

Comisión nº 14, Estudiantes. Privado Parte General. "Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana"

EVOLUCIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD

Autor: Victoria Zilinsky y Silvio Garrido

Resumen:

Es claro que todo ordenamiento jurídico persigue la plena protección integral de los derechos, especialmente expandir la ciudadanía a la infancia, es decir el reconocimiento del niño no como un ciudadano futuro, sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. La niñez es un fenómeno particular que siempre ha sido objeto de un tratamiento separado respecto de la persona adulta, y el derecho no se apartó de esa línea de pensamiento. Consideramos que esta etapa requiere una protección especial por el ordenamiento jurídico, por encontrarse en un proceso de la vida propio de su desarrollo, por lo cual debe preservarse en su integridad, en salvaguarda no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la comunidad que ellos deben formar y participar. Sostenemos el carácter positivo de la reforma del Código, ya que contempla principios internacionales en materia de minoridad, elimina instituciones ortodoxas, y tiene por objetivo el reconocimiento, protección y el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Tenemos una mirada positiva en lo que respecta al cumplimiento de estas nuevas conquistas jurídicas, a través de una correcta administración de justicia por jueces y personal competente, respeto por parte de los padres y en general de la sociedad; ya que las violaciones a estos derechos se observan en nuestra realidad cotidiana y es responsabilidad de todos defender a este grupo de especial riesgo.

1. Introducción

El presente trabajo propone abordar la capacidad del menor de edad y los principios jurídicos que rigen la materia. Como fue su evolución en el Código Civil hasta llegar al Código Comercial y Civil Unificado, analizando la reforma constitucional de 1994 y como nuestro ordenamiento jurídico reacciona a la misma.

Formalmente, los institutos del Código Civil de Vélez Sarsfield, constituyen la primera aproximación al tema, teniendo en cuenta como elemento de análisis la incapacidad absoluta del menor y su tratamiento legislativo. Así también abordaremos los aspectos que consideramos más relevantes del instituto Patria Potestad.

Con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el art. 75 inc. 22 el cual le otorga jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño.

Se analizarán las Leyes 26061 y 26579, los aspectos que influyen en nuestro ordenamiento jurídico, y si las mismas vienen a dar respuesta a los constantes conflictos entre la Convención y el Código Civil.

El cambio de paradigma jurídico con la unificación del Código constituye desde nuestro punto de vista la respuesta al cambio que se observa en la sociedad por el devenir de los años, el fin de la Patria Potestad y el inicio de la responsabilidad parental, es decir el fin

de la visión de poder sobre los hijos, a entender esta relación a través del concepto de *deber* que implica la misma.

Con este nuevo Código Argentina acoge los principios jurídicos que la mayoría de los países han regulado años atrás. Teniendo trascendental importancia el concepto de capacidad progresiva del menor, entendiendo esté que el niño/niña al transitar su infancia va adquiriendo el “derecho” a realizar mayor cantidad de actos jurídicos aumentando su complejidad, y como nuestro derecho formal tiene que reconocer sus efectos, reglamentarlos y respetarlos; dejando en el pasado el concepto rígido y ortodoxo de que se era adulto y capaz desde las 00 hs del día que se cumplía la mayoría de edad.

Para introducir el tema elegido podemos decir que la niñez y la infancia son construcciones sociales, tanto desde el punto de vista político, cultural y sociológico, dentro de los grandes procesos de construcción de la hegemonía social.

Consideramos pertinente realizar una introducción, para poder comprender así la esencia de las instituciones jurídicas que pretendemos desarrollar y sus avances.

En la antigua Roma existía la figura absoluta del *pater familia*, como amo y señor de su stirpe; el mismo era el titular de los derechos y bienes de sus hijos, así también de su persona.

Con el correr de los siglos, esta situación no varió mucho manteniéndose la esencia la autoridad absoluta del pater, siendo los hijos y la mujer subordinados a su voluntad.

Recién en los discursos sociales del siglo XIX se puede observar un cambio en el paradigma jurídico; considerando a los niños como sujetos autónomos en la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales tanto frente al Estado como a los particulares, incluyendo a sus propios padres.

Las ideas de John Locke respaldaron los discursos que mencionamos, las mismas dan respuesta a las demandas sociales. Dicho autor sostenía que si bien los niños no nacían en un plano de igualdad con respecto a sus patriarcas, si nacían destinados a llegar a aquel plano, teniendo los padres un poder de gobierno sobre los mismos de carácter temporal.

