



Los derechos de infancia y adolescencia..., Vol. 29, (2016), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

LOS DERECHOS DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: CLAVES PARA ENTENDER UNA NUEVA INTERACCIÓN LEGAL¹

MARISA HERRERA²
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

1. Preludio

1.1 Una reforma más que necesaria, obligada³

Si bien nos encontramos en una etapa posterior en la cual no hace falta fundar las razones por las cuales se debe tener un nuevo cuerpo normativo en el campo del derecho privado; sí nos parece de interés recordar algunas consideraciones generales, básicas y esenciales para que el punto de partida del análisis del tema propuesto sea sólido y elocuente.

¹ La base de este ensayo es un documento de trabajo realizado para el Área de Protección de UNICEF, Argentina, en el marco de una Asesoría técnica realizada durante el año 2014.

² La autora es Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y Universidad de Palermo). Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación en los temas de familia, infancia y adolescencia.

³ Las bases generales de estas ideas están en Herrera, Marisa (2013).

El Código Civil que rige hasta el 31/07/2015 fue elaborado por Dalmasio Vélez Sarsfield y comenzó a estar vigente el 01/01/1871. Si bien ha tenido una gran cantidad de modificaciones parciales, lo cierto es que se han tratado de cambios según las necesidades de los tiempos, sin una mirada integral y sistémica.

Focalizándose en el campo de la infancia y adolescencia, se puede citar la importante reforma en 1985 que introdujo la ley 23.264 en el régimen jurídico de la filiación y la patria potestad, o tiempo más tarde, en 1987, la ley 23.515 de divorcio vincular que se interesó por algunas cuestiones relativas a los hijos, y de manera más reciente en el tiempo, en 1997 cuando la ley 24.779 incorporó la institución de la adopción en el cuerpo del Código Civil ya que desde su ingreso al ordenamiento jurídico nacional (en 1948 al sancionarse la ley 13.252) y hasta ese momento, la adopción estaba regulada en una ley especial o complementaria, es decir, por fuera del Código Civil.

Es sabido que la reforma constitucional de 1994 en la cual se incorporan una gran cantidad de tratados internacionales de derechos humanos en el texto de la Carta Magna (conf. art. 75 inciso 22), ha significado una fuerte –y necesaria- revisión crítica de todo el ordenamiento jurídico nacional a la luz de los principios, propósitos y derechos que protegen estos instrumentos con un alto grado de consenso en la comunidad jurídica internacional. Una de estas herramientas legales que adquiere un rol fundamental en la escena legal dada la jerarquía constitucional que ostenta y su versación, es la Convención sobre los Derechos del Niño. En este contexto, hace tiempo que la doctrina y la jurisprudencia nacional se interrogan acerca de cuál ha sido el impacto de este instrumento y en particular, de sus principios, derechos y postulados que promueve en la legislación civil. En otras palabras, cómo el principio rector del interés superior del niño (art. 3), el principio de autonomía progresiva (art. 5),

el respeto por el derecho a la identidad (art. 7 y 8), el principio de no separación de los niños de sus familias excepto por razones graves y debidamente fundadas (art. 9), el principio de coparentalidad u obligación estatal de respetar el derecho de todo niño a relacionarse con ambos padres (art. 18), por destacar algunos, incide o colocan en crisis un Código Civil que tiene casi 150 años más allá, como hemos dicho, de las modificaciones parciales que a modo de “parches” han permitido que esté vigente durante tanto tiempo, siguiendo en esto a Herrera, Beloff, Deymonnaz, Freedman, y Terragni, (2012; Herrera, Marisa Andrés Gil Domínguez y María Victoria Famá, (2007); Fernández, Silvia E., (2008); Herrera, y Burgués (2010); Pettigiani, (2013); Herrera, (2015).

Afirmación que se debe complementar con las virtudes que se derivan de un sistema de control de constitucional difuso y por lo tanto, que es deber de cada magistrado llevar adelante una revisión constante de las normas infraconstitucionales a la luz del llamado “bloque de la constitucionalidad nacional” que se ha visto considerablemente ampliado al imponer también el correspondiente test de convencionalidad⁴.

La incidencia del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional en lo referido al campo del derecho civil se lo conoce como la “constitucionalización del derecho privado”, siendo éste uno de los “aspectos valorativos” o pilares sobre los cuales se edifica el Código

⁴ Una excelente síntesis sobre todo el desarrollo de esta cuestión central como lo es el test de convencionalidad y su importancia en el ámbito interno, recomendamos compulsar el artículo de Bazán, Víctor, (2015). En esta oportunidad, entre otras conclusiones o “Consideraciones finales” se afirma: “*El control de convencionalidad interno o difuso se presenta como un laudable instrumento para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por acto u omisión ilícitos que redunden en la violación de derechos humanos, ya que se daría respuesta adecuada y ad intra a semejante transgresión sin exponer a aquél a una denuncia ante la Comisión IDH y una eventual demanda ante la Corte IDH*” (Bazán, Víctor, 2015: 56- 57).

Civil y Comercial de la Nación. De manera harto sintética, y tal como se lo explicita en los Fundamentos del Anteproyecto que es el antecedente principal y primario de la nueva legislación civil y comercial, dicha constitucionalización se entiende sobre la base de un cambio de mirada radical, y en este sentido se expone: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” (Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación). Esta es la razón por la cual los primeros dos artículos con los que abre a modo de puntapié inicial la legislación civil y comercial mencionan de manera expresa la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos⁵.

⁵ El art. 1 se refiere a las “Fuentes y aplicación” del Derecho expresándose que “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”. Y el art. 2 sobre interpretación se vincula de manera directa con el articulado anterior afirmándose que “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Así, se pretende alcanzar una coherencia entre el derecho privado y los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia, ámbito íntimamente vinculado con las relaciones de familia que regula el Código Civil y Comercial en su Libro Segundo. Para tal fin, se introducen una gran cantidad de cambios (derogaciones e incorporaciones) de varios de los avances legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios que observa el régimen jurídico argentino en los últimos 25 años desde la Convención sobre los Derechos del Niño que se reafirman en el plano jurídico nacional al sancionarse en el 2005 la ley 26.061. ¿Acaso no es un buen motivo para festejar los 10 años de vigencia de la ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que se cumplen justamente, en el 2015, la existencia de una nueva legislación civil que se ocupa y preocupa por regular gran parte de los aspectos de la vida cotidiana de este grupo social, desde una visión diferente, contemporánea y respetuosa de los avances operados en el campo de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes?.

Destacar y analizar –aunque sea de manera somera- las principales modificaciones que observa el Código Civil y Comercial auspiciados o fundados en el cruce con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es el principal objetivo del presente ensayo.

1.2 Algo sobre el proceso de reforma legislativa civil y comercial

El Código Civil y Comercial es el resultado de un trabajo complejo que insuñó casi cuatro años de incesante labor por parte de diversos actores sociales: en una primera etapa, magistrados y académicos que elaboraron un Anteproyecto de reforma y unificación de los códigos civil y comercial; en una segun-

da etapa, representantes del poder ejecutivo en particular, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; y en un tercer momento, representantes del poder legislativo elegidos especialmente para conformar una comisión bicameral con una fuerte apertura a la sociedad en general a través del sistema de audiencias públicas celebradas en distintos lugares del país. Como consecuencia de este trabajo, se introdujeron algunas modificaciones, varias de redacción o que mejoraron la técnica legislativa para corregir errores involuntarios observados durante todo el procedimiento parlamentario y como consecuencia obvia de las diferentes miradas del cual fue objeto el Anteproyecto y después proyecto de ley; y otras menos sustanciales como lo ha sido la cuestión referida a la responsabilidad civil del Estado que fue materia de regulación propia (ley 26.994) y quitada de la legislación civil y comercial proyectada.

