

Doctrina

LAS REGLAS DE BRASILIA COMO INSTRUMENTO PARA FAVORECER EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES

*Irma Alfonso de Bogarín**

1. Introducción

Las Reglas de Brasilia surgen de la Asamblea plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana reunida en el mes de marzo de 2008, en la ciudad de Brasilia, las que deberán ser seguidas por los operadores a fin de facilitar el acceso a la justicia de las personas que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En estos trabajos participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana del Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, cuyas aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido de esta herramienta.

* La Dra. Irma Alfonso de Bogarín es Integrante del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de Asunción. Docente de la Escuela Judicial Paraguaya, de la Maestría de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de la UNINORTE y del Doctorado de la Universidad Católica - filial Villarrica. En el ámbito internacional se destaca como Co-Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y Juventud. Asimismo es Miembro de la Red Internacional de Jueces de la Haya.

Cabe destacar, de lo que aquí nos interesa, que las reglas se inspiran en los principios y obligaciones contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing) y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos con el fin de vencer, eliminar o mitigar los obstáculos que limitan el pleno ejercicio y disfrute de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

El acceso a la justicia es un derecho garantizado constitucionalmente al disponer nuestra Carta Magna: “...*El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;...*” (Art. 47).

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos también consagra el derecho de acceso a la justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el citado artículo, ha señalado que éste fija la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, como también la obligación de remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares

La Corte Suprema de Justicia es la primera institución integrante de la Cumbre en ratificar este instrumento mediante Acordada N° 633/2010, con el afán de impulsar de manera firme las medidas que permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial para aquellos grupos que, por su vulnerabilidad, tienen serias dificultades para acceder al sistema.

Este trabajo pretende delinear el alcance e interpretación de las recomendaciones desde la mirada del adolescente infractor a la ley penal.

2. Finalidad

Las reglas surgen ante la necesidad de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (R.1).

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (toda persona menor de 18 años de edad y adulto mayor), género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales (discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración y desplazamiento interno, pobreza, mujer privados de libertad), encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (R.3).

Conviene destacar que de la exposición de motivos extraemos que las reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen **recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial**, a fin de llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar los obstáculos que sirven de barrera para el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos.

3. Factores de vulnerabilidad

La vulnerabilidad del adolescente infractor a la ley penal no debe tomarse como consecuencia de una condición natural, sino como parte de un proceso social a través del cual esa vulnerabilidad se construye, se sostiene y se profundiza.

La desigualdad, cada vez más intensa en nuestra sociedad, las nulas opciones laborales, la casi ausencia de oportunidades de escolarización, la discriminación son considerados como algunas de las causas que propicia y favorece la delincuencia.

Como son personas en pleno proceso de desarrollo, la estigmatización les cierra las puertas, empobreciendo su capital social y cultural, por ello se les debe ofrecer todas las garantías para que la situación de vulnerabilidad de sus derechos se detenga.

En nuestras intervenciones, como operadores del sistema justicia, debemos adoptar las medidas necesarias para volver a disfrutar de todos sus derechos.

4. Destinatarios

Son destinatarios los servidores y operadores del sistema de justicia quienes deben otorgar a las personas en condición de vulnerabilidad **un trato adecuado** a sus circunstancias y específico a su condición, velando que en toda intervención en acto judicial se respete su dignidad.

5. ¿Qué implica trato adecuado y específico desde la mirada de estas reglas?

De acuerdo con las recomendaciones emanadas de las reglas, trato adecuado y específico implica:

5.1. Priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas (R.2.3).

Podríamos poner como ejemplo el caso del adolescente infractor con discapacidad e indígena. Aquí concurren varios factores de vulnerabilidad, por ello es cuando mayor protección debe tener para ejercer sus derechos, pues a medida que estos son protegidos y efectivizados, disminuye o varía la vulnerabilidad.

De acuerdo con las recomendaciones de las reglas:

5.2. Adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia (R. 38).

El derecho del adolescente concibe a la celeridad del proceso como uno de sus principios elementales para la eficacia y seguridad de la justicia. La efectividad de este principio es lo que pretende las recomendaciones de las reglas.

5.3. Impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (R. 43).

5.4. Procurar que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. ... (R.68).

5.5. Evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar el adolescente. (R.69).

5.6. Garantizar la asistencia técnico-jurídica ya sea a través de las defensorías públicas o creación de mecanismos de asistencia letrada, tales como consultoría jurídica con la participación de las universidades, casa de justicia, intervención de colegios o barras de abogados.

Esta asistencia debe ser especializada y gratuita, en razón de que la defensa técnica o jurídica es una garantía esencial, integrante no solo del debido proceso legal, sino para el efectivo acceso a la justicia.

5.7. Especialización de los profesionales operadores y servidores del sistema judicial es fundamental, no solamente para el conocimiento de los derechos especiales de los adolescentes, sino también para la sensibilización con respecto a los problemas particulares que se presentan en relación a los mismos y sus necesidades.

5.8. Equipos multidisciplinarios: Actuación de equipos interdisciplinarios, conformados por profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia del adolescente y para afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial (R. 40.2)

La estrecha colaboración entre distintos profesionales que integran el equipo asesor permite obtener un total conocimiento del adolescente, así como una valoración de su situación socioambiental, para la adopción de aquellas medidas más idóneas que promueva el logro de los objetivos del régimen penal adolescente.

Si bien existen equipos multidisciplinarios en el ámbito judicial, aquellos donde funcionan se encuentran desbordados en su capacidad de atención, lo que conlleva elevar sus informes en un plazo excesivo a la celeridad que la situación amerita.