En esta época la infancia se presenta como una etapa que requiere atención especial, en contraposición a la Edad Media en la cual los niños integraban la vida de los adultos, mirando al niño con indiferencia respecto a sus necesidades y derechos. Esto generó una ausencia de los sentimientos propios de la infancia, generando un desinterés moral y educativo por el niño, lo cual implicó malos tratos y un aumento de mortalidad infantil.

Cuando la sociedad tomó conciencia que los niños constituyen el potencial humano en que una Nación sienta su progreso, comenzaron a implementarse políticas públicas para eliminar la mortalidad infantil.

Con el correr de los años se configuró el ideal de familia moderna, la cual se organizó en base a las necesidades del menor, que requiere mayores cuidados y atención por parte de sus padres y entorno social.

El surgimiento de esta etapa fue consecuencia de intensos procesos sociales, económicos y culturales en el mundo occidental; los cuales finalizan con el nuevo modelo de familia conyugal nuclear. El régimen de autoridad patriarcal comenzó a quebrantarse con el surgimiento de las fábricas, es decir con el proceso de

industrialización y la masiva asalarización. Esto implicó largas jornadas laborales fuera del marco familiar.

En este momento histórico, comienza a observarse lo que se denomina la paradoja de “no intervención vs. Intervención”, esto hace referencia al ejercicio de la responsabilidad parental, es el reconocimiento de los derechos del niño y su efectiva satisfacción; creando una permanente tensión con el poder de la autoridad paterna.

Con la Declaración de Ginebra de 1924 comienza a vislumbrarse de manera notoria la preocupación por la infancia y los derechos humanos. La misma constituye el inicio de un proceso de positivación, internalización y expansión de los derechos humanos del menor, el cual formalmente culmina con la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en el seno de la ONU en 1959.

2. Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código originario refleja un modelo de familia patriarcal, basado en el matrimonio religioso e indisoluble, donde los hijos y la esposa son sometidos en lo personal y patrimonial al poder decisorio del padre.

Dentro de las normas referidas a la familia, en lo que respecta a las relaciones de los padres con los hijos, el art. 264 CC, define a la patria potestad como el conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados. Esta noción respondía al criterio imperante en la época de redacción del Código, acerca del vínculo entre los padres y sus hijos, en virtud del cual estos no gozaban de derechos ante aquellos, y se reducía a su mínima expresión, la posibilidad de reclamos de protección y amparo, pues lo determinante en la estructura del grupo familiar, era la voluntad del padre de familia.

En lo que respecta al menor y su capacidad, nuestro ordenamiento jurídico se acogió a la *doctrina de la situación irregular*, doctrina paternalista la cual considera al menor como un OBJETO de protección y representación por parte de sus progenitores, representantes y el Estado. En nuestro país, podemos observar la recepción de aquella doctrina a través de la ley de patronato 10.903. Mediante este sistema de leyes protectoras se ha instaurado un régimen destinado a limitar la personalidad del menor de edad en razón de una serie de incapacidades señaladas como naturales.

La ley 10.903 introduce una modificación en la noción de patria potestad, considerándola ahora como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos. Cabe resaltar la inclusión de la palabra “obligaciones” fue criticada, ya que es un concepto propio de las relaciones patrimoniales, sustituyéndola por “deberes” por la ley 23.264, poniéndose así el acento en el interés del hijo.

Retomando el tema de la capacidad del menor, el código clasifica en menores púberes e impúberes. Son menores impúberes, todos los que una vez nacidos no han llegado a cumplir 14 años. Son menores púberes, los que van desde los 14 a los 21 años. Cumplida esta edad se pasa a la categoría de mayor y se llega a la capacidad plena. A partir de la ley 26579, se establece que la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años.

En esta línea de pensamiento, los menores que no hayan cumplido los 14 años, tienen capacidad de derecho, puesto que pueden ser titulares de derechos y obligaciones, están colocados en incapacidad absoluta de hecho, de modo que, en principio no pueden obrar

por si en la administración y disposición de los derechos patrimoniales, ni respecto de aquellos que le son personales, ni en la dirección de sus personas. La ley presuponía la falta de madurez para actuar, sentando el principio de la incapacidad de hecho absoluta para el menor impúber.

Según Santos Cifuentes "los menores, por lo tanto, deben ser tutelados y dirigidos, puesto que la ineptitud establecida no es más que un medio de protección para evitar daños y aprovechamientos, por ser personas que naturalmente no tienen condiciones de habilidad e idoneidad frente a los demás".

