

Título: ¿Quién decide sobre el cuerpo? Notas sobre el ejercicio del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo Código Civil y Comercial. Relaciones entre autonomía progresiva y responsabilidad parental

Autor: Salituri Amezcua, Martina

Publicado en: RDF 72, 16/11/2015, 53

Cita Online: AR/DOC/5383/2015

Sumario: I. Introducción. Partiendo de los derechos humanos.- II. Una consideración preliminar: la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes.- III. El principio de autonomía progresiva. Niñez y adolescencia.- IV. Las decisiones en materias de salud y cuidado del propio cuerpo. Los derechos personalísimos y la noción de "competencia". Los efectos jurídicos para el adolescente.- V. ¿Autonomía progresiva v. responsabilidad parental? Reflexiones sobre una relación inversamente proporcional.- VI. El Código Civil y Comercial y las leyes especiales. La exigencia de interpretación armónica de los microsistemas.- VII. Reflexión final

(\*)

"No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad que la forma en que se trata a sus niños". Nelson Mandela

#### I. Introducción. Partiendo de los derechos humanos

Ha entrado en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación y el derrotero de ideas, reflexiones y debates sobre la nueva regulación y su interpretación en el ordenamiento jurídico vigente continúa su cauce y su profundización, desde los primeros análisis que surgieran en los albores de lo que fuera el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora designada por el Poder Ejecutivo de la Nación.

En esta ocasión tenemos la oportunidad de reflexionar sobre el principio de autonomía progresiva, el derecho a la salud de los hijos e hijas y la responsabilidad parental, analizando los principios y reglas jurídicas que los norman y las vinculaciones que entre estos tres aspectos se pueden observar.

El enfoque teórico de este trabajo no puede sino partir de una obligada mirada desde los derechos humanos y nuestro bloque de constitucionalidad federal que, en virtud de los compromisos que asumieramos como sociedad hacia el interior de nuestras fronteras y como país hacia el exterior de ellas, nos exige considerar como eje y fundamento del sistema jurídico a la dignidad humana, irradiando su fuerza vinculante hacia todo nuestro ordenamiento jurídico vigente (1). Aspecto éste que hoy parecerá obvio a más de un lector o lectora, pero que no lo fuera otrora, cuando grandes maestros nos recordaban que la ley no es el techo del sistema (2); tal fue así que surgió —hace ya unos cuantos años— la corriente de la llamada "constitucionalización/concionalización del derecho privado" (3), en el compromiso real de plasmar la interpretación sistémica de todo el ordenamiento jurídico, descartando aquella interpretación y aplicación del Código Civil que lo concibiera como una norma aislada, suprema y única.

Esta cuestión se encuentra expresamente contemplada en los fundamentos del Anteproyecto del Código, al establecerse que la nueva regulación civil y comercial toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

En este sentido, y conforme a la materia del presente trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), con jerarquía constitucional a través del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN), se constituye en una piedra angular para el análisis interpretativo y lo es "en las condiciones de su vigencia", lo que implica integrarla con las opiniones que emiten los órganos internacionales competentes para su seguimiento, interpretación y aplicación (4), obligándonos, por ende, en este caso, a considerar principalmente las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y también la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual ha sentado doctrina respecto de que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como la CDN forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a dicha Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general del artículo 19 de la Convención Americana (5), en relación a las medidas de protección a que todo niño, niña y adolescente, en su condición de

tales, requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Sobre esta base, y previo repaso acerca de la categorización jurídica de la niñez y la adolescencia, a lo largo del presente trabajo nos abocaremos a analizar las implicancias del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de dieciocho años de edad, para pasar luego a profundizar la incidencia de la autonomía progresiva en las decisiones relativas al cuidado del propio cuerpo, deteniéndonos en las relaciones que se generan entre lo analizado y la regulación de la responsabilidad parental, y, finalmente, concluir con los debates y nuevas tensiones interpretativas que se plantean respecto de aquellas leyes especiales que también marcan algunas pautas y reglas sobre esta temática.

## II. Una consideración preliminar: la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes

La noción jurídica de niño, niña y adolescente la brinda, en nuestro sistema, el artículo 1 de la CDN, que entiende por "niño" a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Mucho se ha teorizado en relación a la niñez y la adolescencia desde el mundo jurídico y un hito, sin lugar a dudas, lo constituye esta Convención, que es un tratado especial en materia de derechos humanos a través del cual se visibiliza con fuerza vinculante, dentro de la universalidad humana, la específica consideración y tratamiento jurídico en materia de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para entender el telos de la CDN, y de la normativa que se ha dictado en su consecuencia, debemos tener en cuenta dos grandes ejes: por un lado, que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y no objetos de tutela; y, por el otro, que, de acuerdo a la específica condición de vulnerabilidad en la que se encuentran desde el plano fáctico, se les reconoce un plus de derechos especiales que constituyen el contenido de las medidas de protección jurídica que el ordenamiento consagra en su beneficio.

En virtud del primer eje, las expresiones jurídicas de esta subjetividad —que antes fueron fuertemente condicionadas y hasta anuladas— se reconocieron normativamente y se tornaron exigibles, lo que implicó un mayor protagonismo en el ejercicio de sus derechos y en el reconocimiento de sus garantías fundamentales, cristalizándose el principio constitucional/convencional de autonomía progresiva (artículo 5, CDN). Ello sin perder de vista el otro eje, es decir, la protección especial de derechos [\(6\)](#) que estos sujetos requieren, como consecuencia de las particulares características fácticas que revisten las personas dentro de esta franja etaria, al encontrarse en pleno desarrollo y crecimiento [\(7\)](#).

