción muy marcada y clara al señalar que: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales**, puede intervenir con asistencia letrada"** (la negrilla me pertenece).

La claridad de la norma es meridiana. Así es que, haciendo jugar esta norma con otras del CCyC, es especial con su art. 702, debe tenerse presente que el concepto de *patria potestad* no figura ya en el Código, ni en sentido literal ni tampoco conceptualmente. Es por ello que esa norma que regula parte de la respon-

sabilidad parental dice: "Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a)…, b)… c)…. **d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales"** (la negrilla me pertenece).

En el caso de autos, los/as niño y niñas hijos/as de la causante, se encuentran a cargo de la DINAF o de algún dispositivo dependiente de esta, como surge de fs. 205/206, por tanto, no sólo no conviven con el padre, sino que además el niño Brian manifiesta expresamente que "yo lo que no quiero es que él (Sr. Z.) cobre la plata, que no le pasen ni una moneda".

Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art 2, 3, 24, 27 de la ley 26.061). En consecuencia, si luego de la escucha actuamos en contra de lo manifestado, debemos fundarlo en razones suficientes y conforme a derecho que justifiquen tal decisión.

En similar orden de ideas, advirtiendo la presentación de fs. 229 surge palmaria la necesidad de que los niños/as cuenten con patrocinio letrado que defienda sus derechos hasta la resolución en el presente litigio.

Resulta entonces que el Poder Judicial, como expresión del Estado, en cumplimiento del derecho interno y de los compromisos asumidos internacionalmente, está obligado a garantizar los derechos de los niños y niñas, ya no solo en el fuero de familia o penal que habitualmente sucede, sino en el ámbito civil, comercial, laboral etc. brindando un trato igualitario y no discriminatorio, teniendo en cuenta el plus que significa ser una persona menor de 18 años.

Como conclusión y en virtud de todos los argumentos vertidos supra legal, Constitucional y Convencional desde esta Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia se considera que, salvo mejor criterio, resultaría procedente la designación de un abogado/a del niño a los hermanos/as C., en defensa de sus derechos económicos en este caso concreto.

Sin más, aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi más distinguida consideración,