

"La vigencia de la 2302 a la luz del nuevo Código Civil: un dialogo de fuentes"

Por Mónica Barrutia -Secretaria Civil y Nuevos Derechos de la Defensoría General y Consejera Titular del CoProNAF-

Recientemente los habitantes de esta Provincia hemos sido interpelados respecto de la vigencia de la ley 2302 cuando la legislatura de la Provincia sancionó la ley 2955 que regula la excepcional situación de aquellos niños, niñas y adolescentes que deben ser retirados de sus familias porque se encuentra en riesgo su integridad psico física.

En tal oportunidad, el miembro informante y autor del proyecto de ley introdujo una modificación en el art. 2 de la versión originaria por la que remitía como legislación aplicable a la ley nacional 26.061, desplazando en su vigencia a la ley provincial 2302.

Ante ello, muchos de quienes hoy nos encontramos aquí nos convulsionamos y cuestionamos el porqué de tal apartamiento al proyecto originario, en que había sido tratado en algunos ámbitos de incumbencia como el Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia, el cual para aquellos que lo desconocen, es el órgano asesor de las políticas públicas que en materia de infancia creara la mentada norma provincial. También la Defensa Pública de la cual provengo, había acercado su mirada desde su rol protectorio que el marco legal le otorga.

La respuesta dada desde la argumentación del propio miembro informante parlamentario, era la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual traía aparejada la anexión de una norma de origen nacional en materia procesal complementaria.

Y allí, de manera espontanea sacó del letargo a aquel foro de protección de la ley 2302 que conocía de las luchas sostenidas para mantener su vigencia a más de 15 años de su sanción y concluyó con una nueva norma, la 2963 por la que se restablecía la plena vigencia de aquella, la que por cierto tuvo un actor social desconocido en otras luchas y que para asombro de muchos provenía del propio sistema judicial y era el Defensor General que marcó inmediatamente cual era la política institucional de la Defensa Pública y antes de la entrada en vigencia de la nueva ley 2955, los diputados provinciales tenían el pedido de modificación del controvertido art. 2 como así también la nueva redacción propuesta.

La presencia de éste nuevo actor social generó un sinnúmero de opiniones, se habló de una disputa al interior del Poder Judicial que tenía como protagonistas a Jueces y Defensores; que la ley 26061 estaba integrada al Código Civil y Comercial; que como se trataba de una norma nacional se debía imponer sobre la ley provincial; esta 2302 había quedado descontextualizada ante los nuevos aires legales; por solo recordar algunos de los argumentos sostenidos en aquel entonces, que parecería lejano –por todo lo acontecido- pero solo hace setenta días atrás...

Ahora bien, pasado el vendaval legal, hay quienes entendemos que debemos preguntarnos cuál es el marco legal por el que transita la infancia en la Provincia del Neuquén ante estos nuevos aires legislativos.

Para comenzar a desenmarañar el complejo mecanismo institucional de la formación de las leyes, necesariamente debemos recordar que nuestro modelo constitucional acoge la forma federal de gobierno, al igual que los Estados federativos de Brasil y México.

¿Y que significa esto en la realidad de nuestros pibes?

Significa cuestiones tan conocidas como que las Provincias precedieron a la Nación y que fueron éstas autonomías provinciales, las que decidieron qué poderes legisferantes se delegaban y cuáles se conservaban y eso lo dijeron expresamente en aquel art. 121 de la Constitución Nacional, conjuntamente con el arts. 5, 122 y 123 que expresan que se regirán por sus propias instituciones. Mas alguien me enseñó que lo obvio no es tan obvio.

Es indudable que las Provincias –incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- cedieron al legislador nacional el dictado del llamado “derecho común” que no es otra cosa que la redacción de los Códigos de fondo que nos son aplicables a todos los habitantes de éste país, entre ellos el flamante Código Civil y Comercial que entrara en vigencia el 01.08.15, el cual ciertamente importa un nuevo paradigma jurídico, si entendemos por tal un cambio en la forma en que una determinada sociedad organiza e interpreta la realidad. (Kuhn, 1970).

¿Y en que se nos hace presente este cambio de paradigma?

La respuesta es contundente, nos encontramos con un Código que se centra en la persona humana y la mira a través del fecundo lente de los derechos humanos, derechos estos que hace más de 20 años que forman parte de nuestra Constitución nacional al haber incorporado en ese aun no aprehendido art. 75 inc. 22 el bloque de constitucionalidad. Para decirlo en un lenguaje más llano y anclado a la realidad, el derecho y no “la justicia”, eso será otro desafío de quienes operamos con aquel, lo tenemos sentado en nuestra mesa diariamente cuando decidimos casarnos o no, con quien, como queremos manejar nuestro patrimonio en esta nueva unión, tener hijos con técnicas de reproducción asistidas, divorciarnos, reclamar por los derechos de nuestros hijos y los propios cuando decidimos no sostener más el matrimonio, sólo por nombrar algunas relaciones que nos atraviesan a todos por el solo hecho de ser personas, incluidos los chicos... por si fuera poco, ahora explícitamente se plasma aquello sostenido por la CDN hace más de 25 años, exactamente hace 5 días se cumplieron los 26 años de vigencia, tienen derecho a expresarse y los adultos tenemos la obligación de oírlos y para numerosos actos de su vida, en una determinada porción de su infancia, ni siquiera requieren de nosotros... y esto no es una cuestión menor.