Ambas cuestiones deben coexistir y amalgamarse armónicamente dentro del plexo jurídico y se encuentran atravesadas transversalmente por otros dos principios fundamentales que se plasman en la CDN: el principio del interés superior del niño (artículo 3.1) y el principio de efectividad (artículo 4).

La Corte IDH ha sostenido, en su conocida opinión consultiva (OC) 17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, que éstos poseen los derechos que corresponden a todas las personas y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado; así, en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños y las niñas, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, sino que sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos a estos últimos [\(8\)](#). Concluye que, para asegurar la prevalencia del interés superior del niño, se prevé tanto en la CDN (preámbulo) como en la CADH (artículo 19) la adopción de "cuidados especiales" o "medidas especiales de protección" (respectivamente), cuya necesidad proviene de la situación específica en la que se encuentran, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia [\(9\)](#).

En nuestra legislación nacional [\(10\)](#), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes —y su decreto reglamentario 415/2006— vino a adecuar la normativa nacional de protección a los postulados de la CDN, derogando la vieja ley de patronato de menores y reconociendo —y aun ampliando en muchos aspectos— estos derechos y garantías fundamentales, bajo la lógica de la llamada doctrina de la protección integral de derechos [\(11\)](#).

No obstante esta importante incorporación legislativa, dichos cambios no tuvieron en ese momento la misma fuerza en relación al entonces vigente Código Civil, lo que dio lugar a contradicciones y tensiones jurídicas que pronto empezaron a plasmarse a nivel jurisprudencial y doctrinario, por ejemplo, en lo relativo a la rígida regulación civil de la incapacidad de hecho de los menores de edad, su relación con la antes llamada "patria potestad", el ejercicio de garantías fundamentales, como el derecho a ser oído y a la participación en los asuntos que los afecten, la implementación de la figura del abogado del niño, entre otras cuestiones.

En relación a la determinación de los parámetros etarios para fijar el límite entre la minoría y mayoría de

edad, en el año 2009 la ley nacional 26579 adecuó, dentro de la regulación civil, el momento en el que comienza la mayoría de edad de acuerdo a los preceptos constitucionales/convencionales (a la luz del citado artículo 1 de la CDN).

En este sentido, un nuevo cambio aparece con el Código Civil y Comercial de reciente vigencia al incorporar la figura del "adolescente"<sup>(12)</sup>, distinguiéndola de la de los niños y niñas. El artículo 25 de la nueva regulación establece que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y que se denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. Es decir que, dentro de los menores de edad (todas aquellas personas que aún no han cumplido los dieciocho años), encontramos dos subgrupos: los niños y niñas (hasta los trece años de edad) y los y las adolescentes (de trece hasta dieciocho años de edad) <sup>(13)</sup>, reemplazándose de esta manera la distinción que establecía el derogado Código Civil entre menores impúberes y menores adultos (artículo 127 <sup>(14)</sup>).

Un aspecto que no podemos dejar de advertir es la modificación del lenguaje, el cual no es neutral y de esta manera se adecúa a la terminología empleada por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho comparado <sup>(15)</sup> y la doctrina especializada en la materia, poniéndose en sintonía, asimismo, con las leyes sancionadas en los últimos tiempos, que ya se habían hecho eco de esta adecuación lingüística, baste en este sentido hacer referencia a la mencionada ley nacional 26.061, entre otras <sup>(16)</sup>.

Ahora bien, esta distinción no sólo es nominal sino que implica consecuencias jurídicas, tal como veremos a continuación al analizar estos efectos en relación a las decisiones relativas a la salud personal y al cuidado del propio cuerpo. En consecuencia, la categorización distinguida de los adolescentes implica reconocer jurídicamente las particularidades específicas de estos sujetos.

### III. El principio de autonomía progresiva. Niñez y adolescencia

#### 1. De la necesidad de reformar

La CDN ha implicado una resignificación de las relaciones paterno/materno-filiales, sobre la idea de la democratización de las familias y de los vínculos entre adultos y niños/as, fundamentalmente a través de su artículo 5 <sup>(17)</sup>, que establece el deber y el derecho de los padres y madres de impartir a sus hijos/as, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño/a ejerza los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico <sup>(18)</sup>. Se trata del principio de autonomía progresiva, de jerarquía constitucional/convencional, que "contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales"<sup>(19)</sup>.

Este principio ya había empezado a cristalizar en algunas leyes <sup>(20)</sup>, no obstante lo cual no se había logrado armonizar las referidas tensiones y antagonismos entre la CDN y el viejo Código Civil, que se reflejaron principalmente en dos regulaciones de este cuerpo legal: la relativa a la capacidad y la referente a la entonces llamada "patria potestad". Pasaremos ahora a considerar la primera de estas cuestiones <sup>(21)</sup>.

El Código derogado normaba lo atinente a la capacidad de las personas menores de edad en los artículos 51 a 62 y 126 a 139. Distinguiéndose entre capacidad de derecho y capacidad de hecho, y —como contracara a esta última— incapacidades de hecho absolutas y relativas. Dentro de este esquema, los "menores impúberes" eran incapaces de hecho absolutos y los "menores adultos" incapaces de hecho relativos, supliéndose esta incapacidad a través del obrar de sus representantes legales <sup>(22)</sup>, que para las personas menores de edad son, en principio, sus padres/madres, más allá de la representación promiscua del Ministerio Público. Otra pauta relacionada a la edad, como parámetro de virtualidad para la generación de consecuencias jurídicas, la marcaba el artículo 921 del antiguo régimen, reputándose como hechos sin discernimiento a los actos lícitos practicados por menores impúberes y a los ilícitos realizados por personas menores de diez años <sup>(23)</sup>.