5.9. Proximidad. Se debe promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.(R. 42).

La Corte Suprema de Justicia, consciente de esta realidad y con el afán de derribar estas barreras geográficas, ha instalado el Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales y está presentando una propuesta legislativa de ampliar la competencia de los jueces de Paz, órganos que se encuentran distribuidos en todos los municipios del país, por ende, son la primera puerta de acceso a la justicia que tiene la ciudadanía.

6. Celebración de actos judiciales

El adolescente debe ser tratado con respeto y sensibilidad antes, durante y posterior al proceso judicial, teniendo en consideración su situación personal, sus necesidades, edad, sexo, salud, discapacidad y nivel de madurez.

7. Información procesal o jurisdiccional

Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que el adolescente sea debidamente informado sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (R. 51).

La información debe ser comprensible para él, la cual implica que el procedimiento se adopte a sus conocimientos y experiencias.

La información de los operadores de justicia no se limita a las actuaciones judiciales, sino que incluye el asesoramiento y la asistencia previa y posterior a las actuaciones judiciales, lo que requiere entrenamiento específico para **proporcionar en forma adecuada información básica** al adolescente sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos tendente a garantizar un efectivo acceso a la justicia (R.26)

7.1. Contenido de la información. Cuando la persona vulnerable participa en una actuación judicial, en cualquier condición (imputado, testigo, víctima), será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar;
- Su papel dentro de dicha actuación;
- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo (R. 52).

Cuando sea parte en el proceso o pueda llegar a serlo tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses.

7.2. Tiempo de la información. Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades (R. 54)

La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad (R. 55).

7.3. Comprensión de actuaciones judiciales. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe el adolescente, garantizando que este pueda comprender su alcance y significado (R. 58).

En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a sus necesidades. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias (R. 59).

En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico (R. 60).

Se fomentarán los mecanismos necesarios para que el adolescente comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe (R.61).

8. Comparecencia en dependencias judiciales

Se velará para que la comparecencia del adolescente en actos judiciales se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de su condición (R. 62).

Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo (R. 66).

Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima (R. 67).

La comparecencia del adolescente a las audiencias judiciales supone el enfrentamiento a una situación generadora de ansiedad y angustia.

Por ello resulta fundamental implementar estrategias y preparación en el acompañamiento en el proceso que tenga en cuenta por un lado la necesidad de información y la capacidad comunicativa del adolescente y por otro su situación emocional.

8.1. Información sobre la comparecencia. Con carácter previo al acto judicial, el adolescente tiene derecho a ser informado adecuada y directamente.

En este sentido la información debe ser de manera clara y sencilla, acorde con su desarrollo evolutivo y versará sobre la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, la función del juez, de las partes, de los derechos que estos poseen, de las diferentes alternativas para resolver el conflicto y de las formas y alcances de su participación destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto (R. 63).

Si se tratase de adolescente con deficiencia auditiva visual o mudo, se debe contar con intérpretes de lengua, de señas o cualquier otro método alternativo de comunicación.

8.2. Asistencia especializada. Previa a la celebración del acto se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial (R. 64).

Durante el acto judicial cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos del adolescente. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional del mismo (R. 65).

8.3. Condiciones de la comparecencia. La comparecencia del adolescente debe llevarse a cabo en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

Se debe adoptar las previsiones necesarias para que el adolescente que acude al Tribunal espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe el mismo (R. 68).

Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberá ser convocado cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona (R. 69).

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones del adolescente, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla, utilizando un lenguaje sencillo (R. 72).

En los actos judiciales, se debe tener en cuenta su edad, desarrollo integral y en todo caso:

–Se deberán celebrar en una sala adecuada, organizada en un ambiente amigable, garantizando su intimidad y protegiéndole de experiencias que resultarían nocivas y agregarían un costo emocional al que naturalmente conlleva la actuación judicial misma.

–Las salas de espera que utilicen los niños víctimas y testigos no serán accesibles a los acusados de haber cometido el delito, ni estarán a la vista de estos.

–Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo, apropiado a la edad y nivel de discernimiento.

–Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el Tribunal y otros similares (R. 78). Asimismo, la multiplicidad de interrogatorios, presencia de exagerada cantidad de operadores jurídicos que pueden llevar a que potencie el sufrimiento por los hechos que se le enjuicia.

–Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir jui-

cios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito (R. 73).

9. Protección de la intimidad

Las reglas recomiendan garantizar en todo momento que se respete la vida privada del adolescente y protegerlo de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, por ello su participación en las actuaciones judiciales orales o escritas debe llevarse a cabo, si fuere posible excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista. En otras palabras no deben ser públicas.

A tal efecto puede resultar de utilidad el uso del sistema de video conferencia o del circuito cerrado de televisión para que los operadores jurídicos puedan acceder de esta forma a su testimonio, y solamente pueden acceder a su contenido las personas involucradas.

El Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos, establece como regla que los juicios orales deben ser públicos, pero sienta una expresa excepción en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario.

Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad (R. 81).

En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona (R. 82).

9.1. Protección de datos personales. En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad (R. 83).

Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado (R. 84)

Nuestra normativa, Código de la Niñez y la Adolescencia consagra igual derecho a la reserva al disponer “*Las actuaciones administrativas y judiciales serán reservadas. No se expedirán certificaciones, ni constancias de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes de acuerdo con sus derechos legales.*”

El juicio oral, incluso la publicación de las resoluciones, no será público. Serán admitidos, junto con las partes y sus representantes legales y convencionales, si correspondiese y, en su caso, el asesor de prueba y un representante de la entidad en la cual el adolescente se halle alojado. Obrando razones especiales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá admitir también otras personas.

