

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Libro I. Capacidad

La reforma del Código Civil y su impacto en los Derechos de la Infancia

Es una visión compartida por un conjunto importante de organizaciones de Derechos Humanos, que con el advenimiento de la democracia y en especial durante la última década, se ha avanzado y 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 importante 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, entendida ésta como acciones positivas del Estado destinadas a superar situaciones graves de exclusión social y desigualdad estructural de vastos sectores de la población¹.

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 los clásicos criterios tutelares y asistenciales y, delinearón 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 de los cuales fueron 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.

Una característica sumamente interesante en este proceso de reformas es que en mayor o menor medida ha existido un involucramiento de los diversos actores sociales en la discusión y participación de la toma de decisiones. Este no ha sido un factor irrelevante, siendo de vital importancia para el crecimiento de nuestra democracia el garantizar la presencia activa de todos los sectores sociales, en especial aquellos históricamente subordinados para los cuales debiera ser accesible y facilitada la participación en el proceso de construcción de las políticas.

En ese sentido, fue en el ámbito del Congreso Nacional donde se constituyó el espacio prometedor para establecer los consensos básicos elaborados a partir de diversas acciones. Jornadas académicas, seminario, audiencias públicas, y el compromiso de todas las fuerzas políticas, culminaron como mandatos para la Nación y las provincias, y fijaron estándares mínimos garantizados para todos los ciudadanos del país. Piso básico e ineludible si consideramos además que se tratan de leyes de orden público, en las cuales no hubo omisión de incluir procedimientos generales que permitieran homologar las actuaciones de la administración en las diversas instancias gubernamentales implicadas en los sistemas de protección de derechos.

Paradójicamente, en el momento más álgido de deconstrucción social – durante la década del 90- fue donde los actores sociales refugiaron los paradigmas en las reglas de más alto grado²; incorporando así los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional del 94, lo que permitió con mucho esfuerzo mantener la vigencia de la discusión por casi 15 años.

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.

² Acuña y Repetto. Marco de análisis de las políticas sociales, Buenos Aires, mimeo, CEDI, 2001.

Estos pretenciosos enunciados, finalmente fueron la base para lograr acuerdos mínimos en las discusiones parlamentarias y se plasmaron en las legislaciones concretas que lograron avanzar en aspectos más específicos para hacer exigibles los derechos aludidos, que al decir de Abramovich³ comportan no sólo las obligaciones negativas del Estado, sino también todo lo que el Estado debe hacer en materia positiva. Asimismo, otra camada de leyes más recientes en las provincias lograron incorporar incluso cuestiones referentes a procedimientos específicos, detallando mecanismos administrativos y judiciales para favorecer la exigibilidad, independientemente de las dificultades que conlleva la aplicación de leyes que implican tanto complejidad conceptual como reformas institucionales de gran envergadura.

Sabemos que aún resta discutir otras normas, adecuándolas con el enfoque que lo hicieron las leyes pioneras, la sanción de un régimen penal juvenil que derogue el decreto ley de la última dictadura militar, el otorgamiento de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad, la ley de adopción, el seguro nacional de salud, entre otras.

En consecuencia, cualquier modificación que se realice, no debiera desconocer el rol que tiene la tarea legislativa, no sólo por la adecuación particular de cada ley lo que es importante, sino por el objetivo final de alcanzar una reforma integral, es decir organizar un sistema de protección social de derechos con los consensos y leyes logradas en el ámbito del Congreso Nacional. En ese sentido, cualquier retroceso en los avances realizados en materia legislativa reciente, aunque sea por la misma vía y por exiguo que pudiera parecer, sería desandar un camino transitado.

Recordemos que nuestra historia ha tenido una vasta experiencia en la cual el origen de las normas como la toma de decisiones se resolvían fuera del Parlamento - ya sea por medio de normas sancionadas de facto durante los gobiernos militares o por el abuso de los decretos presidenciales de necesidad y urgencia en la década del 90 - , relegando de esa manera las instituciones democráticas.

Nuestro sistema constitucional le reconoce al Poder Ejecutivo la atribución de presentar proyectos en el Congreso Nacional para someterlos a la discusión parlamentaria. En tanto al Poder Legislativo, le corresponde receptadas las propuestas, generar alternativas, o bien promover el debate de las propuestas sobre la base de los acuerdos y modificaciones recientes. Lo que no puede el Poder Legislativo es rehuir al debate democrático propio de su ámbito.

Al respecto y tras el envío del Poder Ejecutivo de un proyecto de reforma y unificación del Código 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 PEN 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.

Antes de iniciar el análisis puntual de cada uno de los temas vinculados al contenido del proyecto y su relación con el cumplimiento de los Derechos Humanos de la Infancia se hace necesario señalar una preocupación que surge de la publicación en algunos medios gráficos de comunicación correspondiente a que la aprobación en el Parlamento comprendería tiempos relativamente breves⁴.