Veamos, esta labor se inicia el 23/02/2011 con el decreto 191/2011 que crea una comisión integrada por tres juristas de reconocida trayectoria en derecho privado para la elaboración de un Anteproyecto en un plazo de un año. Se trata de un trabajo colectivo en el que participaron más de 100 juristas y fue entregado al Poder Ejecutivo en marzo de 2012, introduciéndole algunas modificaciones y presentándolo al Congreso de la Nación en junio de 2012. El Congreso Nacional creó una comisión bicameral integrada por 30 miembros (15 diputados y 15 senadores de los diferentes partidos políticos que integraban en ese momento el Poder Legislativo); en ese marco se realizaron un total de 18 audiencias públicas en distintos lugares del país en las que se presentaron más de mil ponencias sobre los diferentes y variados aspectos que regula el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En la comisión bicameral se presentaron varios dictámenes (de mayoría y minoría) y el 28/11/2013 se aprobó en la Cámara de Senadores y en fecha 1ro de octubre de 2014 en la Cámara de

Diputados. Como se adelantó, el nuevo Código Civil y Comercial comienza a estar vigente el 01/08/2015, por el cual, ha comenzado una etapa de difusión a la sociedad y de capacitación a los operadores para conocer las reformas que se introducen y que en lo relativo a la infancia y adolescencia son varias y de importante tenor, como así también en lo que respecta al campo del derecho de familia en general de incidencia directa en los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sucede que la interacción entre familia, infancia y adolescencia es ineludible. A modo de ejemplo, fácil se advierte cómo la extensión del matrimonio a todas las personas con total independencia de la orientación sexual que introdujo la ley 26.618 en el año 2010 tuvo un fuerte impacto en los derechos de niños y niñas que nacían en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres y todo lo relativo a la filiación, inscripción de nacimiento, apellido, etc.; y así, una gran cantidad de modificaciones en materias que comprometen en principio, a los adultos como lo relativo al matrimonio, divorcio o la regulación de las llamadas “uniones convivenciales” (aquellas parejas que desarrollan un proyecto de vida en común pero no pasan por el registro civil a contraer matrimonio), en definitiva, también repercuten en los derechos de niños, niñas y adolescentes en su rol de hijos y por lo tanto, integrantes de esos grupos familiares.

En esta misma línea, cabe destacar otras tres incorporaciones claves que trae consigo el Código Civil y Comercial como ser: a) la regulación de los derechos y deberes de los “progenitores afines”, es decir, el reconocimiento de las familias ensambladas y consecuente visualización de las parejas de un progenitor como verdadero “referente afectivo” en los términos del art. 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061; b) la ampliación de las fuentes de la filiación a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo que en definitiva, esta regulación beneficia a una gran cantidad de niños que nacen gracias

al desarrollo de la ciencia médica y c) la más elemental y compleja a la vez, como lo es la presencia del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes campeando toda la regulación civil y comercial; que dado su protagonismo se le dedica un especial tratamiento.

Como se puede apreciar, los cambios que trae el Código Civil y Comercial y que impactan de manera directa e indirecta, en materia de infancia y adolescencia, son varios y de muy diferente tenor, entidad y consecuencias prácticas. En este trabajo se sintetizan sólo algunos, los que se entienden que son los principales, centrales o pilares en lo que respecta a la efectiva satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en su faz civil. En otras palabras, se trata de compilar y destacar en un mismo espacio los puntos más sobresalientes del entrecruzamiento entre derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y derecho privado.

2 Los principales cambios en el campo de la niñez y la adolescencia

2.1 El principio de autonomía progresiva como columna vertebral

Como se adelantó, uno de los principios que se desprende de la noción de los niños como sujetos de derechos es el de autonomía progresiva que integra, o es hábil, para esclarecer el principio madre o rector en la materia como lo es el “interés superior del niño” (conf. art. 3 inciso d de la ley 26.061). Así, advertir, entender y reconocer la diferencia entre un niño y un adulto (como así también desde adentro, entre un niño y un adolescente) es clave para desentrañar y resolver los conflictos (jurídicos como no jurídicos) que atañen y comprometen a personas menores de edad. Esto lo señala de manera elocuente la Opinión Consultiva nro. 17 referida a la “Condición Jurídica del Niño” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) de fecha

22/08/2002, que en diferentes párrafos alude a esta importante distinción que, en definitiva, se relaciona con otro principio fundamental en el campo de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como lo es la “especialidad”. Como punto de partida, la Corte IDH en la mencionada Opinión Consultiva recuerda que: *“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002: 57).

En consonancia con ello se afirma que *“...es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002: 60), agregándose que *“... en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002: 61)”. Y que aceptar las diferencias entre un

adulto y un niño no es todo, sino que se debe profundizar el tema al admitir que dentro del vasto campo de la infancia y adolescencia también existen diferencias: *“Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002: 75).

En total consonancia con ello, la ley 26.061 reafirma el principio de autonomía progresiva, el que ingresa al Código Civil y Comercial en varios de sus artículos, auspiciando de puerta de ingreso dos disposiciones generales, básicas y esenciales. Nos referimos al art. 26, referido al ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo de personas menores, y el art. 639 dentro del Título relativo a la “Responsabilidad parental”.

El primero se refiere al “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” y dice: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata*

de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Como se puede observar, esta normativa da un salto cualitativo en materia legislativa desde el ámbito civil en materia de ejercicio de derechos referidos al derecho a la salud. Sucede que ha sido en el campo de la bioética en el cual se ha desarrollado con mayor extensión y profundidad el principio de autonomía progresiva. Tal como surge a nivel nacional de la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud del 2009 y su decreto reglamentario 1089/2012 en lo relativo a la autonomía de la voluntad. En este contexto (conf. art. 2 de ambos instrumentos legales) y en el ámbito local, cabe traer a colación el Decreto 2316/2003 que reglamenta el art. 4 de la ley 153 de la Ciudad de Buenos Aires (ley Básica de Salud) cuyo art. 3 en su última parte expresa: *“Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)”.*

Bajo este manto legal, la regla en el Código Civil y Comercial sigue siendo que los niños, niñas y adolescentes actúan a través de sus representantes legales (conf. primer párrafo). La gran modificación no está en la regla sino en la excepción, es decir, en la amplitud que adquiere durante todo su texto dicha excepción. Sucede que son varios los actos en que el nuevo texto civil y co-

mercial habilita a las personas menores de edad a tener una presencia activa fundada en el principio de autonomía progresiva, es decir, en la facultad de ejercer de manera personal una cantidad de derechos civiles.

¿A qué lógica responde el mantenimiento de la regla del ejercicio por representación? Al principio de realidad entrecruzado con el interés superior del niño en la práctica, en el plano de la efectiva protección, alejándose de “fundamentalismos” que terminarían desprotegiendo a la franja etaria que se pretende proteger⁶.