A lo largo del articulado del Código, señala cuales son los actos personales y patrimoniales que puedan ejecutar los menores antes de llegar a la mayoría de edad, es decir la plena capacidad.

Patrimonialmente, los niños pueden trabajar desde los 14 años con autorización de los padres, y estar en juicio en virtud de las acciones derivadas de su actividad. Según el art. 2392 CC un menor que ha cumplido 10 años puede adquirir por si la posesión de las cosas. La jurisprudencia acepto que los menores puedan realizar "pequeños contratos", como la compra de útiles escolares, golosinas, transporte en medios de locomoción entre otros. Extrapatrimonialmente, los menores de edad podían reconocer hijos, testar y demandar a los padres, entre otras cosas.

3. Reforma constitucional de 1994. Convención de los Derechos del Niño y adolescente.

La reforma constitucional de 1994 otorga jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos que expresamente menciona el art 75 inc. 22 y los que con posterioridad adquieran la misma.

Dicho artículo modifica la pirámide de jerarquía en nuestro ordenamiento, encontrándose en la cúspide nuestra Constitución y los Tratados de Derechos Humanos ya aludidos, por encima de cualquier convención, concordato, ley nacional entre otros. Prevalenciando siempre la cúspide en caso de conflicto de normas.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) se sancionó en un contexto convulso, en pleno auge de las políticas neoliberales, y marcó un cambio en el paradigma ideológico porque se abandonó el sistema tutelar, la idea de que los niños son objetos y los adultos deben decidir por ellos, para pasar a un sistema que le reconoce todos sus derechos y les da voz, como sujeto de derecho, en donde todas las relaciones deben interpretarse conforme a la autonomía progresiva y el interés superior del niño. Se ampara al mismo dentro del paradigma de protección integral de derecho, con un "plus" de derechos por ser considerado una persona en desarrollo.

La convención adoptada por la ONU en 1989 fue aprobada por la Argentina en 1990 por Ley N° 23.849. Tiene por objetivo afianzar el desarrollo del niño en el seno de la familia como medio natural para su crecimiento y bienestar en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El contenido de deberes- derecho que se posee con la titularidad y ejercicio de la patria potestad encontró el sustento normativo con el art 3 de la CDN el cual ampara el interés superior del niño como principio rector en la interpretación de conflictos donde intervengan menores, así como también se puede utilizar dicho principio a nivel micro en un divorcio, por ejemplo, ver qué es lo más conveniente para los hijos; pero a nivel más general se traduce en aumento de presupuesto para políticas públicas destinadas a

la infancia, educación, salud, etc. Este principio debe interpretarse y aplicarse en concordancia con el art 18 CDN que consagra la responsabilidad primordial de los padres en la crianza y desarrollo de sus hijos, advirtiéndole que su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Las diferentes etapas por las cuales atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una graduación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales, es decir el desarrollo progresivo del niño. Dicho principio no tenía recepción alguna en nuestro ordenamiento jurídico anteriormente.

Nuestro ordenamiento infraconstitucional si bien reconoce derechos para este grupo social, no preveía un aumento conforme a la edad, en el ejercicio de tales derechos. Esto se ve reflejado que los menores de 21 en un principio y actualmente los menores de 18 deben actuar a través de sus representantes salvo supuestos específicamente contemplados en la alguna ley. Estos tienen representantes necesarios y legales que se ocupan de ellos y obran por ellos.

Los padres tienen una función socializadora la cual tiende a proteger a los hijos de sus actos propios y de actos de terceros que pudieran perjudicarlos, debido a su falta de madurez y la propia naturaleza evolutiva del niño conforme lo sostiene el psicólogo Jean Piaget. Esto debe ejercerse en concordancia al derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten directamente conforme a su edad y madurez art 12 CDN. Lo que se persigue es preparar al menor para una vida responsable en una sociedad libre, responsable y democrática.

La función primordial que tienen nuestros jueces como depositarios de la palabra en un Estado de Derecho, es respetar el orden marcado por la reforma constitucional, desechando la aplicación de normas infraconstitucionales en notoria contradicción con dicho orden. No alcanza con el solo reconocimiento de los derechos, es esencial el ejercicio autónomo de los mismos por parte de los niños en concordancia con su edad y grado de desarrollo, es decir su madurez psíquica y emocional.

En tanto el ejercicio progresivo de los derechos fundamentales constituye un derecho en sí mismo el cual es el derecho a la autodeterminación, aquel que posibilita que el niño, niña o adolescente pueda decidir autónomamente sobre las cuestiones que pudieran afectar su libertad, intimidad, cuerpo, educación, etc.