Comprendiendo la complejidad y en consecuencia la coherencia exigida en una reforma pensada de manera integral que dada su magnitud de abrirse al debate podría ponerla en riesgo⁵, aquello no debiera anular la importante participación que tiene el Poder Legislativo en la discusión de la reforma y en este sentido es saludable

³ Abramovich, *Ibid*

⁴ <http://tiempo.infonews.com/2012/03/02/argentina-69019-modernizaran-el-codigo-civil-y-comercial.php>

⁵ <http://www.diariojudicial.com/reportajes/La-resolucion-judicial-no-es-necesariamente-la-mejor-20110629-0012.html>

que se haya anunciado la creación de una comisión bicameral para el estudio de los distintos temas que incluye la reforma. Si una preciada virtud podemos extraer del sistema constitucional y de la ingeniería institucional republicana de gobierno es la división de poderes y el esquema de “frenos y contrapesos” que como acertadamente señala Roberto Gargarella, nos asegura la presencia de múltiples filtros dentro del proceso de toma de decisiones, prometiendo una mejora en la calidad de las decisiones políticas. En tanto, por un lado, dichos filtros dificultan la aprobación de leyes apresuradas; pero por otro, favorecen la posibilidad de que las mismas se enriquezcan con nuevos aportes, producto de un mayor nivel de reflexión, intercambio y participación⁶.

Por lo tanto, un escenario en el que se verán afectados derechos personalísimos y en donde lo que se pretende es la adecuación normativa interna a los tratados de derechos humanos debe producirse un contexto plural con un pronunciamiento a favor de un intenso debate que incluya los distintos bloques políticos del Congreso, las organizaciones sociales y los diferentes colectivos involucrados. Recordemos que esta experiencia ha tenido valiosos frutos en los procesos de sanción de las leyes de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes, Matrimonio Igualitario y Salud Mental que permitieron con participación, exposición de argumentos e intercambio de posiciones superar resistencias y con altos niveles de adhesión arribar a un consenso que amplió ciudadanía y reconocimiento de derechos. Más aun tratándose de la discusión de un código civil que además de estar discutiendo un instrumento de gran valor jurídico, también pone en debate un modelo de sociedad, de familias y de relaciones sociales, por lo cual además de estar involucrados en el debate los especialistas en la materia tiene que tener una apertura al conjunto de la comunidad que va a verse comprendida con las nuevas transformaciones legales.

En tal sentido, nos manifestamos a favor de que la reforma se discuta sobre la base de los derechos humanos ya reconocidos y dentro del marco democrático que nos ofrece la arena legislativa, espacio que por su naturaleza política representa la diversidad y heterogeneidad con la que cuenta nuestra sociedad.

⁶ Gargarella Roberto. El nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después. En filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx. Clacso. 2001

SOBRE EL PISO MÍNIMO QUE EXIGE LA REFORMA

El informe que a continuación se presenta es parte de un proceso de estudio y discusión sobre la base del anteproyecto elaborado por "Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación" y el proyecto presentado formalmente por el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional.

Para el análisis se consideró la Convención sobre los Derechos del Niño – CDN (Tratado de Derechos Humanos sobre la Infancia, sancionado en 1989) y la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y demás tratados de derechos humanos.

En ese sentido la 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, N° 26.061 (año 2005).

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

La CDN desde su aprobación por Naciones Unidas ha modificado el escenario en tanto se establece un nuevo paradigma en el cual deben estar incluidos todo el universo de niños, rompiendo antiguas distinciones entre niños y menores, criterios de un modelo tutelar y represivo.

Deteniéndonos en el proyecto de reforma, consideramos que existe una intención de receptar muchos de los principios resaltados en la Convención como en la normativa nacional. Sin embargo, al introducirse en el articulado se vislumbra una heterogeneidad con valiosos avances pero paradójicamente con retrocesos incluso contradiciendo o haciendo una interpretación restringida de artículos de la ley 26061.

TEMAS

- 1- CAPACIDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA**
- 2- ABOGADO DEL NIÑO**
- 3- RESPONSABILIDAD PARENTAL**
- 4- ADOPCIÓN**
- 5- FILIACIÓN**
- 6- SALUD MENTAL (Apartado)**

CAPACIDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

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 es 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.

CÓDIGO CIVIL:

Art. 54.- Tienen incapacidad absoluta:

- 1° Las personas por nacer;
- 2° Los menores impúberes;
- 3° Los dementes;
- 4° Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

Art. 55.- Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

Art. 127. Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.

Art. 128. Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años. El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello.

Art. 921.- Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.

