

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y su inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

**CONSEJO DE LOS DERECHOS
DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**DIRECCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS
E INVESTIGACIÓN**



Buenos Aires Ciudad



Vamos Buenos Aires

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y su inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Una nación es democrática en la medida en que sus ciudadanos participan, especialmente a nivel comunitario. La confianza y la competencia para participar deben adquirirse gradualmente con la práctica. Por esta razón debe haber oportunidades crecientes para que los niños participen... (Hart, 1993, p.4)

El derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a la participación se encuentra contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), en la Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005) y en su homónima local, la Ley Nº 114 (1998). En este conjunto de normas, la participación de NNA aparece bajo diferentes formas tales como el derecho a ser oído, a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta, a tener sus propias ideas, a jugar y tener actividades culturales y artísticas, a recibir y difundir informaciones, a tener libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a tener libertad de asociación y de reunión, a recurrir cualquier decisión que los afecte, a ser un ciudadano activo y formarse para la convivencia democrática.

Sin embargo, los conceptos de infancia, adolescencia y participación no siempre estuvieron definidos de esta manera y, en este sentido, al abordarlos debemos visualizar que *“son constructos sociales, dinámicos y variables culturalmente”* (Villalta, 2013). Es que las sociedades no son estáticas, incluso cuando no acontecen grandes cambios, están en movimiento. Las conceptualizaciones y las formas de abordar las diversas problemáticas sociales también lo están. De esta manera, e independientemente de la velocidad en que se presenten las transformaciones, o de quienes sean los actores que las impulsen, ocurren cambios a nivel social, político, cultural, económico y civil.

Por lo tanto el derecho a la participación de NNA implica al cuerpo normativo y conceptual desde el cual se los considera, a las políticas públicas y por lo tanto a los modos de intervención estatal expresados en instituciones, organismos y prácticas de diferente orden.

En el orden legislativo vale como ejemplo la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC)¹, que nos ofrece, entre otras cosas, una nueva mirada sobre la participación de

¹Aprobado por Ley Nacional Nº 26.994 (2014). Sancionada: Octubre 1º de 2014. Promulgada por Decreto 1795 el Octubre 7 de 2014. Entrada en vigencia 1º de agosto de 2015.

NNA, lo que evidencia que los cambios se materializan, muchas veces, a partir de nuevas normativas o por modificación de las existentes.

En el caso de Argentina, tras la conformación del Estado, el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield en el año 1869, que entra en vigencia en 1871, alcanza fortaleza al ofrecerle estabilidad al ordenamiento jurídico. Sin embargo, luego de los grandes cambios sociales del siglo XX, el Código no queda libre de modificaciones. La más importante se produce en 1968, con la sanción de la Ley Nacional Nº 17.711, que reforma alrededor de 200 artículos y algunos de sus puntos fundamentales. Es que el viejo Código Civil, mantenía ideas sobre la infancia, los adultos, la familia, la ciudadanía y su participación muy diferentes a las que actualmente establece el Paradigma de los Derechos Humanos; ideas que se fueron modificando -no sin tensión- a lo largo de sus 145 años de existencia.

Con la vuelta a la democracia en 1983, y sobre todo con la firma y ratificación de los principales tratados y convenciones de derechos humanos, se avanza con otras nociones y perspectivas. Del mismo modo, la reforma constitucional de 1994, produce un gran salto al incorporar a muchos de estos instrumentos a su texto y otorgarles jerarquía constitucional². La situación hizo necesaria la revisión crítica de la normativa inferior. Por lo que muchas legislaciones, tras lograr consenso, incorporaron estos principios tanto en su articulado como en el diseño y gestión de las políticas públicas.

La Ley Nacional Nº 26.061/05 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, expuso la incompatibilidad con el viejo Código Civil, al reconocer la autonomía progresiva de los NNA, su derecho a ser oído, a ser tenido en cuenta y a participar de las decisiones que los involucran. Situaciones similares exponen, entre otras, la Ley Nacional Nº 26529/09 de Derechos del Paciente, la Ley Nacional Nº 26618/10 de Matrimonio Igualitario y la Ley Nacional Nº 26743/12 de Identidad de Género³.

El nuevo CCyC de la Nación presenta los nuevos paradigmas y sus principios, como otros cambios expresados tanto en nuevas leyes, prácticas y debates. Un resultado de ello son los grandes cambios respecto a la idea de niñez y adolescencia como a la de su participación en el ejercicio de derechos. También adopta la terminología de derechos humanos, incorporando conceptos como: responsabilidad parental, unión convivencial, adolescente, niño o persona menor de edad.

Es que en el nuevo CCyC el principio rector es la capacidad y la incapacidad es la excepción. En el caso de los NNA, su capacidad/incapacidad en el ejercicio de derechos

²Ver Art. 75 Inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina (1994).