Y es precisamente desde el art. 1 el que nos dice cual es su objetivo: la solución de los conflictos entre las personas físicas o jurídicas, otorgándole a los jueces un sinnúmero de facultades; pero a su vez, les exige parámetros de armonización y coherencia entre la Constitución Nacional y las normas provinciales, las cuales deben interpretar a la luz de los Tratados de Derechos Humanos.

Estos parámetros de armonización y coherencia de las normas importa una diferencia sustancial con el Código de Vélez que establecía un orden de prelación de las normas jurídicas que debía observar el juez al momento de tomar sus decisiones jurisdiccionales, donde la ley era fuente de las fuentes, más allá que se dijera que en el vértice de la pirámide estaba la Constitución Nacional, y ustedes como yo habrán oído y sostenido que si la ley no lo dice, nada se puede hacer, más allá de la justicia o no de la petición.

En cambio éste es el Código de los casos, ni siquiera se establece que la jurisprudencia nacional es fuente del derecho, porque al decir de Lorenzetti esto le quita el dinamismo y evolución que debe tener el derecho como instrumento de regulación de las relaciones interpersonales. Tampoco establece un prelación de estas fuentes.

Ya la ley no es el techo del ordenamiento jurídico, pues los conflictos de las personas deben ser resueltos a la luz de la jurisprudencia constitucional que trae presente a la órbita nacional las directivas contenidas en los Tratados internacionales de DDHH como en la jurisprudencia regional de la Corte Interamericana de DDHH o las opiniones dada por la Comisión Interamericana, las

cuales se convierten en una pauta insoslayable de interpretación para los tribunales argentinos en los ámbitos de sus competencias.

En este contexto y siendo la interpretación la actividad dirigida a obtener la significación de una norma y desde la perspectiva sistémica que fija el nuevo Código Civil y Comercial, retomando la facultad provincial no delegada de cada provincia de darse su propias normas de procedimiento, cabe hacer una lectura más acorde y humanista de la Ley 2302 como norma provincial para abordar las cuestiones legales de la infancia en la Provincia del Neuquén.

Y es en este dialogo de fuentes que propone el nuevo Código Civil y Comercial donde interpelaremos a la leyes 26061 y 2302 a la luz de la Convención de los derechos del Niño.

La primera razón que surge desde el diseño constitucional nacional que el legislador neuquino no ha adherido a la ley Nacional 26061, por el contrario, con la ratificación de la aplicación de la 2302 en la modificación de la reciente ley de Hogares, ha explicitado una vez más que en el pleno uso de sus facultades ha sostenido la plena vigencia de la norma provincial, lo cual no es una cuestión menor.

La segunda razón es que desde el dialogo armónico de fuentes que establece el Código Civil y Comercial, en el territorio de la Provincia del Neuquén, las cuestiones legales de la infancia deben ser abordadas desde la 2302 es que ésta se encuentra en una directa armonización con la Convención de los Derechos del Niño, importando un estándar superior de protección a la 26061. Y porque sostenemos esto.

Porque si bien la ley 26061 importó una gran avances para abordar las cuestiones de la infancia en el orden nacional y para muchas de nuestras provincias, no olvidemos que en el año 2005 – momento en el que se sanciona esta- el modelo vigente en temas de infancia era el tutelar cuyo presupuesto era el niño objeto y no sujeto de derecho y con ello se tenía un retraso de 16 años en adecuar la legislación de niñez a los standares de la CDN, nosotros aquí ya hacía 6 años que teníamos vigente la 2302 hecha a la forja de la convención.

Entonces directrices como el niño sujeto de derechos, la no judicialización –en la medida de lo posible- de las cuestiones de infancia, el derecho a ser escuchado por un interlocutor idóneo, tener un abogado que cuando su familia se encuentra impedida de hacerlo o con discrepancias

importantes con esta persona menor de edad pueda viabilizar sus derechos no es una cuestión menor, a tal punto que adopta como forma de elección de sus instituciones el modelo del defensor/a de los derechos del niño, niña y adolescente dentro del sistema judicial y no en el ámbito administrativo, lo que lo dota de las mismas inmunidades de los jueces, hasta le asigna el mismo rango institucional.

Esto que parecería tan abstracto y que es cuestión de quienes operamos con el derecho, no es tal, porque aquel legislador provincial del año 1999 pensó un pibe en el centro de la esfera legal, donde de sus problemáticas sociales deberá ocuparse el hacedor de las políticas públicas porque ejecuta el Presupuesto que no es otra cosa que la asignación de los recursos y puso en cabeza del Ministerio de Desarrollo Social tal obligación, más cuando la problemática de estos chicos de carne y hueso trascendían por su gravedad, es el Defensor o defensora del niño quien tiene la facultad de requerir al Juez de Familia que brinde toda la protección legal acercándolo al rol que le impone precisamente el Código Civil y Comercial en el art. 706 dotándolo de nuevas facultades.

En síntesis, con sus avatares, años transcurridos -16 no son pocos- Nara está a punto de jubilarse y la nombro a ella porque mas allá de todos los méritos que uds. conocen, es la primera defensora de los derechos del niño, nombrada en nuestra Provincia, nunca mejor puesto el nombre a un rol, el de defensora de "derechos" fue y sigue siendo un instrumento legal provincial que se pensó desde el sistema internacional de derechos humanos, y hoy sigue estando vigente, potenciado porque ya el Código Civil no tiene las disonancias de aquel Código de Vélez y a quienes elegimos la Defensa Publica no nos cabe dudas de su vigencia.