Es decir que la regulación civil hoy derogada, de corte patrimonialista y patriarcal, establecía un esquema rígido de capacidad/incapacidad que operaba a favor de la seguridad jurídica de las transacciones bajo un esquema altamente paternalista, que luego colisionó con la doctrina y la legislación emanada bajo los preceptos de derechos humanos. Las sucesivas leyes nacionales 17711, 23264, 23515 y 26579 introdujeron importantes modificaciones a la redacción originaria, no obstante lo cual algunas deudas quedaron pendientes.

El principio de autonomía progresiva, en cambio, implica reconocer jurídicamente la realidad de los niños, niñas y adolescentes y proteger el ejercicio progresivo de sus derechos, lo que constituye, en suma, su derecho a la autodeterminación. Este principio instaló y visibilizó "la necesidad latente de 'resignificar' o 'armonizar' la legislación civil en materia de 'patria potestad' y capacidad con la doctrina de la protección integral de modo de respetar los derechos fundamentales de los niños"<sup>(24)</sup>.

En este sentido, Marisa Herrera ha señalado la contradicción que este régimen evidenciaba a la luz de la ley

26.061 que, dictada bajo los estándares de la CDN, promueve el principio de autonomía progresiva (25), aceptando que los niños y niñas, a mayor grado de madurez, pueden ejercer por sí determinados hechos o actos jurídicos, especialmente aquéllos relacionados con sus derechos personalísimos, como lo son los relativos al cuidado del propio cuerpo, mientras que la vieja regulación civil consideraba a las personas menores de edad "incapaces" y, en el mejor de los casos, menores adultos, con severas limitaciones a la capacidad de ejercicio, en el marco de una concepción rígida que no se armonizaba con la idea de considerarlos sujetos activos (26).

Los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se refieren a estas importantes modificaciones en la regulación de la capacidad de ejercicio, a fin de adecuar el derecho positivo a la CDN, remarcándose la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como "edad y grado de madurez", la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones y la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas.

## 2. De lo rígido a lo flexible sin obviar la debida protección. Artículos 22 a 26 del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial regula el ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes en el capítulo 2, título primero del Libro primero, relativo a la capacidad de la persona humana (27).

En cuanto a la capacidad de ejercicio, se prescribe que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en sentencia judicial (artículo 23). A su turno, el artículo 24, inciso b, establece que es incapaz de ejercicio la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, de acuerdo al alcance dispuesto en el Código (28).

Conforme surge de los fundamentos del Anteproyecto de reforma, se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas. De esta forma, no se desconoce la vulnerabilidad fáctica en la que se encuentran ni la manda convencional/constitucional de la protección especial de sus derechos, lo cual se condice con los estándares emanados del sistema interamericano de protección de derechos humanos (29).

En este sentido, vale aclarar que, así como previamente hicimos hincapié en la interpretación intersistémica de la nueva regulación a la luz del bloque de constitucionalidad federal y de la obligada perspectiva en materia de derechos humanos que impregna toda la codificación civil, debemos profundizar también en la interpretación intrasistémica, es decir, aquella que se realiza hacia adentro del mismo Código, entre sus distintos artículos. Por ello, para analizar y entender la regulación de la capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes, debemos, en principio, interpretar armónicamente los artículos 23; 24, inciso b; 25 y 26.

Este último artículo consta de cuatro partes: sistema de representación, principio de autonomía progresiva, derecho a la participación y derecho a la salud. De la lectura integral de él, y más aún de su conexión con los artículos 23 —que establece la capacidad de ejercicio como principio— y 24, inciso b —a contrario sensu—, surge que el principio consiste en que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (30). Caso contrario, ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, es decir, en el supuesto de aquellos que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente (comprendidos en el citado inciso b), manteniéndose así el sistema de la representación.

La diferencia con el anterior régimen es notable, se deja atrás la categoría de incapacidad de hecho absoluta que colocaba, en principio, a toda persona menor de catorce años de edad en una situación de anulación como sujeto de derecho activo. El artículo 54, inciso 2, del derogado Código Civil establecía que tenían incapacidad absoluta los menores impúberes, mientras que los menores adultos sólo tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizaban otorgar (artículo 55, según ley 17711).

En consecuencia, de este conjunto de normas del nuevo Código se deriva la consagración del principio de autonomía progresiva, colocándose, ahora sí, la regulación civil bajo el paraguas del bloque de constitucionalidad federal, reconociéndose jurídicamente la existencia de realidades distintas dentro de todo el grupo de personas que tienen menos de dieciocho años de edad (lo cual se vincula con la distinción jurídica entre niños/as y adolescentes, tal como vimos en el apartado anterior).

A su vez, esto tiene efectos en relación al sistema de representación, ya que de este principio se derivan dos importantes consecuencias reguladas con carácter general y expreso por este artículo 26, a saber: que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada y que 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 trata de la consagración en el Código Civil y Comercial de las garantías que ya receipta la ley 26.061 (artículos 2, 24 y 27), en consonancia con la CDN (artículo 12), la

observación general (OG) 12 del Comité de Derechos del Niño (sobre el derecho del niño a ser escuchado) y la OC 17/2002, así como demás jurisprudencia (31) de la Corte IDH.

Esto implica la efectiva consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derecho, ya que para que la persona pueda efectivamente ejercer sus derechos debe contar con las herramientas instrumentales necesarias para ello: el derecho a la participación, el derecho a ser oído y el derecho a la asistencia letrada. Se prevén las garantías fundamentales de defensa material y técnica que no pueden ser obviadas en todos aquellos asuntos que hacen a la vida de las personas menores de edad, erigiéndose como condiciones jurídicas de posibilidad del ejercicio de los derechos.