Imaginemos por un momento qué sucedería o qué interrogantes se derivarían si la regla fuera que todo niño es capaz y por lo tanto, que está facultado para ejercer por sí todos los derechos, excepto aquellos que sean expresamente prohibidos o limitados por la legislación civil. En primer lugar, habría que observar que las prohibiciones o las excepciones a la regla no sean tantas que en definitiva, éstas sean la regla.

En segundo lugar, el contrato educativo con una escuela privada tendría validez si lo firma, en principio, el niño, al igual para asociarse a un club, contratar los servicios de una maestra particular, tomar cursos de idioma, o contratar a un médico para una determinada intervención si es que la obra social o prepaga (que habría elegido y contratado el niño) no lo cubre, por ejemplo. Estos y tantísimos actos más muestran de manera sencilla y elocuente la abierta desprotección y verdadero caos que se derivaría de reconocer como regla la capa-

⁶ Justamente fundado en este argumento, que es necesario llevar adelante una interpretación sistémica y coherente de todo el ordenamiento legal en su integralidad como lo exige el art. 2 del Código Civil y Comercial, lo por lo tanto, por ejemplo, la figura de las directivas anticipadas se habilita recién a las personas plenamente capaces de conformidad con lo dispuesto en el art. 60 del propio texto civil y comercial en total consonancia con la ley especial 26.742. Sucede que este tipo de actos excede el ámbito del cuidado del propio cuerpo, involucrando un grado de desarrollo madurativo mayor para poder comprender lo que implica esgrimir determinadas directivas para supuestos de extrema gravedad que incluso, podrían dar lugar a la muerte de una persona.

cidad de ejercicio de los niños, al confiarles una cantidad de decisiones y responsabilidades que exceden ampliamente la habilidad para tomarlas. ¿Acaso los padres o representantes legales no son los principales cuidadores de sus hijos? ¿Por qué se presume, ab initio y en abstracto, que todo progenitor no puede tomar decisiones beneficiosas para sus hijos y estar facultado para presentarlos?.

Un Código Civil no es un tratado internacional de derechos humanos que puede perfectamente, dejar todo librado a principios generales. Por el contrario, se trata de una ley básica y fundamental que pretende resolver el día a día de la vida de las personas evitando la judicialización, es decir, mediante reglas y pautas más o menos concretas que permitan brindar un marco mínimo de previsibilidad. La edad es una variable –en abstracto- no discriminatoria para alcanzar este objetivo, más allá de que pueda flexibilizarse cuando es interceptado por la noción de madurez. ¿Se podría no decir nada acerca de a qué edad o desde cuándo una persona puede celebrar válidamente el contrato de compraventa? Si fuera según el caso, se estaría incurriendo en un régimen totalmente discrecional, brindándole un fuerte y discrecional poder a los adultos, amén de incurrir en una abierta inseguridad jurídica que no sólo perjudica a los niños y adolescentes, sino a sus propios representantes legales y los terceros que se podrían negar a celebrar algún tipo de acto que involucrara directamente a este grupo social vulnerable ante la carencia de pautas precisas.

Justamente, fundado en los argumentos esgrimidos, el Código Civil y Comercial realiza una triple clasificación etaria según los actos relativos al cuidado del propio cuerpo que estén comprometidos: 1) de 13 a 16 para actos no invasivos; 2) de 13 a 16 para actos invasivos y 3) de 16 en adelante. Los primeros puede ser realizados por el adolescente de manera autónoma y personal (realizar un estudio médico como someterse a un análisis de sangre, solicitar infor-

mación acerca de su salud sexual y reproductiva incluida la provisión de preservativos, etc.). En el segundo supuesto, los adolescentes también intervienen en el acto que se trate pero necesitan contar con el asentimiento de alguno de sus progenitores o representantes legales. En el tercero y último, los adolescentes de más de 16 años son plenamente capaces para todos los actos relativos al propio cuerpo, es decir, se trata de un adulto desde el punto de vista jurídico. De este modo, se introduce una excepción o un caso de mayoría de edad anticipada.

El segundo artículo citado, el 639, explicita los principios sobre los cuales se edifica el régimen de la responsabilidad parental, es decir, el contenido y los límites a la función de los padres siempre en protección y cuidado de los hijos. Ello queda bien establecido cuando en el inciso b) se dice de manera expresa que uno de los principios es *“la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”*. De este modo, se reafirma la idea de que a mayor edad y grado de madurez, disminuye proporcionalmente el protagonismo de los padres dejándole espacio de participación a los hijos, ya sea complementando el acto o incluso, no siendo necesario que éstos presten consentimiento alguno. Este principio tiene impacto directo en la regulación de los derechos y deberes que se derivan de la responsabilidad parental, siendo menor el lugar de los padres cuando los hijos cuentan con mayor edad y grado de madurez.

En este marco de mayor flexibilidad que da cuenta sobre la complejidad que encierran los derechos de niños, niñas y adolescentes según el tipo de acto que se trate (personalísimo o patrimonial); el Código Civil y Comercial observa normativas en las cuales no se establece edad alguna o se reserva el ejercicio de un derecho a partir de cierto momento (la adolescencia) como por ejemplo,

sucede con el derecho al nombre. Así, el art. 66 sobre los casos especiales en materia de apellido dice: “*La persona menor de edad con grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando*”. En esta misma línea, el art. 626 dedicado al apellido en la adopción plena, dispone en el último inciso que “*en todos los casos, si el adoptado cuenta con edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión*”. Como se puede observar, el nuevo Código Civil y Comercial al regular varias instituciones –en especial, cuando comprometen derechos personalísimos- otorga un lugar de relevancia al principio de autonomía progresiva.

2.2 Contenido jurídico del concepto de niño y adolescente

En total consonancia con el principio de autonomía progresiva pero sabiéndose que la edad es un requisito importante para regular el ejercicio de ciertos derechos civiles y brindar a la par, seguridad jurídica, el Código Civil y Comercial en su art. 25 le da contenido jurídico a los términos niño/niña y adolescente, diferenciando uno de otro.

La realidad muestra que el grado de madurez y de mayor autonomía de un niño no es igual al de un adolescente. Por eso, en el nuevo texto legal se clasifica a las personas menores de edad en niños/niñas, aquellas que van desde su nacimiento hasta que cumplen 13 años de edad, y por adolescente, los que se encuentran en la franja etaria entre los 13 y 18 años.

En el Código Civil y Comercial, se reemplaza la noción de “menor adulto” o “púber” que eran considerados aquellos que tenían de 14 años en adelante, por la de adolescente desde los 13 años. Así, el Código Civil y Comercial habilita a los adolescentes a ejercer por sí varios actos a lo largo de su regulación, a lo

cual se le debe adicionar la apertura que surge también al tomarse como parámetro sólo la edad y grado de madurez habilitando a personas que aún no ingresan a la categoría jurídica de adolescente, también pueda ejercer determinados derechos.

2.3 La figura del abogado del niño

La figura del abogado del niño está prevista en el ordenamiento jurídico vigente a partir de su incorporación en el art. 27 de la ley nacional 26.061, en tanto dispone el derecho del niño *“a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”*.

