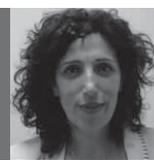




## La reforma del Código Civil y su impacto en los Derechos de la Infancia: La capacidad jurídica en el eje del debate

*Por Laura Musa*

Abogada, UBA. Asesora  
General Tutelar del Ministerio Público de la  
Ciudad de Buenos Aires.  
[agt@jusbaire.gov.ar](mailto:agt@jusbaire.gov.ar)



*"Así, cuando la familia no lleva el sagrado deber que le incumbe, el Estado tiene el ineludible derecho de ejercer su intervención para arrancar a ese padre indigno el hijo que corrompe y pervierte"*

Dr. Avellaneda, debate de la Ley N° 10.903 el 28 de agosto de 1919 (vigente hasta el año 2005)

*"466. Ideas nuevas en la casa vieja: El convulsionamiento de las ideas no es seguido inmediatamente por el convulsionamiento de las instituciones, sino que las ideas nuevas habitan largo tiempo en la casa de sus predecesores, que se ha hecho desolada e incómoda, y la conservan aún por falta de alojamiento"*

Friedrich Nietzsche, Humano Demasiado Humano, 1878.

Es una visión compartida por un conjunto de organizaciones y especialistas en derechos humanos, que desde la conquista de la democracia y en especial durante la última década, se ha avanzado de manera positiva en reformas legislativas que gozando de casi un siglo de vigencia se encontraban impregnadas de un criterio tutelar que permitía la penetración indebida del Estado en la vida de las personas.

La ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 (2005), abrió un camino en el reconocimiento de derechos y capacidades de las personas menores de edad, pero también señaló la necesidad de cambiar la concepción de la política social, como acciones positivas del Estado destinadas a superar situaciones graves de exclusión

y desigualdad estructural de vastos sectores de la población<sup>1</sup>.

La sanción de esta ley, que reconoce a todo el universo de niños como sujetos activos de derechos y consecuentemente con capacidad de ejercicio, y que crea el sistema de protección para la infancia, inauguró una etapa de producción de leyes con enfoque de derechos que fueron despojando el clásico criterio asistencial y, delinearon los trazos para la construcción del sistema de protección social para todos los ciudadanos basados en los nuevos paradigmas y en los estándares internacionales de derechos humanos, muchos ratificados como leyes en el Congreso Nacional.

En ese sentido, se sancionaron normas con un sensible impacto en la vida de la ciudadanía, como la ley de violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que se desarrollan las relaciones interpersonales (2009), la ley de matrimonio igualitario y la ley de Salud Mental (2010). Siguiendo la misma tendencia se enmarca la discusión parlamentaria sobre las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral de las personas con discapacidad que obtuvo media sanción de Diputados (2011) y la reforma de la ley de adopción, instalada en la agenda pública y legislativa a partir del año 2009.

Al respecto y tras el ingreso al Poder Legislativo del proyecto de actualización, reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial, merece realizarse algunas consideraciones.

En principio, cabe recordar que la iniciativa tiene origen hace un año atrás con la conformación de la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación" creada mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191 del 23 febrero de 2011. Entre los fundamentos del decreto se señala la importancia de efectuar la reforma debido a la afectación que ha sufrido el derecho privado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales como por modificaciones normativas muchas de ellas producto de la incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos con la reforma constitucional del año 1994.

En tal sentido se conformó una comisión integrada por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y por la ex integrante de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza Aída Kemelmajer de Carlucci que se propuso en el término de 365 días cumplir su labor para lo cual bajo su supervisión se crearon distintas sub comisiones de trabajo divididas en las diferentes especialidades del derecho civil y comercial. Esta comisión entregó un pre proyecto de reforma que tras una revisión del Poder Ejecutivo se ingresó formalmente al

Congreso Nacional. A partir de ese momento, se constituyó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, abriendo un proceso de audiencias públicas en diferentes regiones del país con el objeto de recibir aportes y críticas al proyecto.