Cabe considerar, asimismo, que este principio de autonomía progresiva y sus expresiones son transversales e irradian sus virtualidades a todo el sistema jurídico. Tal como señalan Marisa Herrera y Mariel Molina, los sistemas que están al servicio del abordaje de conflictos familiares se impregnan del paradigma constitucional/convencional en sus caracteres, principios y reglas, entre los que se destacan la tutela judicial efectiva y el principio del interés superior del niño, el que se encuentra guiado por el derecho a ser oído, la participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos que los involucran de manera directa y el principio de autonomía progresiva (32).

En suma, el nuevo Código Civil y Comercial establece el principio de autonomía progresiva, flexibilizándose el rígido sistema de incapacidad de hecho que consagraba el régimen anterior, a través de una regulación armónica con los estándares que emanan de la CDN, de las opiniones de los organismos internacionales de derechos humanos y de los postulados de la ley 26.061.

En este sentido, la Corte IDH ha dicho que, dentro de todo el grupo de personas menores de dieciocho años de edad, hay gran variedad de situaciones en relación con el grado de desarrollo físico e intelectual, la experiencia y la información que poseen los distintos sujetos, "la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en este dominio"(33).

IV. Las decisiones en materias de salud y cuidado del propio cuerpo. Los derechos personalísimos y la noción de "competencia". Los efectos jurídicos para el adolescente

De acuerdo a los propios fundamentos del Anteproyecto del Código, éste regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional. Lo cual coincide con la visión doctrinaria actual en la materia (34), donde "la posición unánime, parte de que la competencia para adoptar decisiones médicas sobre uno mismo no debe confundirse con la mayoría de edad general ni con la capacidad formal en derecho civil"(35).

En este sentido, y de acuerdo al artículo 26 del Código Civil y Comercial, "se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

"Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

"A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

En este artículo vemos cómo se ponderan, por un lado, el principio de autonomía progresiva y, por el otro, el principio de protección especial, todo ello a la luz del principio del interés superior del niño, estableciéndose reglas de derecho para alcanzar un justo equilibrio, como son: la presunción de aptitud, la fijación de parámetros etarios en relación a la toma de decisiones por sí, la distinción entre tratamientos invasivos y no invasivos, la figura de la asistencia, las pautas de resolución en caso de conflicto y la mayoría anticipada.

Sobre la base de la consideración gradual de la edad a la luz de este principio de autonomía progresiva, se sigue una regulación escalonada que fija algunos límites o parámetros etarios, sin perjuicio de la posibilidad de que se demuestre la competencia de la persona menor de edad para ejercer el derecho antes de haber alcanzado la edad establecida o viceversa, Eleonora Lamm considera que se trata de pautas móviles "porque tener en cuenta sólo una edad fija predeterminada puede vulnerar la personalidad del niño que tiene suficiente madurez sin haber alcanzado dicha edad, y puede dejar desprotegido al niño que no ha adquirido suficiente autogobierno



a pesar de haber cumplido los años exigidos"[\(36\)](#). En el mismo sentido, para Sandra Wierzba, las edades señaladas en el artículo 26 no deben considerarse como pertenecientes a categorías rígidas sino que se asocian a una presunción *iuris tantum* a ser aplicada con cautela, en virtud de las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que pueden presentarse respecto a personas de una misma edad y a la variabilidad y la complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas [\(37\)](#).

En este sentido, en su OG 12, el Comité de Derechos del Niño celebra que, en algunos países, se haya establecido una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño/a y alienta a los Estados a que consideren la posibilidad de introducir ese tipo de legislación, lo cual permite que los mayores de esa edad tengan derecho a otorgar su consentimiento sin el requisito de que haya habido una evaluación profesional individual de su capacidad. No obstante, se recomienda también que los Estados garanticen que, cuando un niño/a menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión [\(38\)](#).

Asimismo, se observa que la norma ha recurrido a conceptos jurídicos indeterminados, como las nociones de "tratamientos invasivos" y "no invasivos", que abarcan una gran cantidad de actos relativos al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en virtud del dinamismo propio de las cuestiones médicas y bioéticas [\(39\)](#).

Este sistema de principios y reglas civilmente consagradas permite resolver en el plano fáctico los casos que rige este Código y, para aquellos supuestos que lleguen a la instancia jurisdiccional, otorgan al juez las herramientas jurídicas que debe interpretar y aplicar en el caso concreto, a fin de arribar a una decisión razonablemente fundada que componga la situación de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (de conformidad con los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial).

En cuanto a las personas menores de trece años, la regla es que la decisión relativa al cuidado de su cuerpo la adoptan sus representantes legales [\(40\)](#), sin perjuicio de su derecho a participar [\(41\)](#), salvo que, más allá de tener menos de trece años, por su edad y grado de madurez suficiente, se acredite y corrobore su competencia [\(42\)](#), sobre la base de la regla general que establece que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (artículo 26 del Código).

Para los/las adolescentes de hasta dieciséis años de edad, la ley presume (*iuris tantum*) que tienen aptitud para decidir respecto de los tratamientos que no son invasivos [\(43\)](#), mientras que, en caso de tratamientos invasivos o cuando esté en riesgo la integridad o la vida, su consentimiento debe integrarse con la asistencia de su/s progenitor/es [\(44\)](#). De este modo, se complementan el principio de autonomía progresiva con la responsabilidad parental a la luz del principio del interés superior del niño, que es el que primará en caso de conflicto entre ambos.

En cuanto a la figura de la "asistencia", podemos entenderla como un control que ejerce un tercero, en este caso el o los progenitores, en virtud del cual la persona menor de edad actúa por sí, sin ser reemplazada, no obstante lo cual su consentimiento debe contar o integrarse con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido, por lo que asistencia y representación se diferencian claramente y tienen, en consecuencia, diversos alcances, la representación implica un mecanismo de sustitución de la voluntad del niño, niña o adolescente, mientras que la asistencia conlleva un acompañamiento justificado para su protección [\(45\)](#).