³Ver Decreto PEN Nº 191 (2011).

siempre es en función de su edad y madurez suficiente. Es decir, el Código plantea que si bien los NNA ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (padres, madres, tutores), los mismos pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos, si tienen la edad y madurez suficiente: *“Así, iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable...”* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, Tomo I, p. 69).

Por otra parte, conforme a la normativa, la representación debe ser gradual, flexible, atender los deseos de las personas que representan⁴, su interés superior, y promover en todo momento, su derecho a la participación en todas las cuestiones que lo afecten, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. A mayor autonomía menor será la representación.

Un punto muy importante en relación al ejercicio de derechos de los NNA, es que el nuevo CCyC rompe con la antigua clasificación de menores púberes e impúberes, y avanza al distinguir entre niños y adolescentes. Siendo niños las personas menores de 13 años de edad y adolescentes las que tienen entre 13 y 18 años de edad.

También avanza en la participación de los adolescentes en varios artículos. El Art. 26º expresa que a partir de los 13 años de edad un adolescente puede decidir por sí, respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgos para su salud o su vida⁵, mientras que a partir de los 16 años es considerado como un adulto para las decisiones referidas al cuidado de su cuerpo⁶.

En los casos de personas adoptadas, el Art. 596º expresa que pueden iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes, mientras que el Art. 644º menciona que tienen derecho a acceder a los expedientes administrativos y judiciales, como a toda información registral relacionada con su adopción⁷. También cabe mencionar el Art. 677º donde al adolescente se lo presume autónomo para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. Y el Art. 678º le reconoce la facultad para iniciar un juicio contra un tercero, aún con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial y asistencia letrada.

⁴ Considerando la CDN, la Ley Nacional Nº 26.061 y la Observación General Nº 12/2009 del Comité de los Derechos del Niño (ONU), ante conflictos de intereses entre los NNA y sus representantes, se establece la facultad de los NNA a defender su posición con asistencia letrada. El juez deberá fundamentar claramente cada decisión contraria a lo que manifieste el niño, inclusive las decisiones administrativas se deberán fundamentar.

⁵ Actos no invasivos: vacunación, extracción de sangre y otros estudios no invasivos (ecografía, radiografía, etc.), testeo de HIV SIDA, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura. Ver: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015).

⁶ Para profundizar sobre el tema ver: Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015).

⁷ Diferente a la judicialización que se expresa para el caso de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida. Los Art. 563-564 del CCyC establecen que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida pueden obtener la información relativa al donante previo procedimiento judicial.

Otros artículos referidos a la participación de los NNA son: el Art. 66º sobre la inscripción del apellido; el Art. 69º sobre cambio de nombre que se complementa con la Ley Nacional Nº 26743 de Identidad de Género; y el Art. 595º que establece la necesidad del consentimiento expreso del niño, respecto a su deseo de ser adoptado, a partir de los 10 años de edad.

Finalmente, el nuevo CCyC innova al incluir los derechos personalísimos, nombrando en forma no taxativa a la dignidad, la libertad, la vida, la integridad física, la intimidad, el honor /honra, reputación, la imagen, la identidad y el cuidado del propio cuerpo. En este punto vale resaltar un aspecto importantísimo de la participación de los NNA, y es que estos derechos no están alcanzados por la representación, ya que *“Las decisiones sobre los derechos personalísimos o de la personalidad del representado quedan fuera de la órbita de las funciones del representante, por tratarse de derechos de carácter estrictamente personales y que, por lo tanto, no pueden ser suplidos por su representante”* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, Tomo I, p. 204).

Estas cuestiones son una clara muestra del avance del nuevo CCyC sobre el derecho a la participación de los NNA. No obstante, la práctica nos ha dado muestras de que la existencia de la normativa no necesariamente da cuenta de su aplicación, como ocurrió con la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) hasta la sanción de la Ley Nacional Nº 26.061. Del mismo modo se destaca que, aunque se registran grandes avances con la progresiva incorporación de la perspectiva de derechos en las políticas para la infancia, *“...siguen vigentes muchas ideas, sentidos, representaciones y prácticas del Paradigma Tutelar (donde) los adultos siguen maximizando la idea de cuidado, de protección, y de amor a los niños, y minimizando el acompañamiento en el ejercicio de derechos para el fomento de su autonomía”* (CDNNyA, 2015, p. 15). Situaciones todas, que restringen la participación de los NNA.

La inclusión de los derechos personalísimos en el nuevo CCyC, con el derecho de los adolescentes a disponer de su imagen y de su cuerpo, pone en cuestión algunas de estas ideas o conceptos. Pese a ello, cuando se piensa en la participación de los jóvenes, se alude por lo general a la vida política y social y menos a las acciones cotidianas, conforme con las capacidades que progresivamente van adquiriendo.