El Código Civil y Comercial no podía eludir ni omitir nuevas figuras que observa el marco legal vigente, por lo tanto lo incorpora de manera general en el mencionado art. 26 y también al regular de manera específica ciertas instituciones o situaciones como ser: la acción autónoma por el adoptado a los fines de conocer los orígenes (art. 596), el actuar en el carácter de parte en el proceso de situación de adoptabilidad (art. 608) como en el de adopción propiamente dicho (art. 617), estar en juicio contra sus progenitores (art. 679), entre otros.

Si bien la figura del abogado del niño constituye una garantía de carácter procesal, también se lo tiene en cuenta en el Código Civil y Comercial al advertir la íntima relación/interacción entre fondo y forma. De este modo, se reconoce el derecho de que los niños concurren a las instancias administrativas o judiciales con asistencia letrada siempre que cuenten con grado y madurez suficiente como para poder elegir un abogado que los represente para el

ejercicio de los derechos que intenta por sí mismo preservar, debiendo concurrir no solo el grado de madurez suficiente del niño, sino también un caso de conflicto con quienes son sus representantes legales, padres o tutores que amerite una asistencia letrada independiente. De esta manera, la reforma habilita de manera precisa que en determinados conflictos donde los hijos tengan intereses contrapuestos con sus progenitores, se pueda intervenir de manera personal con asistencia letrada especializada, siendo competencia local y por lo tanto, excediéndose del marco regulatorio de la legislación civil de fondo responder a varios de los interrogantes que genera esta figura como ser: cómo se lo elije, quién tiene versación para desempeñar ese rol, etc, siguiendo en esto a Chaves Luna, (2013); Granica, y Maggio, (2013); Italiani, (2013); Aleman, (2013); Rodríguez, (2013); Fernández, (2011); Alé, (2012); Tordi y Díaz, (2014).

2.4 El derecho a ser oído en los procesos de familia⁷

Como se ha adelantado, si bien el Código Civil y Comercial regula materia de fondo, lo cierto es que se debe contar con un piso mínimo o reglas básicas de carácter procedimental para que el fondo pueda ser satisfecho en atención a la íntima relación que existe entre fondo y forma.

De este modo, el último Título (el VIII) del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de Familia” se refiere a los “Procesos de familia”. Aquí se explicitan los principios procesales que rigen todos los procesos de familia como ser: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosi-

⁷ Otra temática sobre la cual se ha indagado y profundizado bastante al respecto. Para tener un panorama más general se recomienda compulsar: Herrera, N. (2015); Assef, (2014); Faraoni, y Squizzato, (2014); Capella, (2013); Junyent de Dutari (2013); Famá (2009); Famá y Herrera (2008); Cimadoro- Cárdenas – Montes y Herscovici (2007); Pettigiani, (2013); Pagano (2013); Herrera (2007); Morello de Ramírez (2006).

dad, oralidad y acceso limitado al expediente. Por otra parte, el art. 706 con el que se inaugura este Título agrega: *“a. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”*.

En este contexto, el art. 707 se ocupa de la “Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes”, disponiendo que estas personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad *“tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”*. De este modo, no solo se recepta en el nuevo Código Civil y Comercial la cuestión de la defensa técnica a través de la figura del abogado del niño y la correspondiente actuación con patrocinio letrado propio, sino que también se prevé la defensa material o derecho a ser oído en sentido más preciso.

2.5 De la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”

a) Consideraciones generales

Una de las ideas básicas que están detrás del Código Civil y Comercial es que el lenguaje no es neutro. Así como se reemplaza el término “menores” por el de personas menores de edad o niños, niñas y adolescentes, también se lo hace en el campo de los derechos y obligaciones que se derivan de vínculo entre padres e hijos que hasta ahora se lo llamaba “patria potestad” y la faz material

“tenencia”. Ambos términos hace tiempo que son muy criticados porque responde a la vieja lógica de que el hombre/padre era el dueño de la casa, de la mujer y de los hijos, a quien se le debía respeto en el marco de relaciones de familia verticales y no horizontales o democráticas; y a la par, porque la tenencia es más pertinente para los objetos y no para los sujetos.

Los padres no tienen “potestad” sobre sus hijos como si éstos fueran un objeto, sino que son “responsables” por su crianza, educación y cuidado. En este sentido, la noción que mejor responde a la obligada conceptualización de los niños como sujetos de derechos es el de responsabilidad parental, como así lo hace el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/2003 del Consejo del 27/11/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; o la Commission on European Family law en sus “Principios de derecho europeo de familia relativos a la Responsabilidad parental” cuyo Principio 3.1 se refiere al “Concepto de responsabilidad parental” en el siguiente sentido: «*la responsabilidad parental es el conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprenden en particular: a) el cuidado, la protección y la educación; b) el mantenimiento de relaciones personales; c) la determinación de la residencia; d) la administración de los bienes, y e) la representación legal*” (Consejo Europeo, 2003: 1).

No se trata de cambios meramente terminológicos, sino que éstos van acompañados de modificaciones sustanciales como algunos de los que se sintetizan a continuación.

b) Coparentalidad⁸

⁸ Todo el desarrollo en torno a la noción de coparentalidad se la debe, en gran parte, a las ideas,

Uno de los principales – y obligados- cambios en el ámbito de la responsabilidad parental gira en torno a la noción de “coparentalidad”, es decir, a prever un régimen biparental tras la separación de los padres. Ello responde a dos principios convencionales básicos que se encuentran expresamente receptados en la “Convención sobre los Derechos del Niño” y en la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”. Veamos, el primero en su art. 18.1 expresa: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*. Y el segundo instrumento en su art. 16, inc. 1.d) que *“Los Estados deben asegurar a hombres y mujeres “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial”*. Por lo tanto, el principio de igualdad se impone en lo relativo a las relaciones entre padres e hijos.

Es sabido que el régimen hasta ahora vigente, prioriza a un padre por sobre el otro cuando se trata de parejas de diferente sexo. Es decir, tras la ruptura de la pareja, la ley otorga la tenencia a uno de ellos (por lo general, la madre a quien prefiere para la tenencia de los hijos menores de 5 años), ostentando el otro un

argumentos y afirmaciones que se han esgrimido sobre la noción ya perimida de “tenencia compartida”. Si bien el de coparentalidad es más preciso y acorde con lo que postula el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es interesante analizar cuáles han sido los debates y resistencias que se han esgrimido sobre la “tenencia compartida” en su condición de antecedente directo de la coparentalidad. Para profundizar sobre esta cuestión recomendamos compulsar: Herrera (2014); Grosman (2014); Mizrahi (2014); Molina de Juan (2014); Mizrahi (2014); Carmona Bengualid (2013); Berbere Delgado y Haissiner (2011); González Magaña (2010); Solari (2010); Culaciati (2010); Yarke (1993); Guahnon, Silvia V. (2002); Grosman (1984); Méndez Costa (1990).

lugar secundario o periférico. El Código Civil y Comercial viene a modificar esta regla por imperativo del mencionado principio de igualdad, en tanto el hijo tiene derecho a mantener vínculo o relación con ambos padres tras la ruptura de la unión de pareja –sea matrimonial o no-.