Las personas que intervengan durante el procedimiento o asistan al juicio oral guardarán reserva y discreción acerca de las investigaciones y actos realizados” (Art. 235).

También dispone que las sanciones aplicadas a los adolescentes en infracción a la ley penal, salvo la medida privativa de libertad no puede ser asentados en los registros de antecedentes penales del afectado, sin perjuicio de anotar en un registro destinado a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas.

En relación a este tema, el Tribunal de Apelación penal de la adolescencia de Asunción ha señalado: *“El fin de esta norma es evitar la estigmatización de los adolescentes a partir de las infracciones que pudieran cometer, y es ésta la razón por la que no se puede ordenar la inscripción en el registro de antecedentes penales las medidas socioeducativas y correccionales debido a que ello dificultaría su inserción en el ámbito familiar, social y mucho más en lo laboral, circunstancia que se quiere evitar de manera muy especial por tratarse de personas en pleno proceso de formación..”* (Ac. y Sent. 07 del 30/03/11).

La Corte Suprema de Justicia, por **Acordada N° 258** de fecha 02/07/02, dispuso cuanto sigue: *“...Sólo se registran las resoluciones que, con respecto a los adolescentes infractores de la ley penal concedan una medida privativa de libertad, la que para el efecto debe quedar firme y ejecutoriada”*.

La Corte Americana de Derechos Humanos se ha referido al principio de reserva en los siguientes términos: *“Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los aspectos procesales.*

Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.

Por su trascendencia consideramos pertinente transcribir la **Opinión consultiva N° 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en relación al principio de publicidad, apartado 154: “*Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura...*”.

10. Medios alternativos de resolución de conflictos

Los medios alternativos de resolución de conflictos pueden contribuir o mejorar las condiciones de acceso a la justicia y descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de este sistema. Pueden ser utilizados antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

Ejemplos de estos mecanismos son la mediación penal, la conciliación, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso, la remisión y el procedimiento abreviado.

En el sistema de justicia penal de la adolescencia, el uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal debe ser promovido, por sobre todo se debe promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal.

En todo caso, antes de la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (R. 44).

Resulta exigible que el adolescente **consienta sin presiones** su participación en la resolución de un conflicto, tras estar debidamente informado sobre su contenido, forma y efectos, su participación en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo.

Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de los adolescentes en el mecanismo elegido de resolución alternativa de conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental cuando sea necesaria. La actividad de resolución alternativa de conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen (R. 47).

11. Eficacia de las reglas

Para la eficacia de las reglas se insta a las organizaciones internacionales y Agencias de Cooperación para que:

–Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.

–Tengan en cuenta el contenido de estas reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

–Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación (R. 91).

En este marco de facilitar el acceso a la justicia surge el compromiso de desarrollar actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes reglas (R. 93), como también de adoptar iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Igualmente integrar el contenido de estas reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial (R. 94).

Todo estos compromisos es con el objetivo de sensibilizar a los jueces y demás operadores del sistema justicia a fin de internalizar esas buenas prácticas para incorporar en el desempeño de sus funciones y ser generadores de red para garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de aquellas personas que por su condición tienen mayores obstáculos para el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Las 100 Reglas de Brasilia es un desafío cuyo propósito es asegurar el acceso a la justicia de las personas que tienen limitación para el efecto.

Esta herramienta jurídica adquirirá sentido y dinamismo en la medida en que todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra manera en su funcionamiento apliquen en la tarea cotidiana, caso contrario se convertirán en meras declaraciones.

Bibliografía

1. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
2. Constitución Nacional.
3. Código de la Niñez y la Adolescencia.
4. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
5. Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
6. García Méndez, Emilio y Carranza, E. “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina”. Buenos Aires, 1992.

APRECIACIONES SOBRE UN FALLO JUDICIAL

*Dra. Inocencia Alfonzo de Barreto**

El 21 de junio de 2006, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República del Paraguay dictó un fallo, la S.D. N° 156 del 29 de marzo de 2007, que presenta algunas aristas que resultan interesantes analizar, desde el punto de vista del derecho procesal y del derecho substancial o de fondo.

LOS HECHOS

Por el mencionado fallo, la Corte Suprema hizo lugar a una acción de inconstitucionalidad y declaró la nulidad de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia y de Primera Instancia, que habían admitido la excepción de falta de acción deducida por el demandado, que era el **padre jurídico**, por reconocimiento del niño ARLV.

Los hechos del caso pueden resumirse así: una persona que se considera el “padre biológico” del menor promovió acción de impugnación de filiación contra el marido, que aparecía como “padre legal” del menor, aduciendo que el niño es hijo suyo y fue concebido durante el periodo en que la madre aún estaba casada con el “padre legal” del menor. Este último, al contestar la demanda, planteó las excepciones de falta de acción y prescripción, aduciendo que el actor era un tercero ajeno a la relación matrimonial y que solo el marido tiene derecho a impugnar la paternidad de acuerdo a las normas del Art. 237 del Código Civil,

* Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. Paraguari.

añadiendo que la acción estaba prescripta, porque habían pasado más de sesenta días contados desde el conocimiento del parto (Art. 239 del C.Civil). El Juzgado ordenó la apertura de la causa a prueba y admitió la pericia del ADN, que estableció con una 99,9% de certeza que el menor era hijo del “padre biológico”. Como consecuencia de la prueba realizada, el “padre legal” desistió de sus excepciones y se allanó a la demanda. Pero el Juzgado no tomó en cuenta el desistimiento, fundado en que el abogado del demandado carecía de un poder especial para desistir y que el escrito presentado no llevaba la firma del demandado. Al mismo tiempo sostuvo que el allanamiento a la demanda no tenía mayor efecto por tratarse de una cuestión de orden público, resolviendo finalmente hacer lugar a la excepción de falta de acción, rechazando la demanda, sin pronunciarse respecto a la prescripción también planteada, siendo ésta resolución confirmada “in totum” por el Tribunal de Apelación del Menor.