PROYECTO:

Art. 23.- Capacidad de ejercicio.

Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Art. 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Art. 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años.

Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La 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 los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tienen 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 (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Art. 608.- Sujetos del procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de estado de adoptabilidad requiere la intervención:

- a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;

- b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes a su cargo;
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público.
- e) el juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

Art. 617.- Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

- a) son parte los pretensos adoptantes, el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad; el pretense adoptado debe contar con asistencia letrada;
- b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) el pretense adoptado mayor de DIEZ (10) años debe prestar consentimiento expreso;
- d) las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Art. 644.- Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Art. 680.- Hijo adolescente en juicio. El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.

Comentario: En el artículo 24 se entiende por menor de edad quien no cumplió 18 años, aclarando que los mayores de 13 años son adolescentes. Por otra parte, se quita la distinción entre menores de edad impúberes (menos de 14 años) y adultos (mayores de 14).

En este sentido, el reconocimiento de la categoría de "adolescente" implica una innovación, ya que la misma no está contemplada en la Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, resulta anacrónico que el proyecto mantenga la categoría de menor. En el artículo 24 del proyecto hubiese sido deseable que se estableciese que las personas menores de edad son capaces progresivamente para ejercer sus derechos, de este modo se los definiría por su capacidad.

Por otra parte, a lo largo del articulado se vislumbra 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 proyecto 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 declaración del estado de adoptabilidad solo si se tiene edad o grado de madurez.

La especificación de las materias donde los adolescentes a partir de los 13 años pueden tomar decisiones sobre sí mismas, deberían ser meramente ejemplificativas, de lo contrario, más que un avance es un retroceso en materia de autonomía progresiva por excluir los supuestos no previstos en la norma.

También se vuelve a recurrir a un límite de edad para el reconocimiento de un hijo bajando un año (13) la redacción originaria del código civil vigente.

La lógica de excepciones a la incapacidad determinadas por el grado de desarrollo del niño o fijadas a una edad determina 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 suficientes cuyo nacimiento

no fue inscripto solicitar la inscripción el 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. Vale aclarar que el citado artículo implica un avance con las normas del Código Civil, pues según ellas, el tutor representa al menor en todos los actos de la vida civil. Sin embargo, la regulación de la tutela encuentra contradicciones pues para el ejercicio de la acción de alimentos contra los parientes no se legitima al niño

sino a su tutor, en los términos del artículo 119. Por su parte legitima al tutelado a solicitar la remoción del tutor, sin establecer edades, según el artículo 136.

Nuevamente, para iniciar una acción contra sus progenitores se recurre al criterio de madurez suficiente (artículo 679). En concreto recurre el proyecto a la noción de capacidad progresiva para habilitar a los hijos a reclamar alimentos a sus padres (artículo 661). También recurre a la noción de capacidad progresiva para designar abogado en el proceso de adopción o incluso para ser considerado como parte.

En conclusión, de la redacción del proyecto no surge del todo claro cuando se aplica el criterio de discernimiento real. Esta falta de claridad pueda dar lugar a interpretar que por debajo de las edades de las presunciones legales el niño puede demostrar que tiene un grado de comprensión suficiente. No obstante, esta es solo una interpretación y hubiese sido deseable que se aclare en el sentido propuesto. Por otra parte no parece acorde con el derecho constitucional de acceso a la justicia supeditar el ejercicio de un derecho a demostrar el grado de capacidad suficiente.

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 (por ejemplo en un caso de aborto no punible).

ABOGADO DEL NIÑO

Aquí se toma la ley 26061 ya que la figura del abogado del niño no esta contemplada en código civil vigente, siendo una incorporación a la ley de protección de derechos de infancia a fin de brindar mayores garantías del debido proceso a los niños, niñas y adolescentes.

LEY 26.061:

Art. 27.- Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procesamientos judiciales o administrativos.

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) 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;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

PROYECTO:

Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La 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 los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tienen 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 (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Comentario: *El proyecto en el 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 el patrocinio jurídico a la edad y grado de madurez...

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 de reforma del Código Civil bajo análisis 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, varón, sobre la persona y bienes de su familia, locución que desconoce la autonomía progresiva de los hijos que incorpora la normativa internacional vigente en materia de derechos de infancia. 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”. También es plausible la consagración de los VEINTINUN (21) años y los VEINTICINCO (25) años del hijo que se capacita para la vigencia de la obligación alimentaria.

A continuación, se analizarán en particular aquellos artículos del proyecto que generan incompatibilidad con la CDN y la ley 26061 y se propone una nueva redacción que pretende ser concordante con la normativa nacional e internacional vigente en materia de derechos humanos de la infancia.

DESACUERDO ENTRE LOS PROGENITORES

CÓDIGO CIVIL: Art. 264 ter. En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.