Finalmente, para las y los adolescentes de dieciséis años en adelante rige la mayoría anticipada, sobre la base de entender que ésta "se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad"[\(46\)](#). Esta mayoría anticipada para cuestiones médicas tampoco luce absoluta, algunas limitaciones surgen del propio Código, como en lo relativo al otorgamiento de directivas médicas anticipadas en la medida en que el artículo 60 exige que se trate de persona plenamente capaz [\(47\)](#), y otras limitaciones provienen de leyes especiales, tal como veremos más adelante en el presente trabajo.

Es decir que el Código regula cuatro supuestos [\(48\)](#):

- niños y niñas: representación más derecho a participar;
- adolescentes hasta dieciséis años, tratamientos no invasivos: consentimiento propio;
- adolescentes hasta dieciséis años, tratamientos invasivos: consentimiento propio más asentimiento del/los progenitor/es;
- dieciséis años o más: mayoría anticipada.

Ahora bien, el artículo 26 hace referencia a la "aptitud para decidir por sí" (que se presume *iuris tantum* a partir de los trece años para los tratamientos no invasivos), esto nos lleva a la idea de "competencia", noción

ineludible en relación al ejercicio del derecho a la salud y que ha tenido un vasto desarrollo en el campo de la bioética.

Se ha entendido a la competencia como "la aptitud de un individuo de entender lo suficiente como para tomar una decisión autónoma"<sup>(49)</sup>; en esta línea, Aída Kemelmajer y Nora Lloveras han puntualizado que se trata de un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos, que no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando y requiere una evolución, ya que implica analizar "si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar"<sup>(50)</sup>.

Confluyen así las nociones de dignidad humana, autonomía de la voluntad y competencia, lo cual supone el reconocimiento y respeto a que la persona pueda decidir sobre sí y en relación a su proyecto de vida autorreferencial, a la luz de sus aptitudes y habilidades para ello. La clave está en hallar el equilibrio entre no anular al sujeto ni desprotegerlo.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar el impacto que a nivel mundial tuvo el famoso caso "Gillick"<sup>(51)</sup>, resuelto por los tribunales de Gran Bretaña en 1985, en materia de derechos sexuales y reproductivos de los/las adolescentes. Luego de este precedente, surge la noción "Gillick competent", refiriéndose a aquella "categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en la generalidad de la vida civil, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez"<sup>(52)</sup>.

En nuestros tribunales también observamos jurisprudencia que reconoció el ejercicio del derecho personalísimo a la salud por parte de niños, niñas y adolescentes, empezando por recordar el caso "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la CABA en el año 2003, también relativo al ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva, entre otros casos en los que se trataron diversas cuestiones relativas a la salud (como la autorización de intervención quirúrgica de readecuación sexual o el cese de intervenciones oncológicas paliativas, entre otros)<sup>(53)</sup>.

Siguiendo la línea que nos proponen las nociones de "competencia" y "aptitud", vemos cómo esta idea relativa a una evolución progresiva en la posibilidad de adoptar decisiones personales autónomas para el ejercicio de derechos personalísimos se encuentra ínsita en el principio de "autonomía o capacidad progresiva" que regula el Código Civil y Comercial en relación al cuidado del propio cuerpo, siendo éste el concepto que actualmente fija el estándar en la materia <sup>(54)</sup>.

En este sentido, Silvia Fernández señala que la "noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia (...). Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello aun cuando éste no tenga plena capacidad pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir"<sup>(55)</sup>.

Asimismo, no podemos dejar de conectar el artículo 26 del nuevo Código con el artículo 59 del mismo cuerpo legal, que se refiere justamente al consentimiento informado para los actos médicos e investigaciones en salud, entendiéndose por tal a la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada sobre determinados aspectos <sup>(56)</sup>, estipulándose que "si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

La noción de consentimiento informado es fundamental en lo relativo a la toma de decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo y al ejercicio del derecho a la salud, pues se trata de un "estado psicológico empírico en que puede afirmarse que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal"<sup>(57)</sup>.

La regulación prevista por el artículo 59 del Código resulta coherente con los preceptos de la ley nacional 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud que, en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad, prevé que "el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad", puntualizando específicamente que "los niños, niñas y

adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud (artículo 2, inciso e). Al respecto, y como ya vimos anteriormente, la ley 26.061 sigue los postulados de la CDN, consagrando el principio de autonomía progresiva.

A su turno, la reglamentación de este precepto, en lo que se refiere a las personas menores de edad, establece que "los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al comité de ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26.061" (artículo 2, inciso e, del decreto 1089/2012). Lo cual guarda también un punto de conexión con la regulación del artículo 26 del Código para el caso de conflicto, donde se prevé la consideración del interés superior del niño sobre la base de la opinión médica, es decir que en ambos casos se considera la experticia o pericia de la medicina para evaluar las consecuencias posibles.

Eleonora Lamm ha dicho que este artículo 59 "supone que los menores de edad, y en especial los adolescentes, pueden y deben considerarse facultados para aceptar y consentir por sí mismos ciertos tratamientos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta", traducándose "en la simplificación de las reglas jurídicas en todo aquello que se refiere a decisiones sobre procedimientos médicos a realizarse sobre el propio cuerpo"[\(58\)](#).