En estas circunstancias, “el padre biológico” promovió acción de inconstitucionalidad alegando que las resoluciones dictadas en Primera y Segunda Instancias eran arbitrarias al apartarse de las constancias del expediente (prueba de ADN), escudados en la inexistencia de una regulación legal sobre la materia, en abierta violación de principios de rango constitucional y sin tomar en cuenta el interés superior del niño.

LOS FUNDAMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

La Sala Constitucional al hacer lugar a la acción, señaló como fundamento de su fallo que el principio del interés superior del niño debía ser aplicado por los jueces como eje central o referente principal de su actividad protectora, añadiendo que en juicios de esta naturaleza las normas procesales deben interpretarse de forma tal que no puedan impedir la aplicación del derecho de fondo, sobre todo cuando aquellas se erijan en un obstáculo para que se constituya o modifique un derecho que sea más beneficioso para el niño, debiendo tener presente que conforme al Art. 167 del Código de la Niñez y Adolescencia, la actuación jurisdiccional no crea estado y consecuentemente las cuestiones de Derecho deben, en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, estar supeditadas a situaciones de hecho. La Sala reconoció que los juzgadores hicieron lugar a la excepción opuesta en base a un análisis lógico formal basado en premisas ciertas aplicables de manera irrestricta en otras jurisdicciones, pero que arribaron

a soluciones incorrectas e incompletas al aplicar el derecho en forma rígida sin dar solución a la situación real del niño. En otro orden de consideraciones, la Sala Constitucional entendió que los juzgadores dieron curso a un proceso iniciado como impugnación de filiación –en lugar redirigirlo desde su inicio, utilizando el principio “iura novit curia”– que hubiera evitado un desgaste procesal innecesario, que llevó a acoger la falta de acción por razones formales, sin tener en cuenta que la excepción ya había sido desistida y que la prueba de ADN había confirmado la paternidad del impugnante con un 99,99% de certeza. Finalmente, la Sala Constitucional dejó constancia que el niño Alejandro Rafael, era hijo biológico del Sr. Guillermo Rafael Monges Ramírez, por lo que atendiendo al interés superior del niño, correspondía admitir la acción de inconstitucionalidad declarando la inaplicabilidad de las resoluciones impugnadas.

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA

CUESTIONES PROCESALES

La lectura de la sentencia y los criterios utilizados nos trae a la mente algunas reflexiones sobre la forma y condiciones requeridas para la aplicación del principio del interés superior del niño, que no debe ser utilizada como una panacea para solucionar errores judiciales, sin detenerse a buscar fundamentos más concretos. En el caso particular, se observa que existían otros vicios de mayor envergadura y trascendencia que debieron servir de fundamento para declarar la inconstitucionalidad, antes que recurrir al argumento del interés superior del niño para la anulación.

1. INTEGRACIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL

En primer lugar, interesa hacer notar que el problema principal que dio pie a la inconstitucionalidad de las sentencias es de naturaleza eminentemente procesal y se relaciona con la falta de **integración de la relación y la violación del derecho de defensa**.

En efecto, la posibilidad de accionar por impugnación de filiación deviene de una norma legal específica, el artículo 239 del Código Civil, que señala, “...*la acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimo-*

nio... será promovido contra la madre y el hijo”, vale decir que la propia ley establece quienes deben ser las personas demandadas (legitimación pasiva). No obstante, a pesar de su claridad, la regla fue ignorada por el actor y la acción se promovió únicamente contra el “padre legal” del menor, **omitiendo a la madre y al hijo**, marginadas sin explicación alguna.

La demanda deberá ir dirigida contra la madre, dado que se halla involucrado en el juicio, un elevado interés propio de ella, como es su honra y el carácter matrimonial de su vínculo jurídico con el hijo.

También la demanda deberá ir dirigida contra el hijo, por el efecto de la sentencia que se dicte, pues si es favorable al actor, producirá el desplazamiento de familia que ostenta como hijo matrimonial el menor¹.

Pero más allá del defecto en el modo de proponer la demanda, es obvio que el Juzgado tenía la obligación de integrar de oficio la demanda con la madre y el hijo, o directamente rechazar la acción por defectos de forma (Art. 216 del CPC)². En este punto, el artículo 168 del Código de la Niñez y Adolescencia señala específicamente que **“Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas...”**, lo que concuerda con el artículo 239 del Código Civil³.

Se tiene entonces que la inconstitucionalidad en este caso deviene principalmente por violación de normas elementales de procedimiento que afectan el derecho de defensa de la madre y del hijo (Art. 16 C.N.), debiendo ser ésta la verdadera razón para declarar la inconstitucionalidad, sin que ello suponga menoscabar el principio del interés superior del niño.