Pero el derecho a la participación -consagrado en la normativa vigente- tiene la particularidad de ser transversal a todos los derechos, operando a modo de eje o principio rector que guía la acción en pos del cumplimiento del resto (Cillero Bruñol, 1997; Abramovich, 2006). Esta condición de transversalidad, hace que no exista un único ámbito de la vida social en el cual se ejerza. Krauskopf (2000) destaca que la

nueva perspectiva de derechos “*lleva a un nuevo concepto de participación y replantea las formas de interacción que caracterizaban discriminatoriamente a las relaciones intergeneracionales*” (p.124). Es que desde la perspectiva de los derechos humanos, la cuestión del niño como sujeto de derechos, así como el desmonte y la deslegitimación de la cultura de la incapacidad, constituyen la pieza central de este proceso (Alzate Piedrahita, 2003). Todas estas situaciones dan como resultado cambios en la asimetría extrema que existía en la relación niños-adultos. Este nuevo posicionamiento, no desresponsabiliza a los adultos sino que los exige al máximo, en palabras de Antelo (2008):

el reconocimiento del “derecho de los niños”, no deshace la responsabilidad adulta sino que la magnifica, colocando en el tapete la dupla autonomía/heteronomía, cuyo impacto en el meollo del comportamiento humano exige de todos nosotros un esfuerzo mayúsculo por situar y elucidar la función de la asimetría en el trabajo con las nuevas generaciones (p. 7).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se celebran los cambios que trae aparejado el nuevo CCyC, aunque se resalta que su mera sanción no es suficiente para lograr modificar *per se* las concepciones arraigadas en la sociedad, “*en ese imaginario, el rol del adulto en la vida del niño todavía se encuentra básicamente ligado al ejercicio de las funciones parentales, es decir al cuidado, protección y educación de este ser visualizado de forma primordial como un ser indefenso*” (CDNNyA, 2015,p.18). Por ello, es necesario fortalecer los mecanismos de protección efectiva de derechos, producir un cambio en el ámbito de las relaciones sociales y fortalecer los espacios de participación, involucrando a la ciudadanía en la gestión y articulando acciones y diferentes recursos (Abogabir y Rodríguez, 2000).

Referencias Bibliográficas

- Abogabir, X. y Rodríguez, A. (2000). Introducción. En Olga Segovia y Guillermo Dascal (Editores). *Espacio público, Participación y Ciudadanía*. (pp.11-19). Providencia, Santiago de Chile, Chile. Ediciones SUR.
- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos, en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL, N° 88, Abril; (pp. 35-50)*.
- Antelo, E. (2008). Contra la resignación. *Revista En Cursiva ¿Qué tan chicos son los chicos? Ensayos sobre la participación infantil. Año 3 N° 4*. (pp. 6-9). Córdoba, Argentina. Fundación Arcor.
- Alzate Piedrahita, M. V. (2003). *La infancia: concepciones y perspectivas*. Pereira, Risaralda, Colombia. Editorial Papiro.
- Cillero Bruñol. M. (1997). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. *Revista Infancia, N° 234*. (pp. 1-14). Recuperado de:

http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf

- Consejo de los Derechos del Niño (CDNNyA) (2015). *Participación de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde las políticas públicas en el ámbito del espacio urbano, la salud y la educación*. Material no publicado del Observatorio del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes -SIPROID-.
- Hart, R. (1993) La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica. En *Ensayos Innocenti* Nº 4. UNICEF.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., y Fernández, S. (2015). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-nv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>
- Krauskopf, D. (2000) Participación social y Desarrollo en la Adolescencia. Costa Rica, FONDO DE POBLACION DE LAS NACIONES UNIDAS. UNFPA/FNUAP. Recuperado: <http://www.unfpa.or.cr/programa-de-pais/poblaciones/persona-joven/documentos-relacionados/52-participacion-social-y-desarrollo-en-la-adolescencia/file>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*. Directores Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. ISBN 978-987-3720-30-7.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Libro Segundo. Artículos 401 a 723*. Directores Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. ISBN 978-987-3720-31-4
- Villalta, C. (2013). *Un campo de investigación. Las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina*. En Revista Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 245-268, maio-ago.

Referencias normativas

- Constitución de la Nación Argentina. (1994)
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25. (1989)
- Decreto PEN Nº 191 (2011). Crease la "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
- Ley Nacional Nº 17.711 (1968). Código Civil. Modificaciones.
- Ley Nacional Nº 26.061 (2005). De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Sancionada el 28/09/2005. Promulgada de Hecho el 21/10/2005. (2005).
- Ley Nacional Nº 26.529 (2009). Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: 21/10/2009. Promulgada de Hecho: 19/11/2009.

Ley Nacional Nº 26.618 (2010). Matrimonio civil. Sancionada: 15/07/2010.
Promulgada: 21/07/2010.

Ley Nacional Nº 26.743 (2012). Derecho a la identidad de género de las personas.
Sancionada: 9/05/2012. Promulgada: 23/05/2012.

Ley Nacional Nº 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Sancionada:
Octubre 1 de 2014. Promulgada: Octubre 7 de 2014.

Ley Nº 114 (1998). Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
Sanción: 3/12/1998. Promulgación de Hecho el 4/01/1999.

Observación General Nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. Comité de los
Derechos del Niño.