Es decir que, en los casos que conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo al principio de autonomía o capacidad progresiva los menores de edad —especialmente los adolescentes— tienen aptitud para decidir por sí, están en condiciones de prestar su consentimiento informado [\(59\)](#), que implica, en definitiva, la materialización práctica de esa autonomía [\(60\)](#), debiendo respetarse sus derechos esenciales como pacientes: a la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad, la confidencialidad [\(61\)](#), la autonomía de la voluntad, la información sanitaria y la interconsulta médica (artículo 2, ley 26.529).

En otros casos, este consentimiento informado de las personas menores de edad deberá ser integrado o complementado con el asentimiento de sus representantes legales. Y, finalmente, en aquellos casos en los que carezcan de la aptitud para decidir por sí y expresar esta voluntad, el consentimiento deberá ser otorgado por sus representantes legales. Representación legal que, en principio, corresponderá a sus progenitores sobre la base de la responsabilidad parental, aspecto sobre el que reflexionaremos en el siguiente apartado de este trabajo.

En estos últimos supuestos, se ha hablado doctrinariamente de la idea del "consentimiento participado". Aída Kemelmajer y Nora Lloveras entienden que la persona debe estar lo más asociada posible al proceso de adopción de la toma de decisión, así los sujetos sin competencia se acercan a la decisión a través de un sendero diferente al del consentimiento informado pero lo más cercano posible, debiendo ser aproximados a la decisión a asumir mediante todos los recursos posibles [\(62\)](#) y de esta forma poder ser de alguna manera partícipes, en la medida de sus posibilidades y con diversos perfiles, de una decisión que recaerá sobre su persona y su cuerpo.

Por su parte, el decreto reglamentario de la ley 26.529 hace alusión al consentimiento por representación en el caso de los pacientes menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar, estableciéndose que se escuchará su opinión y que deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender a favor del paciente, respetando su dignidad personal y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento (artículo 5, decreto 1089/2012).

En consecuencia, debemos considerar principalmente dos disposiciones dentro del Código Civil y Comercial en relación a las decisiones de los menores de edad sobre el cuidado de su propio cuerpo, por un lado, las pautas que establecen el ejercicio de este derecho con específica regulación respecto de los adolescentes —artículo 26— y, por otro, la relativa al consentimiento informado —conforme al artículo 59—. Como señala Sandra Wierzba, ambos artículos "resultan claras expresiones del principio de autonomía progresiva, que implica la asunción, por parte de los niños, niñas y adolescentes, de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez. Suponen la regulación integral y sistemática de la materia que viene reclamando la doctrina y requieren de una interpretación armónica"[\(63\)](#).

Cabe también destacar que esta nueva regulación civil presenta adecuaciones a lo establecido en los estándares internacionales de derechos humanos. En este sentido, corresponde considerar los lineamientos que en esta materia establecen las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [\(64\)](#).

En cuanto a las observaciones del Comité de Derechos del Niño, la OG 12 establece, respecto del derecho a



expresar su opinión y participar en la atención de su salud, el deber de incluir a los niños/as (incluso los pequeños) en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades, suministrándoles información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para aquéllos con discapacidades. Se señala la necesidad de que los Estados introduzcan leyes o reglamentos para garantizar el acceso de los niños/as al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad, en los casos que sea necesario para la protección de su seguridad o su bienestar (65).

Asimismo, la OG 3 del año 2003, sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, establece que los niños y niñas tienen derecho a participar en consonancia con su etapa de crecimiento, habiéndose comprobado que las intervenciones son más beneficiosas para ellos y ellas cuando participan activamente que cuando son meros objetos de las decisiones adoptadas, destacándose que los Estados deben velar por que todos los niños/as puedan acudir voluntariamente y de manera confidencial a servicios de asesoramiento y pruebas de detección de VIH, de acuerdo a su etapa de desarrollo, ya que es fundamental para la observancia del derecho a la salud (66).

En otra OG también del año 2003, la 4, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité considera fundamental el derecho a expresar su opinión libremente y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, debiendo los Estados tener la seguridad de que se da a los adolescentes una posibilidad genuina de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que lo afectan, para lo cual se requiere crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones. Asimismo, los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a los adolescentes, y esa información sólo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos (67). Vemos, así, la importancia de que se respeten sus derechos como pacientes frente a los profesionales de la salud, tal como establece la ley 26.529 y su decreto reglamentario.

Puntualmente en cuanto a las enfermedades de transmisión sexual, el Comité considera que los Estados deberían garantizar la existencia y fácil acceso a los bienes, servicios e información adecuados para prevenir y tratar estas infecciones y adoptar medidas para eliminar todos los obstáculos que impiden el acceso de los adolescentes a la información y a las medidas preventivas, como los preservativos y la adopción de precauciones, así como elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Asimismo, los Estados deben sancionar normas para que se proporcione a los adolescentes asesoramiento confidencial sobre el tratamiento, para que puedan prestar el consentimiento con conocimiento de causa, debiéndose fijar la edad requerida para ello o hacer referencia a la evolución de las facultades del niño/a (68). Lo cual vemos que coincide con la regulación prevista en el analizado artículo 26 del Código Civil y Comercial.

Finalmente, en la OG 15 del año 2013, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), se establece la importancia de la participación de los niños y niñas en función de su edad y madurez, debiendo considerarse sus opiniones sobre todos los aspectos relativos a la salud (69). El Comité también reconoce expresamente que las capacidades cambiantes del niño/a repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud y que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños/as especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla; de ahí la importancia de planificar, elaborar, aplicar y supervisar políticas e intervenciones apropiadas que tomen en consideración las capacidades y las necesidades cambiantes de los niños y niñas en el transcurso del tiempo y contribuyan a la prestación de servicios sanitarios pertinentes (70).

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su OG 14 del año 2000 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), señaló que los Estados deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud, puesto que el ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva, destacándose que la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes será su interés superior (71).

