

Aportes al Debate del Código Civil y Comercial de la Nación en referencia a los derechos de las infancias

Desde el Centro de Estudios Universitarios, Políticos y Sociales Igualdad.Argentina deseamos participar en este espacio público de debate, expresando nuestra visión y nuestros argumentos respecto a algunos aspectos del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en referencia a los derechos de las infancias.

El proyecto en consideración recepta sin lugar a dudas el nuevo paradigma de la infancia postulado en la Convención sobre los Derechos del Niño CDN y la ley nacional 26061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Se propone una redacción integralmente nueva que incorpora avances sustantivos entre los que se destacan: la pluralidad de los modelos familiares; la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos; la responsabilidad parental sustituyendo el viejo concepto de patria potestad; el derecho del niño a ser oído en los procesos que le conciernen; la regulación del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes; la definición del instituto de adopción a fin de proteger el derecho de los niños a crecer en una familia; el nuevo concepto de cuidado personal reemplazando la tenencia; la prohibición de malos tratos y castigos corporales.

Sin embargo hay conceptos claves en los que el viejo paradigma del patronato pareciera subsistir y que entendemos sería importante rever para no desaprovechar la oportunidad de un debate histórico.

Libro I - Título I Persona Humana - Capítulo 2 Capacidad

El proyecto en consideración avanza en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, separando la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio.

Sin embargo, el artículo 24.- **Personas incapaces de ejercicio**, plasma defectuosamente la intención de consagrar la capacidad progresiva de las personas en el ejercicio de sus derechos desde que nacen hasta que cumplen 18 años. En primer lugar no parece

conveniente incluir en la misma enumeración a personas con plenos derechos en diferentes circunstancias con “la persona por nacer” que potencialmente adquirirá derechos como tal si nace con vida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21. En segundo lugar es interesante observar como se resguarda correctamente el derecho de las personas declaradas incapaces por sentencia judicial a que el alcance de esta incapacidad sea la establecida en esa sentencia y no más.

Resulta entonces negativo que para las niñas, niños y adolescentes la enunciación primera sea la incapacidad de ejercicio de sus derechos.

En el artículo 26.- **Ejercicio de los derechos de la persona menor de edad** se establece que serán ejercidos por 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.”

El documento presentado por Emilio García Méndez de la Fundación Sur en la Audiencia realizada en la Ciudad de Buenos Aires analiza detalladamente estos “permisos” que habilitan el ejercicio para distintas situaciones a distintas edades. En varios artículos del proyecto se avanza respecto a lo que hoy permite el código vigente sin embargo estas puntualizaciones parecieran traducirse en que para cualquier acto no expresamente autorizado debe considerarse al niño incapaz para el ejercicio por sí mismo.

Transcribimos a continuación algunas consideraciones del documento antes referido:

“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.”

“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.”

La realidad nos muestra hoy niñas y niños institucionalizados por años sin que autoridad alguna reciba sus reclamos, dificultades para ser atendidos en ámbitos de salud cuando la prestación solicitada se relaciona con la sexualidad, obstáculos para establecer canales formales de petición a las autoridades en los ámbitos escolares, la impunidad que rodea a las denuncias de abuso infantil y persistentes resistencias a validar la voz y las declaraciones de las niñas y los niños.

Tanto el sistema de justicia, como las instituciones y la sociedad niegan con frecuencia el carácter de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos. No se pueden pensar las leyes abstrayéndose por completo de los obstáculos de su aplicación real por eso nos preocupa que “el grado de madurez” sea determinado arbitrariamente por jueces y juezas.

Creemos que el ejercicio de los derechos por personas hasta los 18 años de edad debe estar formulado en un artículo separado que establezca claramente que la regla general es la capacidad progresiva, y que las presunciones de capacidad establecidas en el proyecto para situaciones particulares no configuran una lista exhaustiva sino una guía indicativa para la valoración del “grado de madurez suficiente”. Además cuando se deniegue el ejercicio de un derecho por el grado de madurez debe fundarse tal decisión.

Asistencia letrada

El artículo 26,- **Ejercicio de los derechos de la persona menor de edad** plantea que “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.”