PROYECTO: Art. 642.- Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de DOS (2) años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

TEXTO PROPUESTO: Art. 642.- Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de DOS (2) años. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y ordenar medidas de intervención interdisciplinaria o someter las discrepancias a mediación. El juez deberá oír al niño, niña o adolescente con asistencia letrada.

Comentario: *Se considera regresivo suprimir 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 y ley 26061 garantiza el derecho a ser escuchado.*

CONSENTIMIENTO DE LOS PROGENITORES

CÓDIGO CIVIL: Art. 264 quater. En los casos de los incisos 1°, 2°, y 5° del artículo 264, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1° Autorizar al hijo para contraer matrimonio.
2° (Inciso derogado por Art. 2° de la Ley N° 26.579 B.O. 22/12/2009)
3° Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
4° Autorizarlo para salir de la República.
5° Autorizarlo para estar en juicio.
6° Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.
7° Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294.
En todos estos casos si uno de los padres no diere su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar.

PROYECTO: Art. 645.- Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:
a) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;
b) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;
c) autorizarlo para estar en juicio en los supuestos en que no puede actuar por sí.
d) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.
En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.
Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

TEXTO PROPUESTO: se propone la eliminación del inciso c).

Comentario: Resulta discordante con el espíritu de la CDN y la ley 26061 requerir la autorización de ambos progenitores para estar en juicio, cuando se trata del derecho a participar en todos aquellos asuntos que afecten sus intereses.

OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A UN TERCERO

CÓDIGO CIVIL: no contempla esta figura

PROYECTO: Art. 657.- Otorgamiento de la guarda a un tercero. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no por un plazo de un (1) 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.
El guardador tiene el cuidado personal del niño o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

TEXTO PROPUESTO: Se propone la eliminación del artículo.

Comentario: 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.

CUIDADO DE LOS HIJOS

CÓDIGO CIVIL: Art. 265. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

PROYECTO: Art. 666.- Cuidado personal compartido con la modalidad alternada. En el caso de cuidado personal compartido en la modalidad alternada, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquél que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.

TEXTO PROPUESTO: Art. 666.- Cuidado personal compartido con la modalidad alternada. En el caso de cuidado personal compartido en la modalidad alternada, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquél que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658. En el caso de que alguno de los/as obligados/as se declare insolvente, el juez deberá requerir al Estado la asunción de la corresponsabilidad, hasta tanto se revierta la situación.

Comentario: Entendemos que, si bien el proyecto intenta avanzar, no contempla las dificultades más frecuentes observadas en los juicios de alimentos. Así, cuando el demandado se declare insolvente, debiera preverse la intervención del Estado hasta que se revierta dicha situación teniendo en mira el carácter vital de la prestación alimentaria (co-responsabilidad).

OPOSICIÓN DE LOS PROGENITORES A QUE LOS HIJOS INICIEN UNA ACCIÓN CIVIL

CÓDIGO CIVIL: Art. 282. Si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

PROYECTO: Art. 678.- Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

TEXTO PROPUESTO: se propone la eliminación del artículo.

Comentario: En igual sentido que lo expuesto en el comentario al artículo 645 del Proyecto, otorgar al juez la potestad de autorizar al niño, niña o adolescente a iniciar una acción civil contra un tercero, es contrario al espíritu de la CDN y la 26061.

BIENES DE LOS HIJOS

CÓDIGO CIVIL: Art. 297. Los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia, en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros

PROYECTO: Art. 692.- Actos que necesitan autorización judicial. Se necesita autorización judicial para disponer de bienes inmuebles y muebles registrables del hijo, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a su hijo sobre bienes de terceros, bajo pena de nulidad.

TEXTO PROPUESTO: Art. 692.- Actos que necesitan autorización judicial. Se necesita autorización judicial y la participación del hijo/hija con el patrocinio correspondiente, para disponer de bienes inmuebles y muebles registrables del hijo, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a su hijo sobre bienes de terceros, bajo pena de nulidad.

Comentario: En el juicio donde se sustancie la autorización judicial, debiera participar el hijo o hija con patrocinio letrado en concordancia con el artículo 12 de la CDN y 27 de la 26061.

ADOPCIÓN

El proyecto define conceptualmente el instituto de adopción e incorpora seis principios generales que deben verse reflejados a lo largo de todo el instituto adoptivo. Por otra parte elimina el supuesto de abandono moral y material.

La familia de origen es considerada parte en el proceso para 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.

Se incorpora que en el expediente debe quedar constancia expresa de la familia adoptante de dar a conocer el origen del niño, niña o adolescente adoptado.

El niño, niña o adolescente puede acceder al expediente, conocer sus orígenes, contar con un abogado, ser parte en el proceso de adopción, pero con la condicionalidad de la edad y grado de madurez a ser evaluado por la autoridad judicial. 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.