En virtud de todo lo expuesto, y a la luz de la interpretación intra e intersistémica de las normas del Código Civil y Comercial, principalmente los artículos 26 y 59, en coherencia con las leyes 26.529 y 26.061 y a la luz de los estándares que emanan del bloque de constitucionalidad federal, podemos colegir que los niños, niñas y,

con un tratamiento especial, los adolescentes tienen derecho a ser partícipes de acuerdo al principio de autonomía progresiva del proceso de toma de decisiones que implican el ejercicio de derechos personalísimos, como son los relativos al cuidado de su propio cuerpo.

Tienen derecho a expresar sus opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez; tienen derecho a ser asistidos e informados en todo lo relativo a su derecho a la salud; tienen derecho a que se respete su intimidad y que se resguarde su derecho a la confidencialidad. También tienen derecho a adoptar decisiones autónomas en la medida en que tengan competencia y discernimiento para ello, debiendo en tales casos poder prestar su consentimiento informado; en caso de que no posean aún dicha aptitud, tienen derecho a que se los asista en esta toma de decisiones a través de un consentimiento participado; y, finalmente, tienen derecho a que se los represente cuando su protección especial así lo exija. Todo ello siempre a la luz del principio del interés superior del niño, que implica la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos (artículo 3 de la CDN y artículo 3 de la ley 26.061).

Como dijimos anteriormente, la clave está en el equilibrio y la composición entre la protección especial y la autonomía progresiva, ya que "tan contrario al ansiado 'interés superior del niño' es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están" (72), creándoles obligaciones injustas a su cargo.

V. ¿ Autonomía progresiva v. responsabilidad parental? Reflexiones sobre una relación inversamente proporcional

Ahora corresponde que nos centremos en la relación que se da entre autonomía progresiva y responsabilidad parental respecto de las decisiones relativas al cuidado del cuerpo de niños, niñas y adolescentes. Algunas ideas sobre esta vinculación ya han sido esbozadas o anticipadas en lo que va del presente trabajo. Es que si, como dijimos, el equilibrio debe buscarse entre la proyección autorreferencial del sujeto activo en el ejercicio de sus derechos personalísimos y la protección especial que con jerarquía constitucional y convencional se les reconoce a las personas menores de edad por su particular condición de vulnerabilidad, ineludiblemente debemos reflexionar sobre cuál es el contenido de esa protección en esta materia que, en consecuencia, implica responsabilidades a cargo de la familia, la sociedad y el Estado (artículo 19, CADH).

Hablamos de responsabilidad parental porque la responsabilidad primaria y prioritaria en el cuidado de los niños, niñas y adolescentes recae en la familia y, dentro de ésta, en sus progenitores (artículo 18 de la CDN, artículo 7 de la ley 26.061 y artículos 638 y 640 del nuevo Código), lo cual se basa en el derecho humano a la vida privada y familiar o intimidad familiar y su protección contra injerencias arbitrarias (artículo 19, CN; artículo 16, CDN; artículo 11, CADH; artículo, 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos, y artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre). Es en este sentido que el Código Civil y Comercial regula, como una de las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental, el cuidado personal (73) de los hijos/as por los progenitores (artículo 640, inciso b), que deviene en un deber específico de éstos hacia aquéllos (artículo 646, inciso a).

Una aclaración preliminar es el cambio en la terminología, que pasó de denominarse "patria potestad" a "responsabilidad parental" (74), ya que lo que los padres y madres tienen en relación a sus hijos/as es una gran responsabilidad que se concentra en un conjunto de deberes y derechos para su protección, desarrollo y formación integral (artículo 638 del nuevo Código) y no una potestad. De esta manera, la nueva regulación civil refleja la comentada democratización en las relaciones intrafamiliares y en las vinculaciones entre padres/madres e hijos/as, lo cual es también consecuencia de la incidencia del principio de autonomía progresiva (75).

Emerge de los propios fundamentos del Anteproyecto de Código que la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración con respecto al hijo la evolución de sus facultades, para brindarle la dirección y orientación apropiadas a fin de que ejerza los derechos que le son reconocidos (artículo 5 de la CDN), y, así, pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (preámbulo de la CDN).

En consecuencia, es este artículo 5 de la CDN el que fija como estándar constitucional/convencional de derechos humanos la inexorable vinculación proporcional y complementaria entre autonomía progresiva y responsabilidad parental. Ambas se implican interdependientemente y esta última va cediendo gradualmente a medida que se va forjando la primera, todo ello en pos del interés superior del niño, niña y adolescente (76). Entonces, autonomía progresiva y responsabilidad parental resultan "dos cuestiones directa y proporcionalmente relacionadas, cuya articulación exige un ensamble complejo, como resultado del cual, los avances en el ejercicio

de la autonomía requerirán un adecuado ajuste y resignación a las facultades de 'dirección' paterna", poniéndose el acento en la función que ejercen los padres/madres con miras a facilitar al hijo/a el ejercicio por sí de sus derechos (77).

Esto se refleja expresamente en el artículo 639 del Código Civil y Comercial, que enumera los principios generales por los que se rige la responsabilidad parental, a saber: el interés superior del niño (inciso a); la autonomía progresiva del hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, estableciéndose que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos/as (inciso b), y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (inciso c). Como vemos, se trata de principios, derechos y garantías de jerarquía constitucional y convencional que recepta asimismo la ley 26.061, y a los cuales nos hemos referido con anterioridad en este trabajo.

Puntualizando en el principio de autonomía progresiva, él impregna la regulación sobre la responsabilidad parental con transversalidad y, así, entre los deberes de los progenitores (artículo 646) se encuentran el de considerar las necesidades específicas del hijo/a según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo (inciso b); respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos (inciso c) y prestar orientación y dirección al hijo/a para el ejercicio y efectividad de sus derechos (inciso d).