Uno de los elementos mas controvertidos fue el sistema de representación de los menores de edad que adoptó nuestro sistema civil. La concepción tradicional de representación legal de los menores para todos los actos de su vida resulta incompatible con el paradigma de la protección integral de derechos, ya que el propio término de “representación” alude a que se está actuando en nombre o en lugar de otro que no puede hacerlo, se observa que subyace la concepción de menor-objeto.

Nuestro sistema busca dar solución a esto; es lógico que el Estado evite entrometerse en la “vida privada del grupo familiar”, limitando su intervención a los supuestos en que su injerencia no pueda evitarse. Se prevé la existencia de órganos encargados de la representación de los niños en los supuestos que estos se ven involucrados en algún conflicto con sus progenitores, el Ministerio Público de Menores es parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que los incapaces sean actores o demandados, se trate sobre sus bienes, de su persona o cualquier asunto en que sean partes.

Esta representación es complementaria a la de los padres, es una representación promiscua que complementa la representación paterna.

De lo desarrollado surge que si bien el niño es formalmente titular de una plena autonomía en función de su edad y desarrollo –considerando el valor supralegal y operativo de la CDN - el ordenamiento jurídico no prevé los medios necesarios para que el niño pueda ejercer en los hechos la autonomía de la que goza en los papeles, donde todavía prevalece la idea de menor-objeto.

Lo que se aspira como sistema es que se excluya del ámbito de la representación paterna aquellos actos relativos a los derechos humanos de los niños y adolescentes que en función de su desarrollo físico y psíquico puedan ejercer por si mismos. En ellos los padres tendrán que brindar “asistencia” teniendo una función complementaria respecto a la decisión del niño. Entendiendo por asistencia a “un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por si sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestara si considera que el acto no es dañoso para el asistido”.

Asistencia y representación tienen alcances diferentes e incompatibles, mientras que la primera es una sustitución de la voluntad del niño, la segunda es un acompañamiento justificado en miras a su protección. Serán los padres quienes asistan en primer lugar al niño, en caso de conflicto tendrá la última palabra el juez en un proceso que habilite la activa participación del niño y la intervención necesaria del Ministerio público.

Consideramos lo anterior como un elemento de gran importancia para el desarrollo del menor y el respeto al pleno ejercicio de sus derechos. Todo sistema jurídico debe legislar, cumplir y garantizar dicho aspecto. Esto se ve reflejado en el ordenamiento jurídico español, el cual dispone que se exceptúa de la representación legal: a- los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por si mismo, b- aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres u el hijo.

Los conceptos expuestos atraviesan la institución de Patria Potestad, siendo palpable la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento civil a los principios internacionales en materia de minoridad.

La respuesta que nuestro País dio a esta situación fueron dos grandes reformas que tienen por objetivo ajustar nuestro Derecho al Derecho Internacional del Menor.

4. Leyes 26061 y 26579

La incorporación de estas leyes fue de trascendental importancia en la Republica respecto del cambio de paradigma que conllevaba su aplicación.

La ley 26061, sancionada el año 2005, tuvo como objetivo la instauración de un nuevo régimen jurídico, ya no desde un paradigma de la situación irregular, sino recogiendo el modelo de protección integral que dispone el derecho internacional a través de normas tales como la CDN, las reglas mínimas de Naciones unidas para la Administración de Justicia de menores conocidas como reglas de Beijing; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil conocidas como Directrices de RIAD y la resolución N° 45/113 conocidas como Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

La ley promovía un proceso de desjudicialización y desintitucionalización y alentaba la creación de políticas públicas de infancia para apuntar al fortalecimiento familiar. Como se puede observar, ponía en cabeza del Estado la responsabilidad de hacer cumplir efectivamente los derechos de los niñas, niños y adolescentes, es a través de la

participación del Estado nacional en coordinación con los Estados provinciales que se lograba la aplicación de las políticas destinadas a la realización de los derechos y garantías de los menores. Esa idea se concretaba con la creación del “Sistema de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas Y Adolescentes”, como surge del título III de la ley.

A su vez, dio fin al patronato del Estado sobre los menores, al derogar aquel sistema que concebía al menor como objeto de derecho, brindándole el status de sujeto de derecho. La Ley de Patronato tuvo un claro destinatario: la infancia pobre. Intentó solucionar el problema de qué hacer con el alto porcentaje de niños y niñas que consideró en situación de “abandono material” o de “peligro moral” suspendiendo el derecho de los padres y las madres al ejercicio de la patria potestad, derecho que pasaba a ejercer el juez, quien tomaba las medidas que a su criterio consideraba necesarias para tutelar a los niños, niñas y adolescentes que entraban en esas categoría.