-
1. Bogarín, Irma Alfonso de; Bogarín Alfonso, Raúl. *Derecho de la niñez y la adolescencia. Marco Jurídico. Aspectos esenciales*. Asunción 2006, pág. 147.
 2. Art. 216 Código Procesal Civil: *“Los jueces podrán rechazar de oficio los escritos de demanda que no se ajustaren a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellos que son de su competencia, mandará que el actor exprese lo necesario a este respecto”*
 3. Art. 239 del Código Procesal civil: *“La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La demanda será promovida contra la madre y el hijo. Si éste falleciere, el juicio se ventilará con sus herederos”*.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO

Una segunda cuestión que debe señalarse es que la Sala Constitucional no actúa como una tercera instancia. El acierto o desacierto de los argumentos jurídicos expuestos por los juzgadores, no puede ser revisado por la Corte en tanto no existan interpretaciones caprichosas, totalmente divorciadas de las constancias de la causa o de los que las leyes establezcan al respecto.

En este caso, la Sala Constitucional reconoce en su fallo que los jueces inferiores hicieron un análisis lógico formal de los hechos basado en premisas ciertas, pero llegaron a conclusiones equivocadas, pero este supuesto error de razonamiento no puede ni debe ser causal de inconstitucionalidad, porque la máxima instancia judicial sólo analiza si las sentencias están ajustadas a las reglas constitucionales, sin entrar a debatir sobre la valoración de los hechos o la interpretación de la norma legal.

Tampoco es convincente el argumento de que existe un vacío legal en la materia y que los jueces debieron haberse remitido a los principios generales del derecho para dictar su sentencia (Art. 6° del C. Civil), porque en ambas instancias los magistrados fundaron su resolución en normas vigentes, hecho que fue reconocido expresamente por la Sala al decir que **aplicaron el derecho en forma rígida**. Al admitir que los jueces dictaron su resolución conforme al derecho vigente, el argumento del vacío legal deja de tener validez, porque solo se recurre a los principios generales cuando no existe una reglamentación específica en la materia. Por lo demás, la supuesta **rigidez** de los jueces no es una cuestión de orden constitucional, dado que la mayor severidad o laxitud en la aplicación de la ley al caso particular hace a la función jurisdiccional otorgada al juez, que debe ser revisada por vía de los recursos ordinarios, pero no a través de la acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, los jueces no negaron la obligación de proteger el derecho del niño en forma preferente, pero entendieron que el derecho de impugnación que corresponde al “padre biológico” era una cuestión diferente del derecho del niño a conocer su identidad y sus orígenes. En este juicio, el actor es una persona mayor de edad, con plena capacidad para ejercer sus derechos en el modo, forma y tiempo establecido por la ley, no teniendo el principio del interés superior del niño la aplicación que se pretende, porque las resoluciones atacadas de inconstitucionales, versan sobre el derecho de una persona adulta y no del niño. En

otras palabras, no corresponde aducir a favor de los derechos de una persona adulta, el principio del interés superior del niño, cuando éste último no fue oído ni formó parte del juicio.

Ahora bien, no puede negarse que las sentencias de los Jueces en ambas instancias adolecieron de vicios graves que ameritan la declaración de inconstitucionalidad: 1º) por la falta de integración de la relación procesal; 2º) por la indefensión en que quedaron la madre y el niño al no ser parte del juicio; y 3º) por la arbitrariedad que conlleva la falta de valoración de las pruebas fundamentales del juicio, como son la pericia del ADN y el allanamiento del “padre legal” a la demanda, siendo estos los motivos reales que debieron fundar la resolución de la Sala Constitucional.

3. RESOLUCION EXTRA PETITA

Una tercera cuestión que llama la atención es el hecho que la Sala Constitucional al fundamentar su resolución se permitió declarar que ***“es de vital importancia remarcar que en los autos principales no queda ninguna duda que el niño Alejandro Rafael, es hijo biológico del Sr. Guillermo Rafael Monges Ramírez”***. Con el mayor respeto, consideramos que una declaración de esa naturaleza excede los límites de la acción, que fue planteada al solo efecto de declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones del Juzgado y Tribunal de la Niñez por arbitrarias, sin que el accionante haya solicitado a través de esta acción el reconocimiento de su derecho como padre de la criatura.

Debe recordarse que el artículo 260 de la Constitución Nacional, al fijar los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional, señala en su inciso 2, que el órgano está facultado para ***“decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”***, de lo que se infiere que no le corresponde pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en trámite. En concordancia con este criterio, el artículo 560 del CPC establece que: ***“... Si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al Juez o Tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución, para que sea nuevamente juzgada...”***.

Queda claro, en consecuencia, que la Sala **en ningún caso, estaba habilitada para definir y declarar el derecho de una de las partes sobre el fondo de la cuestión.**

4. LA INTERPRETACION DE LA COSA JUZGADA

El fallo comentado señala en otro párrafo “que *conforme al artículo 167 del Código de la Niñez y Adolescencia, la actuación jurisdiccional no crea estado y consecuentemente las cuestiones de Derecho deben, en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, estar supeditadas a situaciones de hecho*”.

Esta afirmación es discutible porque si bien es cierto que el artículo 167 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) señala que “*las sentencias del juez serán fundadas y no tendrán el carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aun dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que las motivaron*”, esta regla no se aplica a los juicios de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación, que tienen establecido un régimen de procedimiento especial, conforme lo señala el artículo 183 del mismo Código, cuando indica que estos procesos “*se tramitaran siguiendo las reglas del proceso de conocimiento sumario previsto en el Código Procesal Civil, salvo lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de seis días comunes*”.

La cuestión tiene suma importancia, porque en materia de filiación, la sentencia dictada por el Juzgado o Tribunal, no debería en principio ser modificable de oficio o a instancia de parte, por la inseguridad que ello trae aparejado respecto de la identidad de la persona, cuestión que sí hace al interés superior del niño.