Se baja la diferencia de 18 a 16 entre pretense adoptante y adoptado y también de 30 a 25 años la edad mínima para poder adoptar.

El período de guarda con fines a la adopción se reduce a un máximo de seis meses pero no se establece un mínimo de tiempo.

Se prohíbe la guarda directa pero deja abierto algunos interrogantes la misma, ya que prevé excepciones con una redacción que resulta poco clara.

Hay participación de órgano administrativo de protección de derechos, que es quien debe comunicar a la autoridad judicial que el niño, niña o adolescente no puede continuar viviendo en su núcleo familiar de origen.

Se establecen procedimientos y plazos en todo el proceso.

Se permite la adopción por parte de convivientes. También la pluralidad de adopciones.

El proyecto autoriza la adopción unipersonal o conjunta.

Con respecto a los tipos de adopción se mantiene la adopción plena y la adopción simple e incorpora la integrativa. Por otro lado, reconoce la posibilidad de conversión de la adopción simple en plena. La adopción plena, que continúa extinguiendo los vínculos jurídicos con la familia de origen permite en cambio 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. Sin embargo, los efectos de un tipo o del otro lo deja a la discrecionalidad de la autoridad judicial.

CONCEPTO

CÓDIGO CIVIL: no contiene definición

PROYECTO: Art. 594.- Concepto.

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

TEXTO PROPUESTO: Art. 311.- Concepto.

La adopción es una institución que debe ser decidida luego de agotadas las medidas excepcionales y de protección integral de derechos. La adopción se otorga por sentencia judicial y emplaza al adoptado o adoptada en el estado de hijo o hija, con los alcances establecidos en esta ley.

Comentario: *Se propone aclarar que la falta de recursos materiales de la familia de origen no es motivo suficiente para la separación familiar y señalar que la adopción no es un recurso para desinstitucionalizar sino una institución que surge para resolver aquella instancia en la que no fue posible sostener una relación familiar, aun cuando el Estado haya garantizado el acceso y goce a todos los derechos (medidas de protección integral de derechos que enuncia la ley 26061).*

PRINCIPIOS

CÓDIGO CIVIL: no contiene principios. Hace mención al derecho a conocer la realidad biológica y acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años (artículo 328)

PROYECTO:

Art. 595.- Principios generales.

- a) 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 su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

Art. 596.- Derecho a conocer los orígenes.

El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si es persona menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del registro de adoptantes correspondiente o de los equipos interdisciplinarios de mediación. La familia adoptiva puede solicitar asesoramiento a esos mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo, si lo hay, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la identidad, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.

TEXTO PROPUESTO:

Art. 312.- Derecho a la convivencia con la familia de origen.

Todo niño, niña o adolescente tiene el derecho a crecer, ser educado, atendido y protegido al amparo y bajo responsabilidad de su familia biológica. La falta o carencia de recursos materiales como de otras dificultades de la familia de origen del niño, niña o adolescente en ningún caso constituirá motivo suficiente para ser separado de aquella teniendo que, frente a estas circunstancias activarse medidas de protección integral de derechos.

El niño, niña o adolescente adoptado tiene derecho a conocer su origen y filiación biológica, accediendo al expediente de adopción y demás información que conste

Art. 313.- Derecho a la identidad

El niño, niña o adolescente adoptado tiene derecho a conocer su origen y filiación biológica, accediendo al expediente

de adopción y demás información que conste en registros judiciales y/o administrativos cuando así lo requiera, sin que exista una edad mínima necesaria, y asistido por el organismo competente.

Los adoptantes están obligados a hacerle conocer su filiación de origen al adoptado, debiendo constar dicha obligación en la sentencia que otorga la adopción.

Art. 314.- Garantías mínimas de procedimiento.

En todo el proceso de adopción el niño, la niña o adolescente, deberá ser oído y su opinión tenida en cuenta y sin limitación de edad contar con asistencia letrada.

Comentario: Se propone incorporar el principio de derecho de defensa técnica para todo niño, niña y adolescente cualquiera fuera su edad, ya que sin esta garantía de procedimiento se estaría retrocediendo en función de la ley 26061.

DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

CÓDIGO CIVIL: Se contemplan dos supuestos. Uno es la citación de los padres, con relación al consentimiento de la madre tienen que pasar dos meses del parto. El otro supuesto es el de abandono material y moral que no requiere citación (artículo 317).