Podemos afirmar que la Ley 26061 vino a significar por parte del Estado argentino el cumplimiento de una deuda colosal en materia de protección de la infancia en el contexto internacional de los Derechos Humanos. A su vez en lo que refiere al Derecho interno trajo solución a varios aspectos fundamentales relacionados a la ausencia de regulación a nivel federal y la copiosa producción de normas provinciales, que abordaban la protección de la minoridad desde una perspectiva tutelar; a saber: la ubicación de la protección de la infancia dentro del diseño constitucional argentino, la determinación de las áreas relacionadas con la condición jurídica de la infancia que deben regular el congreso de la Nación y las provincias, y la relación entre la reforma legal e institucional en materia de infancia nivel federal con las reformas provinciales de modo de señalar el impacto concreto de estas reformas en una ley federal.

Los puntos más sobresalientes que aborda dicha ley podemos encontrar: 1) paso del Estado intervencionista al Estado garante; 2) la importancia de las políticas públicas; 3) límites y delimitaciones de la actuación administrativa y judicial; 4) revalorización de la familia; 5) la recepción del principio de capacidad progresiva de niños y adolescentes; 6) la defensa técnica de niños y adolescentes; 7) los derechos colectivos de niños y adolescentes.

La Ley 26579 fue sancionada el 2 de diciembre del año 2009. En principio esta ley se limitaba a modificar la mayoría de edad, no parecía tener mayores implicancias en cuanto al nivel de protección sobre los derechos del menor, aunque trajo incidencias bastante importantes en algunos institutos del código civil y de la seguridad social.

Como era la tendencia desde 1970, desde las legislaciones europeas, la mayoría de los ordenamientos jurídicos comenzaban a inclinarse por la idea de brindarle a la persona la plena capacidad a la edad de 18 años, en la actualidad, esta es la posición mayoritaria por cuanto prácticamente todo el mundo fija la mayoría de edad a los 18.

Uno de los puntos más trascendentales fue la modificación del régimen de emancipación que disponía el antiguo Código Civil. La emancipación por edad o dativa quedo sin efecto, al suprimirse toda mención de ella en el código; mientras que la emancipación por matrimonio subsistía con alteraciones, como disponía el art. 131 que los menores adquieren la capacidad civil con las restricciones del art. 134 estas eran: - aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito;- hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; - afianzar obligaciones, por lo cual no se trataba de una plena capacidad civil.

Debido a las modificaciones en el art. 168 cabía la posibilidad de casarse antes de cumplir los 18 años, dispensándose el impedimento del art. 166 inc. 5 (impedimento de edad), si se contaba previamente con el asentimiento de los padres, o de quien ejerciera la patria potestad, o del tutor cuando ningún padre ejerciera la patria potestad, y en su defecto con autorización judicial.

Importante detalle conllevaba el art. 5 de la ley 26579 por cuanto establecía que “toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los 21 años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta”. La norma en cuestión pretendía mantener el régimen de seguridad social vigente, lo cual a todas luces era lo más beneficioso y en nada alteraba la capacidad del menor.

5. Código Civil Y Comercial

Como culminación de la presente evolución de los derechos del menor, arribamos a la legislación actual que comenzó a regir a partir del 1 de agosto de 2015.

El concepto de Patria Potestad es dejado de lado por este Código, llamándose esta institución ahora Responsabilidad Parental, el cambio terminológico no es ingenuo. La palabra potestad evoca la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de responsabilidad es inherente al deber, el cual implica el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía.

Por primera vez la autonomía progresiva del niño tiene recepción expresa, la cual implica la posibilidad de ejercer sus derechos en un marco que la legislación permite ampliar en la medida de su edad y grado de madurez.

Es de suma importancia la inclusión de principios en el CCCN, como son aquellos que limitan las instituciones de responsabilidad parental y adopción, se reitera el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, el interés superior del niño y la autonomía progresiva del hijo. Se trata de una innovación en lo que hace a la materia de los códigos de fondo, la inclusión de principios y no de reglas precisas lo cual le permite al juez una mayor amplitud en el desempeño de su función, siendo que puede crear el derecho aplicable al caso concreto, en la medida que se haya bajo un mandato de optimización, con la característica esencial de que pueden ser cumplidos en diferentes grados en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas (cita a Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales).