Consideramos que la garantía del artículo 27 de la ley 26061 que establece el derecho de la niña, niño o adolescente “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;” establece un piso más alto de protección de derechos que el que se plantea en el proyecto de Código Civil.

La garantía de contar con un abogado/a de su confianza que pueda asesorar al niño sobre sus derechos y peticionar en función de sus deseos y no desde la mirada adulta de lo que conviene a su “superior interés” es reclamada por todas las personas que trabajan en el territorio en casos concretos, donde es posible advertir muchas veces en la lectura de expedientes e informes administrativos una suma de arbitrariedades de las que nadie defendió al niño.

Fuera de las grandes ciudades los recursos y la estructura de la justicia hacen improbable la efectiva asistencia letrada a una niña o un niño en un procedimiento judicial o administrativo en que se encuentren en juego sus derechos. Por eso entendemos que debe plantearse con más claridad el derecho a contar con un abogado o abogada de su confianza que deberá ser pagado por el Estado en caso de no poseer recursos en todo proceso en que se encuentren en juego sus derechos.

La exigibilidad de esta asistencia letrada es la condición para que se creen las estructuras y cargos y convenios que hoy no existen. Nadie cuestiona el deber del Estado de garantizar el derecho a la defensa para las personas imputadas de delitos y aún con deficiencias se asume que estos defensores deben nombrarse y deben proveerse las partidas presupuestarias.

La CDN reconoce en su preámbulo *los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana* y que *la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*. La exigencia de proveer asistencia letrada a las personas menores en todo procedimiento judicial o administrativo donde se encuentren en juego sus derechos no hace sino cumplir con ese plus de protección que plantea la Convención.

Libro Segundo - Título VII Responsabilidades Parentales – Capítulo 4 – Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos.

El proyecto suplanta el concepto de patria potestad vigente en el actual código civil por el de responsabilidad parental estableciendo en el artículo 639 los principios en los que se asienta, entre ellos el interés superior del niño y la autonomía progresiva con la consecuente disminución de la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

Más allá del efecto pedagógico que este nuevo Código tendrá sin duda en las concepciones de familia que se sustenten a futuro, es posible reconocer hoy en los discursos sociales y en las prácticas institucionales incluidas la justicia, la vieja idea de que “con mi hijo hago lo que quiero”.

Los principios de igualdad entre los miembros de una familia y la concepción democrática en la regulación de las relaciones familiares que inspiró a la Comisión redactora no deben hacer perder de vista las desigualdades de poder entre mujeres y varones y entre adultos y niños que existen en nuestra sociedad.

Estas desigualdades de poder se convierten en muchísimos casos en violencia familiar, en maltratos y abusos sexuales hacia las hijas e hijos. Los medios de comunicación reflejan los casos de femicidios, violaciones intrafamiliares, maltratos terribles que nos estremecen día a día.

La crónica de los casos revela muy a menudo la “impotencia” de las instituciones del Estado. Policía, justicia, áreas gubernamentales de protección a la infancia, las mujeres o la familia, parecen en tantas ocasiones frágiles e ineficaces ante el poder de un padre convencido de su derecho a hacer lo que quiera con lo que es suyo, la vida de sus hijos o de su mujer.

En el acompañamiento de casos concretos en los laberínticos caminos de la justicia es desmoralizante comprobar con cuanta frecuencia el imputado encuentra complicidades a partir de los prejuicios en relación a mujeres y niños instalados desde una ideología patriarcal a la que no escapan los operadores judiciales.

Por ello nos parece imprescindible que estas realidades sean tenidas cuidadosamente en cuenta en el Capítulo 4 donde se fijan los Derechos y deberes sobre el cuidado de los hijos incorporando explícitamente restricciones al derecho de cuidado sobre los hijos en las situaciones donde uno o ambos progenitores han sido imputados o condenados por delitos contra los hijos o contra el otro progenitor como violaciones, abuso sexual, lesiones graves, u homicidio.

Esperamos con los aportes y argumentos expresados haber enriquecido este debate y que los mismos sean tenidos en cuenta por los y las legisladoras nacionales que tienen la responsabilidad de la aprobación del texto definitivo de esta trascendente reformulación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Lucrecia Aranda

Centro de Estudios Universitarios, Políticos y Sociales Igualdad. Argentina