PROYECTO: Art. 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

- a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;
- b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento;
- c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 315.- Consentimiento de los padres

a) Cuando ambos padres biológicos manifiesten ante la autoridad judicial su intención de dar a su hijo o hija en adopción, el órgano judicial deberá dar inmediata intervención al órgano administrativo competente en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas. El órgano administrativo de protección de derechos deberá en un plazo de NOVENTA (90) días verificar si la voluntad es libre e informada y agotar las acciones tendiente a que el niño, niña o adolescente permanezca con otros integrantes de su familia ampliada implementando medidas de protección integral de derechos. Este plazo podrá ser prorrogable por razón fundada.

Determinado el órgano administrativo que el consentimiento de los padres biológicos es libre y que la familia ampliada no se encuentra en condiciones de asumir la crianza del niño deberá informarlo al órgano judicial. La autoridad judicial citará a los padres biológicos para ratificar su consentimiento. La ratificación deberá realizarse con patrocinio letrado bajo pena de nulidad.

b) Las personas cuyo consentimiento resulte necesario para dar a su hijo o hija en adopción deberán ser informadas de manera previa por el juez acerca de los efectos de la adopción y de las alternativas existentes para la crianza del niño. Asimismo, deberán contar con la asistencia letrada que ejerza su patrocinio, constando el cumplimiento de ello en el acta respectiva.

Para el caso de que los progenitores no hubiesen alcanzado aún la mayoría de edad, el consentimiento deberá ser prestado por ellos con el asentimiento de sus representantes legales.

No será válido el consentimiento prestado por la madre sino luego de transcurridos CUARENTA Y CINCO (45) días desde el parto. Durante este período deberán implementarse medidas de protección de la maternidad y paternidad.

c) Cuando preste consentimiento solo la madre para dar a su hijo o hija en adopción se debe citar al padre para que consienta o se oponga. En el supuesto que no sea posible localizar al padre se aplicará el plazo de SESENTA (60) días que serán prorrogables por decisión judicial teniendo como objeto la preservación del derecho a la identidad del niño, niña o adolescente.

Artículo 316.- Sin consentimiento de los padres

Cuando se negare el consentimiento de los padres biológicos de dar a su hijo o hija en adopción, la autoridad judicial deberá dar inmediata intervención al órgano administrativo competente en un plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas. El órgano administrativo de protección de derechos deberá en un plazo de NOVENTA (90) días implementar medidas de protección integral de derechos destinadas a que el niño, niña o adolescente permanezca dentro de su familia nuclear o ampliada. Este plazo podrá ser prorrogable por razón fundada. Transcurrido dicho período el equipo técnico del órgano administrativo interviniente manifestará, de manera fundada, ante la autoridad judicial aquella alternativa que sea más favorable en razón del interés superior del niño, niña o adolescente. En todo momento el niño, niña o adolescente deberá contar con asistencia letrada.

Seguidamente, y en atención a los elementos del caso, la autoridad judicial iniciará de oficio el procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, o en su caso el archivo del expediente.

Artículo 317.- Agotamiento de las medidas excepcionales.

Cuando el órgano administrativo determine que las medidas excepciones y de efectivización de derechos tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada no han resultado, y una vez vencido el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días, deberá comunicar al órgano judicial el que deberá iniciar de oficio el procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

Artículo 318.- Filiación desconocida.

En los casos de niños, niñas y adolescentes que no tengan filiación establecida, la autoridad judicial ordenará la realización de una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia de origen.

Esta investigación tendrá un plazo máximo de SESENTA (60) días que serán prorrogables por decisión judicial teniendo como objeto la preservación del derecho a la identidad del niño, niña o adolescente.
En todo el proceso de investigación y de inscripción, el niño, niña o adolescente deberá ser asistido por un letrado. Vencido el plazo establecido, el juez iniciará el procedimiento establecido para la declaración de estado de adoptabilidad.

Comentario: *En el proyecto no se contempla un plazo para evaluar si el consentimiento es libre y voluntario, por lo que creemos que es necesaria una instancia en el cual el órgano administrativo pueda informar a la familia de origen de lo que implica el proceso.*

En el caso de filiación desconocida se sugiere ampliar a 60 días prorrogable el plazo para brindar mayores garantías en resguardo del derecho a la identidad...

En el caso de consentimiento se sugiere que se preste con asistencia letrada y se informe de las alternativas existentes para la crianza del niño. Siempre que se vaya a sede judicial a prestar el consentimiento se remitirá a sede administrativa para que en un plazo de 90 días prorrogables evalúe si el consentimiento es libre e implemente medidas de protección tendiente a localizar la familia ampliada.

Asimismo, se sugiere que si la madre se presenta sola a prestar su consentimiento se cite al padre para que consienta o se oponga a la adopción (caso Forerón).

GUARDA DE HECHO

CÓDIGO CIVIL: prohíbe la entrega de menores por escritura pública o acto administrativo (artículo 318)

PROYECTO: Art. 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.