En este punto, entendemos que la disposición del artículo 183 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece una excepción a la regla general fijada por el artículo 167 del CNA en materia de tramitación, porque se trata de un “procedimiento especial”, donde la propia ley indica que los juicios de reconocimiento o impugnación de filiación se tramitan por las reglas del Proceso de Conocimiento Sumario, establecido en el artículo 683 del Código Procesal Civil. Al respecto, el Dr. Casco Pagano señala en su libro que: “*El proceso de conocimiento sumario es aquel que por la naturaleza de la cuestión o porque la ley sustancial lo indica debe tramitarse de manera más breve y rápida que el proceso de conocimiento ordinario, sin que ello sea óbice para un exhaustivo y total conocimiento de la causa y que **la sentencia que se dicte tenga eficacia de cosa juzgada material...***” agregando más adelante: “*El proceso de conocimiento sumario es un proceso rápido, de conocimiento exhaustivo y completo, de acuerdo con la naturaleza de la materia controvertida, **que es decidida de manera***

definitiva” (“Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, Tomo II, 5ª edición, págs. 1199 y 1200).

Se concluye entonces que en juicios de filiación, contestación o desconocimiento de filiación, las disposiciones del artículo 167 del Código de la Niñez y la Adolescencia no son aplicables, porque este tipo de juicios se rigen por las reglas del proceso de conocimiento sumario, cuyas sentencias tienen carácter definitivo y hacen cosa juzgada material.

Aplicando este criterio al caso particular, tenemos que en el supuesto de que el juicio iniciado por el **padre biológico** se hubiera desarrollado normalmente, respetando las reglas del debido proceso y dando participación a la madre y al niño, no hay duda que la sentencia establecería el derecho de las partes de un modo definitivo, dando seguridad a todas las partes y al niño en especial respecto de su verdadera identidad.

ERRORES DE CRITERIO EN LAS SENTENCIAS ANULADAS

EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

Dejando de lado la falta de integración de la relación procesal y examinando únicamente las pruebas producidas, se advierte que en ambas instancias, los jueces omitieron hacer una valoración de las mismas. La circunstancia de que el “padre legal” del niño reconociera el derecho de la otra parte y se allanara a la demanda, debería constituir en cualquier juicio, un elemento de convicción determinante para decidir sobre el litigio, con mayor razón cuando la prueba de ADN demostraba quien era el padre de la criatura. La circunstancia de que existan normas de orden público que impidan renunciar a la filiación de un hijo, no significa que el demandado no pueda allanarse a la demanda reconociendo como cierta la paternidad alegada, en base a la prueba de ADN, facilitando la tarea del juez y evitando litigios innecesarios y traumáticos para el niño y las partes involucradas. En cualquier caso, el allanamiento del demandado era una prueba esencial que no podía dejar de ser valorada en la sentencia, por lo que su omisión implica la violación de las reglas del debido proceso, que obligan al Juez a considerar objetivamente las pruebas arrimadas al expediente.

En cuanto a la prueba de ADN, todo comentario huelga, porque el rigor

científico y la casi absoluta certeza que resulta de ella⁴, hace indispensable su valoración al momento de dictar una sentencia de filiación, atendiendo el carácter preferencial⁵ que le otorga el Código de la Niñez y Adolescencia. Por consiguiente, su falta de valoración en la sentencia constituye un acto de arbitrariedad, que da pie al pedido de inconstitucionalidad, en la medida que el juzgador se aparta de las constancias del expediente.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y LA CONSTITUCIÓN

En el caso particular, existe una aparente colisión entre la regla constitucional del artículo 53, que posibilita la investigación de la paternidad, y las disposiciones del Código Civil especialmente en los artículos 237, 238 y 239, que señalan que solo al marido compete la acción de desconocimiento de la paternidad.

Esta circunstancia permite, tanto al Juzgado como al Tribunal de Apelaciones, remitir los autos a la Corte Suprema de Justicia, atendiendo la disposición contenida en el artículo 18 inciso “a” del C.P.C, que dice: “*Los jueces y Tribunales podrán, aún sin requerimiento de parte :a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución (actual 260), siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a las reglas constitucionales*”.

La utilización oportuna de este mecanismo procesal hubiera evitado la inútil pérdida de tiempo que ha significado este juicio que comenzó hace más de cuatro años, permitiendo además que la Corte Suprema se expida sobre la inaplicabilidad de los artículos 237, 238 y 239 del Código Civil, lo que redundaría en una mejor protección de los intereses del niño, al crear un precedente judicial y dar previsibilidad a la interpretación de la ley en esta materia.

-
4. El avance de las técnicas genéticas permitió incorporar las pruebas biológicas en las acciones de filiación, fundamentalmente por la elevada exactitud probatoria que alcanzan (Conf. Lloveras, Nora. *Patria potestad y filiación*. Depalma. Buenos Aires, 1986, comentario a los artículos 240 y ss)
 5. Art. 184 – 1er párrafo del Código de la niñez y la adolescencia: “*La prueba pericial de sangre de ADN u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas **preferencialmente***”.

OBLIGACIÓN DE DIFERIR

Desde otra perspectiva, y **en la hipótesis que la demanda hubiera sido integrada correctamente**, el Juzgado tenía la obligación de diferir el pronunciamiento sobre las excepciones para el momento de dictar la sentencia definitiva, atendiendo que la falta de acción no era manifiesta al existir la necesidad de una probanza ulterior, esto es, la realización de la prueba de ADN. De haber actuado así, la sentencia final debería necesariamente tomar en cuenta el allanamiento del demandado y la prueba pericial de ADN, y referirse a las mismas en la sentencia.