Es insoslayable el deber de escuchar al niño por parte del juez, este no podrá rehusarse a oír al menor, preguntándole su opinión en aquellas cuestiones que afecten su bienestar. Además, se trata de un derecho personalísimo de este, que no puede suplirse por la actuación de aquellas personas que ejerzan la representación, el contacto con el menor debe ser personal. Expresamente se prevé el ejercicio de tal derecho en lo que concierne al menor que va a ser dado en adopción, en el plan de parentabilidad, en cuestiones de salud y ejercicio de la responsabilidad parental.

Como mencionamos anteriormente, el juez tiene la obligación legal de oír al menor, de conformidad como lo establece la CDN en su art. 12. Como aquella norma, el CCCN contempla 2 ámbitos posibles del ejercicio de la escucha, en primer lugar la posibilidad del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna, y por otro

lado el derecho a ser escuchado en un proceso judicial o administrativo, lo cual está identificado con el derecho de defensa en sentido material.

Otra novedad que trae el CCCN es la inclusión de la categoría de los adolescentes en su art. 25, se trata de aquellas personas que se encuentran entre la edad de 13 y 18 años. Esta franja de la población tiene una capacidad muy similar a la de los adultos, el art. 26 del CCCN regula las limitaciones a la capacidad dependiendo la edad en que se encuentre la persona, teniendo en cuenta las distintas etapas en el desarrollo cognitivo del niño, niña o adolescente.

Es importante destacar que con este Código los hijos adolescentes pueden ejercer la responsabilidad parental sobre sus propios hijos, solo pudiendo intervenir los padres de estos cuando esté en peligro su bienestar. Cabe resaltar que anteriormente los hijos de menores de edad eran sometidos a tutela por parte de los padres de estos.

En materia de alimentos expresamente se contempla la posibilidad de demandar a los abuelos o progenitor afín (de manera subsidiaria), en el supuesto que los progenitores no satisfagan esta obligación, acreditando verosilmente la imposibilidad de reclamo al progenitor obligado. La obligación de alimentos se extiende por motivos de estudio hasta los 25 años. Otro gran avance es que la mujer embarazada puede reclamar alimentos por su hijo.

Sobre estos últimos aspectos de la capacidad del menor hacemos una breve mención sobre la capacidad del menor respecto de los derechos relativos a su salud. Así, se ha regulado la posibilidad del menor de edad, entre 13 y 16 años de realizar tratamientos no invasivos que no comprometan su estado de salud o no provoquen un riesgo en su vida o integridad física, los actos que no tengan esas características deberán ser realizados con la asistencia de sus progenitores, en caso de conflicto, se deberá dirimir teniendo en cuenta el interés superior del menor y la opinión médica. Por último, los mayores de 16 años están equiparados a los adultos en cuanto a aquellas decisiones médicas que conciernen sobre su propio cuerpo.

6. Conclusión:

Es claro que todo ordenamiento jurídico persigue la plena protección integral de los derechos, especialmente expandir la ciudadanía a la infancia, es decir el reconocimiento del niño no como un ciudadano futuro, sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra.

La niñez es un fenómeno particular que siempre ha sido objeto de un tratamiento separado respecto de la persona adulta, y el derecho no se apartó de esa línea de pensamiento. Consideramos que esta etapa requiere una protección especial por el ordenamiento jurídico, por encontrarse en un proceso de la vida propio de su desarrollo, por lo cual debe preservarse en su integridad, en salvaguarda no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la comunidad que ellos deben formar y participar.

Sostenemos el carácter positivo de la reforma del Código, ya que contempla principios internacionales en materia de minoridad, elimina instituciones ortodoxas, y tiene por objetivo el reconocimiento, protección y el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Tenemos una mirada positiva en lo que respecta al cumplimiento de estas nuevas conquistas jurídicas, a través de una correcta administración de justicia por jueces y

personal competente, respeto por parte de los padres y en general de la sociedad; ya que las violaciones a estos derechos se observan en nuestra realidad cotidiana y es responsabilidad de todos defender a este grupo de especial riesgo.

7. Bibliografía:

- Eduardo Zannoni “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Ed 2004.
- Andres Gil Dominguez “Derecho Constitucional de Familia” Tomo I y II, Ed. Ediar 2006.
- Elementos de derecho civil Parte General, Santos Cifuentes, Ed. Astrea, 4º Edicion 2005