¿Cuál es el sistema que responde a la idea de que la ruptura de los padres impacte lo menos posible en la vida de los hijos? La respuesta es clara: el ejercicio de la responsabilidad y cuidado personal compartido. O sea, que si mientras los padres vivían juntos, ambos llevaban delante de manera indistinta los actos de la vida cotidiana de los hijos, tal modo de vida debe mantenerse después de la ruptura. Ya se ha hablado del valor pedagógico de la ley; pues bien, esa es una de las razones por las cuales la regla es el ejercicio y el cuidado personal compartido; es éste el régimen que mantiene por igual el fortalecimiento y desarrollo del vínculo afectivo con ambos padres. La solución no impide que en algunos supuestos, siempre en el interés superior del niño, los padres acuerden o el juez acuerde el cuidado a uno solo, pero siempre se debe asegurar el debido derecho de comunicación con el otro progenitor.

En esta misma tónica de elaborar el régimen de la responsabilidad parental centrado en el interés de los hijos, el Código Civil y Comercial al regular el denominado “plan de parentalidad”, el que pueden acordar los padres para regular todo lo relativo a los hijos tras la ruptura de la unión, dice que éste puede ser modificado “*en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas*” y además que “*Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación*” (conf. art. 655).

C) El ejercicio de la responsabilidad por padres adolescentes⁹

Otra modificación que introduce el Código Civil y Comercial que entrecruza el principio de autonomía progresiva y la responsabilidad parental, se refiere al rol de los padres menores de edad en la crianza de sus hijos, es decir, al ejercicio de la responsabilidad de los padres adolescentes.

El art. 644 modifica sustancialmente el régimen anterior que colocaba toda la carga en uno de los abuelos, siendo éste quien ejercía la entonces “patria potestad” sobre su nieto, excluyéndose así al padre menor de edad en el plano jurídico, excepto que éste estuviere casado, ya que de ese modo se emancipaba y se entendía que por solo haber contraído matrimonio implicaba la plena capacidad jurídica para ejercer la patria potestad sobre su hijo. Este sistema generó varias críticas. En primer lugar, cabe destacar la abierta discriminación existente entre los hijos de padres adolescentes casados y no casados, ya que sólo los primeros ejercían la patria potestad sobre sus hijos y no los segundos. Además, la confusión o mezcla entre la habilidad matrimonial y la capacidad para educar y criar hijos. ¿Acaso la celebración de un matrimonio por parte de una persona menor de edad lo hace de por sí ser capaz para ejercer la patria potestad sobre su hijo?.

El nuevo Código Civil y Comercial se asienta en cuatro ejes que se entrelazan entre sí: 1) el principio de igualdad de los hijos de padres adolescentes matrimoniales como extramatrimoniales, creando un régimen especial con total independencia de la orientación sexual y estado civil de los progenitores; 2) el

⁹ Para profundizar sobre esta cuestión ver entre otros Highton, Elena I.(2015); Medina, Graciela (2014); Lloveras y Mignon (2014) ; Morlachetti (2012); Ilundain (2012); Chechile (2008); Spaventa (2010); Famá (2009).

principio de autonomía progresiva de los padres adolescentes en todo lo relativo a los actos de la vida cotidiana de los hijos, siendo estos padres adolescentes quienes están facultados en primer lugar, a llevar adelante actos básicos que hacen a la presencia y consolidación del lazo afectivo entre padres e hijos; 3) el principio de doble protección, tanto a los padres adolescentes como a los nietos por parte de los adultos (abuelos) en atención a que aquí existen dos generaciones vulnerables (los padres adolescentes y sus hijos), observando los abuelos un doble rol: a) de control, pudiéndose oponer a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño y b) de intervención, cuando los padres adolescentes omiten realizar las acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo del nieto; y 4) el principio de complementariedad, ya que siendo los padres adolescentes personas menores de edad y en consecuencia, integrantes de un grupo social vulnerable, determinados actos jurídicos de envergadura deben ser prestados por los propios padres adolescentes conjuntamente con el asentimiento de uno de los adultos responsables legales de éstos, como ser la decisión libre e informada de dar en adopción al hijo/nieto, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente los derechos de los más pequeños y por ende, más vulnerables aún ante la falta de edad y madurez.

Este tipo de normativas constituye otra muestra elocuente de cómo los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes no se encuentran signados por la supuesta contradicción o choque entre menores de edad vs. adultos o padres vs. hijos. A la vez, como la legislación civil puede adoptar una postura que respete el principio de autonomía progresiva de los padres menores de edad y, a la vez, los proteja a ellos como a su hijo también menor de edad, colocando en cabeza de los adultos (los abuelos) un lugar de control, supervisión y/o acompañamiento según la situación fáctica que se presente.

d) La derogación de la figura del usufructo

Algunas voces doctrinarias, con acierto, sostuvieron que la figura del usufructo paterno era inconstitucional. Al respecto, Lloveras y Salomón afirman que:

“el Código Civil, con el diseño legislativo del usufructo paterno-materno, y en especial al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y frutos de los bienes que pertenecen al hijo, vulnera la esencia misma del derecho patrimonial del menor. Por lo tanto, sostenemos la inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno porque desconoce las siguientes pautas emanadas del derecho humanitario contenidas en nuestra Carta Magna”. Lloveras y Salomón, 2007: 1117).

Entre los diferentes argumentos que se expone para arribar a esa conclusión se encuentran según lo sostienen con acierto Lloveras y Salomón (2007): a) ignorar que el hijo menor de edad es sujeto titular de derechos, entre ellos, los de carácter patrimonial, y en particular, el derecho de percibir los frutos y rentas de los bienes que componen su patrimonio y que le permitirían acrecentar su capital; b) desconocer que por principio, el hijo es el titular de los bienes a quien le corresponden los frutos y rentas de ellos de conformidad con el derecho de propiedad; c) discriminar a los hijos menores de edad en el paisaje general de los derechos reales, al ver disminuido su patrimonio, en tanto no se incorporan los frutos y rentas de sus bienes que les pertenecen, ingresándolos al patrimonio de otros sujetos que no son los titulares de esos bienes -los pa-

dres-; d) conforme al principio por el cual la responsabilidad parental se ejerce en interés y en beneficio del hijo, no poder ejercer dicha autoridad beneficiándose injustificadamente el padre y la madre con las rentas y frutos que pertenecen al patrimonio de los hijos; e) desde el actual techo ideológico de la Constitución Nacional no se puede justificar las razones por las que el legislador sigue sosteniendo el "desapoderamiento" o "vaciamiento" del patrimonio del menor, a título de usufructo legal, y el correlativo ensanchamiento del patrimonio de los padres; y f) el ejercicio de la responsabilidad parental no viene investido de un carácter lucrativo, por lo cual, no habría razones que estén en la tésis de la institución que los padres pueden acrecentar sus patrimonios con el producido de los bienes del hijo.

En síntesis, todos estos argumentos descansan, en mayor o menor medida, en el reconocimiento de los hijos como sujetos de derechos, con individualidad y autonomía, separados de la autoridad de los progenitores.

En este contexto, fácil se advierte y comparte la postura derogatoria que adopta el Código Civil y Comercial respecto a la figura del usufructo paterno y en su lugar, regula la cuestión de la renta de los bienes de los hijos en el siguiente sentido: *“Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez”* (art. 697). Y en el articulado siguiente, como excepción, se permite la utilización de las rentas por parte de los progenitores y sin autorización judicial si éstas tienen por finalidad solventar gastos *“a. de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica; b. de enfermedad del hijo*

y de la persona que haya instituido heredero al hijo; c. de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo”.