PRESCRIPCIÓN

Corresponde también señalar que el Juzgado no se pronunció sobre la excepción de prescripción, lo que constituye una causal de nulidad de la resolución, de conformidad con el artículo 15 inciso “d” del CPC. No obstante, no hay constancias de que las partes hayan solicitado un pronunciamiento del Juzgado por vía de aclaratoria o se haya atacado de nulidad la sentencia de Primera Instancia por ese vicio, lo que relativiza el efecto del error judicial, porque las partes consintieron la omisión. En cualquier caso, el Tribunal de Apelación estaba obligado a examinar de oficio la sentencia a través del recurso de nulidad, pero no lo hizo limitándose a confirmar la sentencia del A-quo.

EL PLAZO PARA IMPUGNAR LA FILIACIÓN

Una cuestión que está ligada con la excepción de prescripción es el plazo para impugnar la paternidad, que en nuestro Código Civil es de sesenta días de conocido el hecho del parto.

Las soluciones de las legislaciones podrían agruparse del siguiente modo:

a) Legislaciones que declaran imprescriptible y no caducable, cualquiera sea el legitimado. Ej.: Brasil.

b) Legislaciones que distinguen según el legitimado. Ej.: Costa Rica, La Ley francesa, española, Argentina, Uruguay⁶.

6. Carlucci, Aida K. de. *El tiempo, algunos plazos procesales y sustanciales en derecho de familia y su controvertida constitucionalidad*. Material entregado en el IX Curso Intensivo de Post Grado, Buenos Aires, Año 2008.

En la mayoría de las legislaciones vigentes, se establece un plazo de prescripción relativamente corto, que va desde un mes hasta el máximo de dos años, lo que ha sido criticado por sectores de la doctrina, que consideran que con ello se obstaculiza la búsqueda de la “verdad real”, en aquellos casos en que el padre haya tomado conocimiento de hechos que le induzcan a dudar de la verdad biológica.

En ESPAÑA buscando morigerar la regla, el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia N° 1140 del 3 de diciembre del 2002, ha interpretado que el plazo para impugnar la paternidad comienza a correr desde el conocimiento del padre de la “verdad biológica” y no desde la inscripción registral del nacimiento, dejando sin efecto el artículo 136 del Código Civil, fundado en que dicha disposición no guarda proporción con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

En COLOMBIA, la Corte Suprema ha declarado que: *“Para la Corte la fijación de un término breve (para la impugnación de la filiación) no es **per se** inconstitucional. Debe ser estudiado el fin que se persigue y los otros elementos normativos, a la luz del Derecho sustancial, para definir si resulta o no razonable, proporcional y adecuado para el propósito de asegurar el efectivo acceso a la administración de justicia y las garantías constitucionales”*.

En nuestro país, no existe un pronunciamiento de la Corte sobre el punto específico, pero sí un fallo del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia (A.I. N° 415 del 20/XII/06) señala que el plazo de prescripción de 60 días es una norma legal vigente que debe ser aplicada por el Tribunal, sin que ello signifique excluir ni negar el derecho de investigar su filiación que le corresponde al hijo.

CUESTIONES VINCULADAS CON EL DERECHO DE FONDO

LAS NORMAS VIGENTES Y EL AVANCE CIENTÍFICO

En materia de filiación se ha producido un cambio profundo en las ideas predominantes en los últimos 20 años, como consecuencia de los avances científicos en materia genética, que permiten conocer con una certeza casi absoluta, si una persona es hija de otra, a través de la prueba del ADN. Nuestro país no ha estado ajeno a estos progresos y ha incorporado en su legislación positiva, el

derecho del niño a investigar su filiación, facultad que fue consagrada en la Constitución de 1992, ratificando las disposiciones de la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño (Ley N° 57/90), y sancionando posteriormente el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 1680/01).

En consonancia con este marco jurídico, los Tribunales de la jurisdicción han venido aplicando en forma pacífica el axioma del interés superior del niño en caso de conflictos, tomando en consideración la prueba de ADN para el dictamiento de sus fallos, aun cuando en algunos casos aislados, se hayan suscitado interpretaciones diferentes respecto a su alcance.

EL CAMBIO DE IDENTIDAD Y EL DERECHO DEL MENOR

En el presente caso de impugnación de paternidad, los jueces de la jurisdicción de la niñez y adolescencia no tomaron en cuenta que el niño tiene derecho a ser oído en todo procedimiento judicial, debiendo ser tenido en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez. En otras palabras, el niño de acuerdo a su edad y grado de madurez debió ser informado y consultado (Art. 12, Convención Internacional de los Derechos del Niño).

En el mismo sentido el artículo 92 párrafo 2° del Código de la niñez y la adolescencia dispone: “*en todos los casos de conflicto, el juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo*”.

Atendiendo que eventualmente pudiera no estar conforme en cambiar su apellido paterno y con ello su identidad. Esta posibilidad no es solo teórica, sino también de orden práctico, puesto que un adolescente, que vive dentro del seno de una familia y es conocido con un apellido determinado, no puede ser obligado a cambiar de identidad, salvo que expresamente lo consienta, debiendo el juzgado, escuchar previamente el parecer del afectado, antes de tomar una decisión, siempre en consonancia con el principio del interés superior del niño.

LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD POR UN TERCERO

La posibilidad de investigación de la paternidad por parte de un tercero es también otro tema controvertido.

Por un lado, el artículo 53 de la CN señala que: “*Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad...*”, de lo que se

deduce que existe un **derecho del hijo para investigar la paternidad**, que se halla en armonía con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 18), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Arts. 7° y 8°) y el Código Civil (Art. 234), que establecen ese derecho como imprescriptible e irrenunciable.