### **Sobre el piso mínimo de derechos que debería cumplir la reforma.**

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) - CDN - piso mínimo para garantizar los derechos humanos de la niñez y adolescencia - ha traído una nueva concepción de la infancia, como sujetos de derechos, y de este modo, ha regulado mecanismos de autonomía progresiva para su ejercicio pleno, reconociendo a los niños como sujetos activos de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de su autonomía para el pleno ejercicio de los mismos, aspectos tomados y reforzados por la Ley Nacional de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Asimismo, junto con la capacidad progresiva, otros principios son incorporados como son la participación, el derecho a ser oído y a que esa opinión sea tenida en cuenta, el derecho a defensa técnica y el derecho a la convivencia familiar.

En este sentido en el proyecto de reforma existe una intención de receptor los principios del nuevo paradigma incorporados en la Convención como en la normativa nacional. Sin embargo, al introducirse en el articulado se verifica una heterogeneidad que presenta avances pero paradójicamente retrocesos, incluso contradiciendo o restringiendo el alcance de los artículos de la ley 26.061 (Ley Nacional de Derechos de la infancia-adolescencia).

### **Autonomía progresiva versus incapacidad**

En el marco del nuevo paradigma de protección integral de derechos, las personas menores de edad son consideradas sujetos de derechos y ya no objetos de protección o incapaces. En este sentido, es el concepto de autonomía el que debe primar y no una edad cronológica que fije a priori la capacidad/incapacidad para decidir sobre los actos en los que se verá involucrado el niño, niña o adolescente. En este punto, a lo largo del proyecto se aprecia un criterio mixto entre capacidad progresiva según el discernimiento real del niño en el caso concreto y un sistema de presunciones de capacidad, establecidas a edades prefijadas. Así, por ejemplo el artículo 26 establece los 13 años para consentir tratamientos médicos no invasivos, pero para tratamientos invasivos establece la edad de 16 años (ejemplo un tratamiento quirúrgico para la interrupción de un embarazo). Es decir para actos civiles trascendentes el límite parece no estar a los 13 años. Por otra parte, en otras de sus disposiciones para actos de suma importancia, como consentir la adopción, se establecen la edad de 10 años pero se es parte en proceso de adopción solo si se tiene edad o grado de madurez.

1. Abramovich, Víctor, Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. Artículo elaborado sobre la base TP del documento "Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina", presentado en el seminario: "Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo", organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004.

La lógica de excepciones a la incapacidad determinadas por el grado de desarrollo del niño o fijadas a una edad determinada se mantiene a lo largo de todo el articulado del proyecto. Así, la noción de capacidad progresiva se emplea en el artículo 64 para permitirle al niño con grado de madurez suficiente solicitar la adición del apellido de su otro progenitor. Por su parte, en el artículo 66 al permitirles a los chicos con madurez suficiente cuyo nacimiento no fue inscripto solicitar la inscripción del apellido que usan. A su vez, se vuelve a recurrir a la noción de capacidad progresiva cuando se regula la tutela dativa, estableciendo, en el artículo 117, que el tutor es el representante legal del niño en todos los asuntos patrimoniales, sin perjuicio del derecho del niño de actuar por sí según se le reconozca capacidad progresiva.

Nuevamente, en artículo 679, para iniciar una acción contra sus progenitores se recurre al criterio de madurez suficiente. En concreto, de acuerdo al artículo 661, recurre el proyecto a la noción de capacidad progresiva para habilitar a los hijos a reclamar alimentos a sus padres. También recurre a la noción de capacidad progresiva para designar abogado en el progreso de preadopción y adopción (artículos 608 y 617).

En cuanto a conflicto entre los padres y el niño sobre un tratamiento médico, se retoma el concepto de "interés superior del niño", noción que ha sido particularmente funcional para la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo el sistema de patronato. Además de ello, genera incertidumbre sobre el acceso al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes cuando exista conflicto entre las posiciones de los progenitores.