De este modo, se puede advertir que el principio de autonomía progresiva y la consideración de los niños como sujetos de derecho no sólo se lo observa en el campo de los derechos personalísimos sino también en el ámbito patrimonial.

2.6 La filiación adoptiva

La institución de la adopción tenía una cuenta pendiente, necesitando de manera urgente un replanteo general y sustancial. Sucede que su normativa ha sido tildada de inconstitucional en varias oportunidades sobre diferentes cuestiones como ser: la imposibilidad jurídica de que una pareja conviviente no casada pueda adoptar en forma conjunta¹⁰; la imposibilidad jurídica de que la adopción plena mantenga vínculo jurídico con algún miembro de la familia de origen (por ejemplo los hermanos)¹¹ y la imposibilidad jurídica de que la adopción de integración pudiera ser de carácter plena y no simple como lo establece el Código Civil vigente hasta el 31/07/2015¹². Además, cabe traer a colación otro hito jurisprudencial como lo es el caso Fornerón y otro contra

¹⁰ Conf. SCBA, 21/03/2012, N., M. D. y otra s/adopción plena, LL, Cita online: AR/JUR/8590/2012; Cámara de Familia de 1a Nominación de Córdoba, G., G. M., 19/11/2010, Citar ABELEDO PERROT Nº: 1/70066784-1; Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 13/04/2010, G., C. B., Cita online LL: 70062562; Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, 09/02/2010, G., P. A. y Otro, LL Cita Online AR/JUR/203/2010.

¹¹ Conf. Juzgado de Familia Nro. 1 de Esquel, 31/03/2014, “E., E. y otro s/ adopción de V., A. F.”, La Ley, Cita Online: AR/JUR/3829/2014; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 11/04/2013, “C., M. M. s/adopción”, LA LEY2013-B, 592; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 05/10/2012, “C., L. S.”, Abeledo Perrot online Nº AP/JUR/4495/2012; Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia Nro. 2, 28/03/2008, “P., J. C. y otro”, Cita Online: 70044640. Compulsar Herrera y De La Torre (2013).

¹² Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 15/05/2014, M., A. y otro s/ adopción, DJ 15/10/2014, 90; Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo, 13/02/2014, M. E. J. s/ adopción simple, DJ 25/06/2014, 18; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 07/06/2013, “G., D. E. s/ adopción plena de la menor A. M.”, Derecho de Familia y de las Personas 2013 (septiembre), p. 7. Compulsar: Rodríguez Iturburu (2013).

Argentina del 27/04/2012 en el que por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expide sobre la adopción señalando algunos principios o máximas que una legislación debe seguir. Por todas estas consideraciones y tantas otras, el régimen jurídico de la adopción debía dar un vuelco de 180 grados.

El art. 594 con el que se inaugura el Título VI dedicado a la adopción se ocupa de conceptualizarla y consigo, de colocar a esta figura en su justo lugar. De este modo, se reafirma que la adopción constituye una institución tendiente a satisfacer el derecho humano de todo niño a vivir en familia. Es decir, que el principio es que todo niño permanezca con su familia y cuando ello no sea posible por diversas razones que nunca pueden ser argumentos fundados en situaciones de pobreza o carencias materiales, la adopción hace su ingreso. En este contexto, el Código Civil y Comercial no protege excesivamente a la familia de origen ni tampoco a la familia adoptiva, sino que el eje está puesto en la protección del niño: en la satisfacción de su derecho humano a vivir en familia.

Por su parte, el art. 595 enumera los principios centrales sobre los cuales se edifica la regulación de la adopción y ellos son: el interés superior del niño; b. el respeto por el derecho a la identidad; c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d. la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e. el derecho a conocer los orígenes; f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Una gran preocupación que receipta e intenta resolver el Código Civil y Comercial se refiere a los tiempos en la adopción. Sucede que los niños forjan su identidad todos los días, incluso como niños en situación intermedia como acontece cuando son separados de su núcleo familiar y tampoco se decide su situación para ingresar a otra familia a través de la figura de la adopción.

Para lograr una buena adopción se necesita saber si, efectivamente, se está ante una situación en la cual esta figura es lo que mejor responde al interés del niño. Es por ello que toda regulación de la adopción debe respetar el lugar y los derechos de los tres protagonistas de un proceso adoptivo: el niño en primer lugar, la familia de origen y la familia adoptiva.

El nuevo código regula dos procesos bien marcados con tiempos y reglas precisas. Un primer proceso para analizar si se trata de una situación de adoptabilidad y que continúa con un proceso en el que los padres o representantes legales del niño participan en el carácter de partes con su correspondiente patrocinio letrado, y que culmina con una declaración judicial en la que el niño pasa a estar en estado de adoptabilidad (declaración de situación de adoptabilidad). Es al regular este proceso que se puede observar la interacción de esta figura con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que regula la ley 26.061 y que profundiza cada ámbito local a través de sus respectivas legislaciones para la puesta en marcha de dicho sistema que gira, entre otras cuestiones, en la creación y funcionamiento de organismos administrativos de protección que el mismo Código Civil y Comercial reconoce y le da su correspondiente espacio en el proceso de situación de adoptabilidad como así también en el proceso de adopción propiamente dicho.

Uno de los principales conflictos que muestra la práctica se sintetiza con el siguiente interrogante: ¿hasta dónde trabajar con la familia de origen sin que

ello implique vulnerar los derechos del niño/a? El nuevo Código Civil y Comercial fija un plazo (90 días prorrogables por otros 90 días más) para que se resuelva la situación del niño: si puede regresar a su núcleo primario o ampliado, o si se encamina hacia la adopción tras seleccionarse pretensos adoptantes de un registro organizado a tal fin y con quién o quiénes el niño debe convivir para crear y fortalecer lazos afectivos por un tiempo máximo de 6 meses y analizar, en concreto, si la adopción sería la institución adecuada para satisfacer el derecho de ese niño a vivir en familia.

Este plazo máximo de 180 días es vital, lo cual implica una manda a los organismos administrativos de protección para realizar una intervención activa y profunda de fortalecimiento al grupo familiar de origen o ampliada; en otras palabras, el Código Civil y Comercial vendría a reafirmar y a la vez presionar, para un trabajo integral para que el niño pueda regresar a su familia o en su defecto, resolverse esta situación de clara vulnerabilidad a través de su inserción en otro núcleo familiar mediante la figura de la adopción.

En el primer proceso de declaración de situación de adoptabilidad, la familia de origen toma un rol principal, además del niño que ello lo es siempre. En cambio, en el proceso de adopción, la centralidad está en el niño y en la familia guardadora pretensa adoptiva. Se entiende que si los padres carecen de un espacio en algún momento del proceso judicial y no son escuchados en sentido amplio, podrían “arrepentirse” estando el niño ya en otra familia con el grave perjuicio que se deriva de esta situación.