Por otro lado, el Código Civil admite igualmente el **derecho del marido para impugnar o desconocer la paternidad de un hijo** (Arts. 236, 237 y 239), indicando que ese derecho prescribe a los 60 días de conocido el parto.

Asimismo, el artículo 240 del mismo Código establece la facultad de impugnar en favor de toda persona que se considere con derecho para hacerlo, al señalar: “*La filiación... podrá ser impugnada por el padre o la madre o por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que alegare parto supuesto, substitución del hijo, o no ser la mujer del hijo que pasa por suyo*”.

Sobre el punto, entendemos que la aplicación de ésta última norma está supeditada a los casos de error o fraude en relación a la inscripción de una filiación, por aplicación del artículo 243 del Código Civil, que establece además un plazo de impugnación de 60 días de conocido el fraude o error, lo que nos lleva a concluir que, fuera de las causas taxativamente señaladas en el artículo 240 del Código Civil, no hay posibilidad de que un tercero pueda impugnar la filiación del hijo nacido dentro de un matrimonio, independientemente del derecho del menor a investigar su filiación.

En el caso particular, la sentencia dictada por la Sala Constitucional, no tuvo en cuenta que el actor era un tercero ajeno al matrimonio, que no tenía legitimación para impugnar la filiación de hijos nacidos dentro de esa unión, salvo que alegare las causales especificadas en el artículo 240 del CC. Tampoco la Sala tomó en cuenta que el derecho a investigar su filiación no fue ejercido ni solicitada por el menor o su representante legal, por lo que ningún órgano del Poder Judicial podía arrogarse la potestad de investigar esa filiación de oficio, y mucho menos declararla, atendiendo que no existía un pedido concreto al respecto, lo que lleva a la conclusión de que la sentencia N° 156 del 29 de marzo del 2007, aun cuando haya sido dictada con la mayor buena fe, dista mucho de constituir un ejemplo de la mejor aplicación del principio del interés superior del niño.

PROPUESTAS DE MODIFICACIONES

1. Nuestro Código Civil establece en el artículo 227 la presunción *iure et de iure* de que los hijos nacidos dentro del segundo matrimonio pero antes de haber transcurrido trescientos días de la disolución o anulación del primero, son hijos concebidos en el primer matrimonio. Igualmente en el artículo 228 del mismo Código, la ley presume, sin admitir prueba en contra, que son hijos del segundo matrimonio aquellos nacidos después de 180 días de celebrado dicho matrimonio, aunque no hayan transcurrido los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primero. Estas presunciones legales, que no pueden ser refutadas por imperio de la ley, resultan inadecuadas en las actuales circunstancias, atendiendo que la nueva Constitución de 1992, establece el derecho de los hijos a investigar la paternidad sin límites, lo que modifica tácitamente las normas del Código Civil en la materia.

Por ello, proponemos la eliminación de la presunción “*iure et de iure*” establecida en el último párrafo del artículo 228 del Código Civil, para sustituirla por la siguiente redacción:

Artículo 228: *“Se presumirá concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque éste dentro de los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primero. La presunción establecida en este artículo y el precedente admite prueba en contrario”.*

2. Por otra parte, y como consecuencia del principio sentado por el artículo 53 de la CN –en cuanto permite la investigación de la filiación– debería modificarse también las disposiciones del artículo 234 del C.Civil (último párrafo) que impide la investigación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiera nacido antes del matrimonio.

Aun cuando asumamos la buena intención del legislador de proteger la honra de la esposa, la norma constitucional del artículo 53 tiene prelación sobre la regla del Código Civil, y además concuerda con el principio del interés superior del niño que autoriza a llevar a cabo la investigación de sus orígenes, a condición de que la acción solo pueda ser intentada por el supuesto hijo.

En cuanto a la prueba de posesión de estado, que el artículo 234 del C.Civil requiere como condición para ejercer la acción de reconocimiento de filiación cuando los padres han fallecido, la sanción de la nueva Constitución ha venido

a cambiar las reglas al permitir la investigación de la filiación por parte del niño sin límite de tiempo. En ese sentido los requisitos de “nomen, tractatus y fama”, que establece el artículo 235 del Código Civil, tienen actualmente una utilidad relativa, dado que el parentesco del niño con los fallecidos puede ser demostrado a través de la prueba de ADN con una certeza casi absoluta. No obstante existen casos en que no resulta posible obtener el ADN por haber desaparecido la persona o haberse cremado el cuerpo, lo que hace necesario recurrir a estas viejas presunciones legales. Por ello se propone la siguiente modificación para el artículo 234 del Código Civil:

Artículo 234. “Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. La investigación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada solo es admisible, cuando sea promovida por el supuesto hijo”.

CONCLUSIÓN

Entendemos que la posibilidad de investigar la paternidad de un menor, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, debe ser interpretado como un derecho exclusivo del menor, no extensivo a terceros, especialmente cuando el menor en cuestión, se halla inscripto como hijo de un matrimonio, porque existe un posible daño moral y psicológico que afecta tanto al niño, como a su familia y a la sociedad en su conjunto. No debe olvidarse que la propia Constitución señala en su artículo 49 que: “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y garantizará su protección integral. Esta incluye la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores o descendientes”. De ahí que los derechos individuales de un padre (que no es el marido) para conocer si el niño es hijo suyo, deban ceder ante el interés superior colectivo de proteger a la familia como núcleo central de la sociedad, sin perjuicio del derecho del menor a investigar su filiación.