Ni la guarda de hecho ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

TEXTO PROPUESTO: Artículo 321.- Guarda previa.

(...)

La entrega en guarda del niño, niña o adolescente mediante escritura pública, documento privado, acto administrativo o guarda de hecho queda expresamente prohibida.

Comentario: *La redacción del artículo 611 es poco clara. Sería conveniente prohibir expresamente la entrega de niños por escritura pública, documento privado, acto administrativo o guarda de hecho, un canal por el cual 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.*

PROCESO DE ADOPCIÓN: SUJETOS, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

CÓDIGO CIVIL: Son partes el adoptante y el ministerio público. Es competente el juez que otorgó la guarda (artículo 321)

PROYECTO:

Art. 615.- Competencia. Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendidos adoptantes, el del lugar donde el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión.

Art. 616.- Inicio del proceso de adopción.

Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.

Art. 617.- Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

a) son parte los pretendidos adoptantes, el pretendo adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad; el pretendo adoptado debe contar con asistencia letrada;

- b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) el pretense adoptado mayor de DIEZ (10) años debe prestar consentimiento expreso;
- d) las audiencias son privadas y el expediente reservado.

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 334.- En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

- a) Es competente para entender en el juicio de adopción la autoridad judicial que otorgó la guarda con fines de adopción.
- b) Son parte el o los pretensos adoptantes, el niño, niña y adolescente con asistencia letrada, la familia de origen, el Ministerio Público y el órgano administrativo competente.
- c) La autoridad judicial deberá, en todos los casos, escuchar directamente la opinión del niño, niña o adolescente. También podrá citar a aquellas personas cuyas informaciones puedan ser útiles para decidir.
- d) En el juicio de adopción es admisible todo género de prueba, decretada a petición de parte o de oficio.
- e) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados y los peritos intervinientes.
- f) El niño, niña o adolescente deberá prestar consentimiento expreso a partir de los DIEZ (10) años.
- g) El tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien está obligado a respetar el principio de reserva de las actuaciones.
- h) El tribunal está obligado, a fin de juzgar la procedencia de la adopción, a ponderar si ésta es conveniente para el niño, niña o adolescente a su interés superior. En tal sentido deberá considerar los elementos que hacen al respeto de su derecho a la identidad, como su pertenencia a determinada comunidad étnica, o pertenencia religiosa o mantenimiento de vínculos afectivos con integrantes de la familia de origen.

Comentario: Se debe quitar la condicionalidad de edad y grado de madurez para que el adoptado sea parte en el juicio de adopción. 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. Asimismo, como se verá a continuación sería una valiosa oportunidad el revertir el doble régimen y proponer un solo tipo de adopción que ponga fin al doble estándar vigente.

TIPOS DE ADOPCIÓN Y EFECTOS

CÓDIGO CIVIL: Los tipos y efectos de la adopción están contemplados en los artículos 323, 327 y 329. Se regula la adopción plena y la simple. La plena extingue y sustituye a la filiación de origen y extingue parentesco con todos los integrantes de la familia de origen. La adopción simple no genera parentesco con los parientes de los adoptantes y mantiene parentesco con los integrantes de la familia de origen. La adopción plena es irrevocable y no es posible el ejercicio de acciones de filiación y reconocimiento

PROYECTO:

Art. 619.- Enumeración. Este Código reconoce tres tipos de adopción:

- a) plena;
- b) simple;
- c) de integración.

Art. 620.- Concepto. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo.

Art. 621.- Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

Art. 622.- **Conversión.** A petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena. La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Art. 623.- Prenombre del adoptado. El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

Art. 624.- Irrevocabilidad. Otros efectos. La adopción plena es irrevocable.

La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

Art. 625.- Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.

También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
- b) Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
- c) Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

Art. 626.- Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:

- a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que este sea mantenido;
- b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;
- c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;
- d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

Art. 627.- Efectos. La adopción simple produce los siguientes efectos:

- a) como regla, los derechos y deberes que resulten del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes;
- b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño;
- c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos;
- d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;
- e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto.

Art. 628.- Reconocimiento o acción de filiación posterior a la adopción. Después de acordada la adopción simple se admite el reconocimiento del adoptado por sus padres de origen y el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos.

Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

Art. 629.- Revocación. La adopción simple es revocable:

- a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código;
- b) por petición justificada del adoptado mayor de edad;
- c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo

TEXTO PROPUESTO:

Artículo 333.- La adopción otorga al adoptado la condición de hijo o hija. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo o hija, a excepción de lo dispuesto en este Código. La adopción mantiene vínculos jurídicos con la familia de origen con los alcances y límites dispuestos en este Código.

Artículo 336.- La adopción otorga al adoptado o adoptada la posición de hijo o hija y crea vínculo de parentesco entre aquel y aquella y todos los miembros de la familia del adoptante.