Por su parte, el pretense adoptado tiene plena participación en ambos procesos, pudiendo intervenir en el carácter de parte con la correspondiente asistencia letrada si cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

Otra de las modificaciones sustanciales que observa el régimen de la adopción se refiere a la flexibilidad en los tipos de adopción. Si bien se mantiene el doble sistema de adopción simple y plena, se introduce la posibilidad de que el juez de oficio o a petición de parte, pueda otorgar la adopción en forma plena pero manteniendo vínculo con uno o varios miembros de la familia de origen (plena menos plena) o en forma simple pero generando vínculo con algunos familiares de los adoptantes (simple más plena). Por su parte, se regula de manera autónoma la adopción de integración al ser considerada un tipo adoptivo con requisitos y reglas propias, la cual puede ser simple o plena según la situación fáctico- afectiva del niño.

Estas son algunas de las tantas modificaciones que se observan en el campo de la filiación adoptiva y que se puntualizan de manera rápida.

2.5. La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

A) Las TRHA como una tercera causa fuente filial¹³

Como ya se adelantó, otras de las novedades e incorporaciones que trae el nuevo Código Civil y Comercial y que compromete de manera directa los derechos de niños, niñas y adolescentes –en este caso, el derecho a la identidad- se refiere a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como una tercera causa fuente filial con reglas propias.

El régimen vigente de la filiación tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Las prácticas de reproducción humana asistida, en cambio, no tienen ese presupuesto.

¹³ Para ampliar el estudio de esta temática de gran relevancia teórica y práctica, recomendamos compulsar entre tantos otros Herrera y De la Torre (2013); González (2015); Rodríguez (2015); De la Torre (2013); Krasnow (2013); Kemelmajer de Carlucci- Herrera y Lamm (2012); Kemelmajer de Carlucci- Herrera y Lamm (2012); Gil Domínguez (2012).

Por lo tanto, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultan lógicamente aplicables a la filiación que surge porque la ciencia interviene para que esta persona haya nacido. Tampoco son aplicables las reglas de la adopción. El uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) observa tantas especificidades que requieren de un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas especificidades? En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía. Por ejemplo, una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear; por lo tanto, deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada “voluntad procreacional”, es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Los integrantes de este matrimonio serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo, cuestión que se retoma y analiza más adelante.

Por otro lado, las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, lo cual permite que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y su proceso derivado de situaciones de divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.; por esta razón, el Código Civil y Comercial debe regular de manera precisa qué acontece en estos casos que no suceden en la filiación por naturaleza o biológica. En este sentido, el Código Civil y Comercial exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético.

En este contexto, fácil se advierte que la columna vertebral para la determinación de la filiación de los niños nacidos de TRHA es la llamada “vo-

luntad procreacional” debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, con total independencia de quién o quiénes hayan aportado el material genético. Y como consecuencia ineludible de esta voluntad, después de prestada y nacido el niño no se puede impugnar, por lo tanto, las acciones de impugnación están fuera del campo de la filiación derivada de las TRHA.

Regular la determinación filial de los hijos nacidos por TRHA era un imperativo constitucional-convencional, al brindar reglas claras y precisas a todos los niños que nacen por el uso o la ayuda del desarrollo científico. Esta determinación filial se funda en el entrelazamiento entre la voluntad procreacional y su exteriorización: el consentimiento informado, formal y libre.

B) El derecho a la información de los niños nacidos de TRHA con material genético de un tercero¹⁴

Uno de los temas que más debate ha generado dentro el campo de la regulación de la filiación por TRHA y que involucra de manera directa derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, consiste en la satisfacción del derecho de los niños nacidos por TRHA con material genético de un tercero a conocer sus orígenes.

Para poder comprender por qué el Código Civil y Comercial recepta un sistema “equilibrado” o “intermedio”, se debe diferenciar dos facetas¹⁵: 1) in-

¹⁴ Dado el fuerte interés que ha generado esta cuestión en el campo doctrinario, se cuenta con varios trabajos que profundizan este tema. Entre tantos recomendamos compulsar Herrera y Lamm (2014); Ales Uría (2014) Nallar y Arrascaeta (2014); González (2014). Y el fallo de la C. Contencioso administrativo Federal, sala V, “C., E. M. v Otros c. EN-M. Salud s/ amparo Ley 16.986”, 29/04/2014, La Ley, Cita online: AR/JUR/30908/2014.

¹⁵ El Código Civil y Comercial se preocupa de dos vertientes del derecho a conocer los orígenes en el marco de las TRHA con material de un tercero, pero no son las únicas. También está el derecho a saber que se ha nacido de este modo y el derecho al resguardo de toda la información acerca de los orígenes, en particular, todo lo relativo al donante que esto ha

formación no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 2) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite la nueva legislación? Acceder a ambos tipos de información, una de manera amplia o irrestricta, la otra con ciertas restricciones.

La información no identificatoria, se puede solicitar en todo tiempo directamente a pedido del interesado cuando cuenta con edad y grado de madurez al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez, ya que aquí se deben dar ciertos fundamentos que amerite levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor: el que haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres.

Por otra parte, cabe destacar que el Código Civil y Comercial se preocupa de manera expresa de incorporar al legajo de inscripción del nacimiento de estos niños toda la información relativa al donante; es decir, a resguardar toda información para que siempre se pueda saber que esos niños han nacido por TRHA con gametos de un donante.

Por último, cabe destacar una diferencia entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y de los niños nacidos por TRHA con material de donante. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética que aportó un tercero ajeno al proyecto de maternidad/paternidad; en la adopción, en cambio, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mu-

sido materia de interés en el proyecto de ley que ya cuenta con su correspondiente aprobación en la Cámara de Diputados el 12/11/2014 y que aún resta su estudio y aprobación en la cámara restante.

cho más amplio, que involucra la “biografía” de un niño, la historia de lo que sucedió con su familia de origen, si tuvo o no años de institucionalización, qué pasó o cómo vivió todos estos años, ya que los niños forjan su identidad en todo tiempo.

2. Breves palabras de cierre

Las modificaciones que introduce el Código Civil y Comercial en el campo de las relaciones de familia que comprometen de manera directa derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, son varios y de gran envergadura y entidad. Todas ellas responden a un mismo objetivo: reforzar el necesario diálogo entre el derecho público (Derechos Humanos) y privado (los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el derecho civil).

Adecuar la legislación civil a los principios constitucionales-convencionales era una cuenta pendiente en particular, dada las grandes transformaciones acontecidas en el campo de la infancia y adolescencia han sido tantas por fuerza y aplicación de varios principios de derechos humanos como ser: el interés superior del niño, el de autonomía progresiva, el de no separación del niño de su familia salvo por razones graves, el de participación y el correspondiente derecho a ser oído, por citar algunos. Todos estos principios colocaron en crisis la legislación civil y de allí que las modificaciones debían ser varias y gran envergadura.

Por otra parte, cabe destacar que el Código Civil y Comercial no sólo se preocupa por la infancia y adolescencia en su faz individual o condición de sujeto de derechos a quienes les cabe una protección especial, sino también en cuanto miembros de organizaciones familiares cada vez más diversas, plurales

y complejas, por lo cual, era indudable que las tensiones, desafíos y movimientos de cambios serían sustanciales, radicales y profundos.