## Abogado del Niño

El mismo artículo 26 en una redacción poco clara parece condicionar el derecho de defensa técnica a la edad y grado de madurez suficiente del niño. Se establece que en caso de conflicto de intereses con los representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. Al respecto, corresponde mencionar que, como primer punto, se limita a reconocer la figura del abogado del niño sólo a casos de conflicto de intereses con los padres, lo que constituye una contradicción con la normativa internacional y nacional que consagran la figura del abogado del niño con extensión a todos los supuestos en que se encuentren en juego sus derechos. Asimismo, en el proceso de adopción se limita a reconocer el patrocinio jurídico en función de la edad y grado de madurez.

Por lo tanto el artículo 27 de la ley 26.061, reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño es quien tiene que guiar el articulado del Código.

Por otra parte, el proyecto no innova en nada de la figura del tutor *ad litem*, ya contemplada en el artículo 397 del Código Civil. Al respecto, hay que señalar que el tutor *ad-litem* representa el interés superior del niño según la mirada adulta, mientras que el abogado de confianza representa el interés particular de su patrocinado, según la mirada del propio niño.

## Responsabilidad parental

En términos generales, el proyecto es respetuoso de los cánones y principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto se ve traducido en varios aspectos, así se ha suprimido el término "patria potestad", que remite al poder del jefe de familia, sobre la persona y bienes de su familia, locución que desconoce la autonomía progresiva de los hijos. Además de Patria Potestad, desaparecen otros términos impropios a una concepción del niño como sujeto pleno de derechos, tales como "tenencia" y régimen de visitas".

Por el contrario, se considera regresivo el artículo 642 del proyecto de reforma, ya que suprime la facultad del juez de oír al niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta que un desacuerdo entre progenitores lo afecta de forma directa. A *contrario sensu*, debiera mantenerse como un deber del juez de oír al niño (y como contrapartida el derecho del niño a ser escuchado) y no como una simple facultad de aquél. Más aún cuando la propia Convención sobre los derechos del niño, garantiza el derecho a ser escuchado (conforme artículo 12 y ctes. CDN).

En torno al artículo 645 resulta discordante con el espíritu de la CDN requerir la autorización de ambos progenitores para estar en juicio, cuando se trata de un derecho, participar en todos aquellos asuntos que afecten sus intereses.

Con respecto al artículo 657, sobre el otorgamiento de la guarda a un tercero, señala que en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por el plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. Este artículo nos remonta al paradigma de la denominada "situación irregular", superado por la CDN. En este sentido, se desconoce la normativa vigente que establece expresamente la excepcionalidad de la separación del niño, niña o adolescente de su medio familiar, medida que debe ser adoptada por el organismo administrativo de protección de derechos y nunca por decisión del juez (artículo 9 CDN).

## Adopción

El proyecto elimina el supuesto de abandono moral y material para la declaración del estado de adoptabilidad, noción residual de la ley de patronato. También, se incorpora en el expediente la constancia expresa de dar a conocer el origen del niño, niña o adolescente adoptado por parte de la familia adoptante.

Sin embargo, vulnerando el derecho a la defensa, la familia de origen es parte en la declaración de estado de adoptabilidad pero no en el juicio de adopción. Tampoco es parte en el juicio de guarda, lo que implica retroceder a la ley de adopción vigente. En el artículo 617 sería de vital importancia incorporar como parte al grupo familiar de origen a fin de que pueda solicitar si lo desea que la adopción

sea de carácter simple o bien que se mantengan vínculos.

El niño, niña o adolescente puede acceder al expediente y conocer sus orígenes, pero para contar con un abogado y ser parte en el proceso de adopción, se establece la regla de edad y grado de madurez a ser evaluado por el juez, retrocediendo en los términos de la ley 26.061 y volviendo a la discrecionalidad que ostentaba el juez de menores. Por otro lado, se establecen los 10 años de edad para consentir la adopción y 13 años para iniciar una acción con asistencia letrada para conocer los orígenes.

La redacción del artículo 611 resulta poco clara, ya que se prohíbe la entrega directa pero deja abierto algunos interrogantes, desde que prevé la excepcionalidad si la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo. Sería conveniente prohibir expresamente la entrega de niños por escritura pública, documento privado, acto administrativo o guarda de hecho, evitando canales por los cuales se filtran adopciones irregulares provenientes de la venta o el tráfico. Asimismo, la prohibición de la entrega directa iría en sentido del instituto legal de registro único de adoptantes.