Después de acordada la adopción son admisibles el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y la acción de filiación pero ninguna de estas situaciones altera los efectos de la adopción.

El adoptado tiene derecho a preservar sus relaciones con miembros de su familia biológica nuclear y ampliada, a través de un régimen de visitas, si ello es solicitado por el adoptado o por su familia de origen y resulta evaluado por el juez acorde al interés superior del niño.

El adoptante hereda ab-intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El adoptado o la adoptada y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo biológico o hija biológica.

Art. 337.- Modificación del prenombre.

El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

Art.338.- Modificación del apellido.

El hijo adoptivo o la hija adoptiva llevarán el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si solicitara su agregación.

En caso de que los adoptantes sean cónyuges o convivientes, a pedido de éstos o de él o la adoptada, podrán llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva.

En uno y otro caso, el hijo o la hija adoptados después de los DIECIOCHO (18) años podrán solicitar esta adición, así como la de su apellido de origen ante el Registro del Estado Civil.

Antes de los DIECIOCHO (18) años el adoptado podrá peticionar por solicitud fundada, a través de su abogado de confianza, estas adiciones ante el juez que interviene en su adopción.

Art. 339. Efectos de la revocación. La revocación de la adopción extingue, desde la sentencia judicial y para el futuro, todos los efectos de la adopción. Si la revocación se debe a causa imputable al adoptante, el adoptado conserva los derechos alimentarios y sucesorios. La adopción puede ser revocada por las causales que autorizan la privación de la patria potestad.

Comentario: Se propone avanzar más en la reforma y no desagregar en tipos de adopción con los efectos del artículo 336. Consideramos más oportuno un solo régimen en virtud de garantizar los derechos del niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad.

Creemos que el proyecto buscó menguar los efectos de la adopción plena y fortalecer los de la simple en resguardo del derecho a la identidad, sin embargo, 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" y sumando al hecho de que la familia de origen no es parte en el juicio de adopción...

Por otro lado, creemos que en momentos actuales de cambios culturales y 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 mantener 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.

SALUD MENTAL

La eliminación de la noción de salud en el título se adecua a la definición de la LNSM en tanto la enfermedad se presenta como un complejo indisoluble biopsicosocial y no por carencia de salud.

El proyecto establece la capacidad de presunción de toda persona, aun cuando se encuentre internada, incorpora el requisito de interdisciplinariedad para el tratamiento y para el proceso judicial de restricción a la capacidad jurídica, asegura el derecho de acceso a la información adecuada para su comprensión, prevé sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica y establece el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada y garantiza la inmediatez entre el juez y el interesado. También deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Se elimina la posibilidad de decretar cautelarmente la incapacidad o la restricción.

A continuación se menciona los artículos que deberían revisarse dado que presentan algunas contradicciones con la ley de salud mental 26657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPC).

PROYECTO:

Art. 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad.

En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones.

Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Comentario: *Se anula la posibilidad de declarar la incapacidad por "adicciones", en este caso el juez solo puede restringir la capacidad.*

Además, introduce la noción de apoyos aunque la posibilidad de designar apoyos es facultativa y se mantiene la figura del curador aunque restringe su intervención por ejemplo en los alcances de la sentencia. Prevé que tanto los apoyos como el curador deben promover la autonomía de la persona, tal como lo prevé la Ley de salud mental. Todas las modificaciones se acercan a la CDPCD. Persiste, sin embargo, la posibilidad de declarar la incapacidad total de una persona y se mantiene una amplia discrecionalidad del juez.

También sigue vigente el binomio capacidad/incapacidad y continúa con la decimonónica división entre capacidad de hecho y de derecho, y desdobra la capacidad jurídica que es una sola (CDPCD.)

Art. 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;
- d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;
- e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Comentario: *Las reglas de la internación se adecuan a la LNSM. La internación es una decisión sanitaria y, en consecuencia, no puede ser dispuesta por el juez.*

Mejora la formula en virtud de la cual procede la internación compulsiva al acotar la existencia de un riesgo cierto de daño de entidad para la persona o para terceros.

No incorpora la noción de inminencia prevista en la legislación especial pero elimina la posibilidad que incluía la anterior versión de que la internación fuera viable para facilitar los tratamientos necesarios o convenientes.

Contempla expresamente las garantías del debido proceso.

Art. 42.- Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.

Comentario: *Mantiene la coherencia con la ley especial y acota las facultades de las autoridades públicas a la posibilidad de traslado para evaluación y no para internación.
Para la procedencia del traslado exige la existencia de una situación de riesgo cierto e inminente de daño.*

Art. 48.- Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Comentario: *Se mantiene la prodigalidad como causal de inhabilitación.*