¿Cómo garantizar la correcta aplicación? Ahora se viene una nueva y fructífera etapa de conocimiento, análisis, estudio y puesta en marcha de esta nueva legislación, siendo clave que todos los operadores jurídicos y no jurídicos que trabajan en el campo de la infancia y adolescencia puedan comprender la lógica que está detrás, que sostiene y fundamenta todas estas modificaciones; como así también, avanzar en las transformaciones institucionales –de índole procesales como organizacionales- para hacer frente a esta nueva legalidad.

Referencias bibliográficas

ALES URÍA, Mercedes (2014): “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, en *LA LEY* 2014-D, 42; Nallar, Florencia de Arrascaeta, Arturo, “Derecho a la identidad vs. derecho al anonimato”, *Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (octubre), 225;

ALÈ, Romina (2012): “El derecho del niño a su defensa técnica”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. IV, Abeledo Perrot, 2012.

ALEMAN, India (2013): “El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. 62, Abeledo Perrot, 2013.

ASSEF, Miriam S. (2014): “El tiempo de los niños: Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas”, en *Doctrina Judicial, La Ley*, 2014, Cita Online: AR/DOC/3371/2014.

BAZÀN, Víctor (2015): “El test de convencionalidad en sede interna como medio para proteger los derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del estado”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2015-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

BERBERE DELGADO, Jorge C. – HAISSINER, Liliana (2011), “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”, en *LA LEY* 2011-D, 1206.

CAPELLA, Lorena S. (2013): “Ver, pensar, sentir... ¿Decir y decidir?”. Reflexiones en torno a la participación del niño, niña, adolescente en los efectos del proceso de divorcio de sus padres”, en *Revista de Derecho de Familia*, nro. 62, Abeledo Perrot, 2013.

CARMONA BENGUALID, Graciela A.(2013): “Tenencia compartida”, en *La Ley*, Cita Online: AP/DOC/288/2013.

CIMADORO, Mirta- CÀRDENAS, Eduardo J.- MONTES, Irene B. y HERSCOVICI, Pedro (2007): “La escucha del niño en el proceso judicial de familia”, en *LA LEY* 2007-B, 1132.

CULACIATI, Martín M. (2010): “El largo camino hacia la coparentalidad (El fin de un matrimonio, mas no el fin de una familia)”, en *La Ley*, Cita online AR/DOC/6071/2010.

CHAVEZ LUNA, Laura S. (2013): “Efectividad de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: exigibilidad de la política pública. Una labor cotidiana del abogado del niño que articula con órganos de aplicación y de ejecución en la conformación de equipos de trabajo interdisciplinario (ETI)”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 191.

CHECHILE, Ana María (2008): "La responsabilidad parental de los padres adolescentes extramatrimoniales", en Grosman, Cecilia (dir.), Herrera, Marisa (compilación), *Familia monoparental*, Buenos Aires: Ed. Universidad.

DE LA TORRE, Natalia (2013): “Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 2013-V, Abeledo Perrot.

FAMÁ, María Victoria (2009): “La "competencia" de los adolescentes para reconocer hijos”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° I, Abeledo Perrot, 2009.

(2009): “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”, en *SJA* 1/7/2009.

FAMÀ, María Victoria y HERRERA, Marisa (2008): "Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina", en

Kielmanovich, Jorge L. y Benavides, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental.

FARAONI, Fabián E.- SQUIZZATO, Susana (2014): “La escucha del niño a la hora de otorgar su guarda o custodia y fijar alimentos a su favor”, en *La Ley Gran Cuyo* 2014 (mayo).

FERNANDEZ, Silvia E. (2008): “Protección integral de los derechos de infancia. Avances y retrocesos de las leyes 26061 y 13298 en materia de derecho a la identidad y de acceso al conocimiento del origen biológico”, en *Lexis-Nexis Buenos Aires*, n° 7 (jul.-2008) p. 736-772.

FERNANDEZ, Susana (2011): “Importancia y justificación del rol del Abogado del Niño”, en *Derecho de Familia y de las Personas* (enero-febrero), La Ley, 2011.

GIL DOMINGUEZ, Andrés, “El derecho a la vida en el Proyecto de Código”, en *LA LEY* 2012-E, 1376.

GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio (2014): “El reconocimiento del derecho a conocer su origen biológico para las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida”, en *Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (julio), 235.

GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio (2010): “¿Interés individual o interés familiar? Un debate acerca del modo en cómo debe dirimirse la tenencia de los hijos luego de producido el divorcio vincular”, en *Derecho de Familia y de las Personas* (junio), La Ley, 2010.

GONZALEZ, Mariana E. (2015): “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”, AR/DOC/1296/2015, en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 27

GRANICA, Adriana- MAGGIO, María T. (2013): “El abogado del niño y la actuación judicial. Cuándo, cómo y dónde...”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. 62, Abeledo Perrot, 2013.

GROSMAN, Cecilia (2014): “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 66, AbeledoPerrot, 2014.

(1984): “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia” LA LEY 1984-B, 806.

GUAHNON, Silvia V. (2002): “La intromisión del Estado en los procesos de familia”, en LA LEY 2002-E, 1005

LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. (2007): “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, JA 2007-IV-1117.

LLOVERAS, Nora- MIGNON, María Belén (2014): “Padres adolescentes y reforma del Código civil: una necesaria revisión del sistema actual a la luz de la perspectiva humanitaria”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 67, Abeledo Perrot, 2014.

HERRERA, Marisa (2013): “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, en *Revista Derecho Privado*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 y ss.

HERRERA, Marisa-BELOFF, Mary-DEYMONNAZ, Virginia-FREEDMAN, Diego, TERRAGNI, Martiniano (2012): “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada”, Buenos Aires: La Ley.

HERRERA, Marisa-BELOFF, Mary-DEYMONNAZ, Virginia-FREEDMAN, Diego, TERRAGNI, Martiniano (2012): “La Convención sobre los Derechos del Niño”, en Walter F. Carnota y Patricio A. Maraniello (direct.) y Guillermina Leontina Sosa (coordinadora), *Tratados de los Tratados Internacionales*, Tomo III, Buenos Aires: La Ley.

HERRERA, Marisa- GIL DOMINGUEZ, Andres y FAMÀ, María Victoria (2007): “Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Comentada. Anotada. Concordada”, Buenos Aires: Ediar.

HERRERA, Marisa y BURGUÈS, Marisol (2010), “Las medidas de protección de derechos en el Sistema de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niños y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires: Cuestiones Procedimentales” en *Temas clave del Sistema de Protección y Promoción Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*, auspiciado por el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, y UNICEF, Buenos Aires, 2010.

HERRERA, Marisa (2015): “De la 10.903 a la 26.061: un arduo camino por recorrer. La tensión especialidad vs “niñología” como debate pendiente”, Capítulo 2 en Guemureman, Silvia (direct.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes. Componentes punitivos, entramados protectorios e historias de vida. Pasado, presente y futuro*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

ITALIANI, María Inés (2013): “El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. 62, Abeledo Perrot, 2013.

PETTIGIANI, Eduardo J. (2013): “¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nro. 62, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013.

RODRIGUEZ, Laura (2011): “La reglamentación de la figura del abogado del niño en la provincia de Buenos Aires. A propósito del proyecto de Ley D-1720-2011 de creación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires de la figura del abogado del niño”, en *Derecho de Familia y de las Personas* (junio), La Ley, 2013.