Con respecto a los tipos de adopción se mantiene la adopción plena y la adopción simple y se incorpora la integrativa. Por otro lado, se reconoce la posibilidad de conversión de la adopción simple en plena. En cuanto a la adopción plena, que continúa extinguiendo los vínculos jurídicos con la familia de origen permite que subsistan vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia y, con respecto a la adopción simple, permite crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia adoptante. Quizás se podría avanzar más en la reforma y no desagregar en tipos de adopción, manteniendo un solo régimen en virtud de garantizar los derechos del niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad. Si bien el proyecto buscó menuejar los efectos de la adopción plena y fortalecer los de la simple en resguardo del derecho a la identidad, el artículo 621 otorga esta facultad a la autoridad judicial decidiendo un tipo o el otro "*según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño*". Circunstancia agravada con el hecho de que la familia de origen no es parte en el juicio de adopción. En tiempos de discusión sobre las formas tradicionales de familias y las relaciones entre sus diferentes miembros, es propicio pensar en un solo tipo de adopción que le brinde al adoptante: la titularidad y el ejercicio de la patria potestad (o responsabilidad parental) pero sin que vaya aquello en perjuicio de dejar que el niño continúe en el presente o en futuro manteniendo vínculos con su grupo familiar de origen. De esta manera, con un régimen único se estaría por un lado, rompiendo el doble estándar que hoy rige en materia de adopción donde se debe optar por la adopción "plena" o la menos valorada adopción "simple", promoviendo así una forma única de adopción que le sume vínculos y afectos al niño y no una forma restringida y artificial contemplado por el vigente doble régimen.

## Democracia y derechos de la infancia

Todos aquellos que se han formado en el campo de los derechos humanos de la infancia recordarán a Alessandro Baratta cuando en su texto *Infancia y Democracia*<sup>2</sup> escribe que la historia de la democracia es la historia de las luchas por la inclusión de aquellos sectores que no ejercen los derechos que tiene el resto. Es una historia que muestra la exclusión más que la inclusión, porque como bien señala, el pacto social original era con los hombres, con los varones, con los propietarios, los blancos, y quedaban afuera las mujeres, los pobres y, entre otros, los niños.

Relata Baratta que en esta última etapa decisiva de las luchas de la democracia, se establece el análisis del pacto social creador de las democracias modernas. Y en el pacto social precisamente se dan algunas características que respecto de los menores de edad son especiales y distintas al resto. Los menores de edad son destinatarios de las políticas pero no las integran; no la integran de hecho ni de derecho, porque hay una concepción generalizada de que no tienen los mismos derechos que los adultos.

La segunda anomalía o distinción es que cuando se plantean cuestiones relativas a esta desigualdad, se lo hace en términos desventajosos. Cada vez que se habla de desigualdad no se tiene en cuenta sus diferencias a menos que sea para quitarles derechos o hablar en nombre de ellos.

La tercera reflexión que realiza Baratta es que la lucha por el *empowerment*, por el empoderamiento de todos los sectores que han sido excluidos del pacto social ha sido encarada por los interesados. Por ejemplo, son las mujeres las que han luchado contra los privilegios que podrían tener los hombres, los negros en la lucha con los blancos. Sin embargo, los menores de edad no han sido representantes de sus propias luchas. Por eso la responsabilidad excepcional que tiene en este tratamiento la política y los adultos.

La Convención, desde su aprobación por Naciones Unidas ha modificado el escenario, rompiendo antiguas distinciones entre niños y menores, criterios de un modelo tutelar y represivo que nuestra ley 26.061 desterró al derogar la ley 10.903. En consecuencia, esta reforma es una oportunidad para obtener un Código que ratifique los derechos ya incorporados en nuestra normativa y no consienta ningún retroceso sobre garantías para los menores de edad que ya están incorporadas a la Constitución Nacional. ■

2. Baratta, Alessandro: *Infancia y democracia*. En *Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*, tomo 4, UNICEF, Montevideo, 1999.