Como decían Nelly Minyerski y Marisa Herrera hace ya algunos años: "de manera inversamente proporcional, a medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero", el principio de autonomía progresiva incide tanto en el régimen de capacidad como en el de responsabilidad parental, "toda vez que las responsabilidades (no potestades) de los adultos deben evolucionar en pos de lograr un mayor respeto por aquella autonomía. En conexión directa con la gradualidad referida en materia de capacidad, estas responsabilidades van desde una total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión. Este es el único camino para lograr el objetivo primordial: capacitar a los hijos para lograr su autodeterminación"(78).

Otro de los deberes de los progenitores, derivados de la responsabilidad parental y que se vincula con este tema, es la representación del hijo/a (artículo 646, inciso f), el cual se conecta con el artículo 26 del Código, en tanto establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, tal como lo analizamos oportunamente, y con los artículos 100 y 101, inciso b, del mismo cuerpo legal, de conformidad con los cuales los niños, niñas y adolescentes ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí, siendo éstos sus padres/madres (79), sin perjuicio de la actuación —complementaria o principal— del Ministerio Público (artículo 103).

Como vimos, la nueva regulación mantiene el sistema de representación, en protección de los niños, niñas y adolescentes cuando éstos no tienen aptitud para ejercer por sí sus derechos. La representación implica la sustitución de la voluntad de la persona por la de otra (siempre considerando su interés superior); ahora bien, la incidencia del principio de autonomía progresiva a través del reconocimiento de la adquisición gradual de competencias o capacidades decisorias por las personas menores de edad implica que a medida que esta autonomía aumenta, la representación debe ir cediendo hacia figuras como la asistencia y la colaboración (80), sobre todo en decisiones tan trascendentales como las que hacen al ejercicio de derechos personalísimos, entre ellas las relativas al cuidado del propio cuerpo, donde tienen fundamental incidencia los principios y nociones del campo de la bioética.

En suma, luce expresa la conexión o cruce nodal y general entre autonomía progresiva y responsabilidad parental, estableciéndose como principio general que "a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos/as" (artículo 639, inciso b) (81). Se trata de reconocer el real protagonismo de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que los afectan y su derecho a la autodeterminación, pero sin obviar la debida protección especial que requieren en su calidad de tales, estableciéndose, en consecuencia, limitaciones razonables en la medida en que carezcan de edad y grado de madurez suficiente.

En este sentido, Elena Highton puntualiza que, en virtud del caso "Gillik", se entendió que los derechos de los progenitores existen sólo para beneficio de los hijos/as y para permitirles cumplir sus deberes; el derecho de los progenitores a elegir si sus hijos/as seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando éstos están en condiciones de aprehender la opción propuesta, por lo que dicho precedente realineó las relaciones de poder entre las generaciones (sin perjuicio de lo cual, entiende Highton que el derecho de las personas menores de edad no es absoluto y podrán presentarse oposiciones de los progenitores) (82).

Es decir que el concepto de "competencia", que auspicia el principio de autonomía progresiva, "vendría a ser

un límite a la autoridad paterno-filial, en total consonancia con lo previsto en el aludido art. 5 de la CDN<sup>(83)</sup>. Al respecto, se ha sostenido jurisprudencialmente que "las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños", que son "insusceptibles de ser ejercidos por representante pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad"<sup>(84)</sup>; de allí se deriva que "las reglas que rigen las relaciones paterno-filiales no deben interpretarse de forma que priven al niño o al adolescente del ejercicio de sus derechos fundamentales"<sup>(85)</sup>. Este precedente del Superior Tribunal de Justicia de la CABA (que ya hemos mencionado) en materia de ejercicio de derechos sexuales y reproductivos por parte de las personas menores de edad sentó importantes bases para interpretar la "tensión" o "complementariedad" entre responsabilidad parental y autonomía progresiva.

Kemelmajer, Herrera, Lamm y Fernández recuerdan que la protección del más débil es uno de los valores subyacentes en el nuevo Código Civil y Comercial, por lo que "en variados supuestos, especialmente los que comprometen la salud de esas personas vulnerables, esa protección requiere autorizar a la persona menor de edad la realización de ese acto y evitar la judicialización. Así, por ejemplo, solicitar la presencia de un progenitor para entregar un preservativo a un adolescente constituye una solución que atenta contra el reconocimiento del adolescente como sujeto de derecho, contra la satisfacción de su derecho a la salud y, a la par, configura una clara violación al principio de autonomía progresiva de raigambre constitucional y convencional"<sup>(86)</sup>.

Asimismo, el Comité de Derechos del Niño observa que los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres/madres o de otras personas tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial, debiendo facilitarles acceso a información sexual y reproductiva tengan o no el consentimiento de sus padres/madres o tutores; y que si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los progenitores de que se trata del interés superior del niño (OG 4 <sup>(87)</sup>). En consecuencia, el Comité considera que es fundamental disponer de políticas de respaldo y proporcionar a los niños, los padres/madres y los trabajadores sanitarios orientación adecuada basada en derechos con respecto al consentimiento, el asentimiento y la confidencialidad (OG 15 <sup>(88)</sup>) <sup>(89)</sup>.

Finalmente, no debemos olvidar que algunas limitaciones en materia de decisiones sobre el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes se imponen, tanto frente a la toma de decisiones que pudieran realizar por sí estos sujetos como a las de sus progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental, se trata de injerencias estatales que constituyen limitaciones razonables y fundadas constitucional y convencionalmente sobre la base de la protección especial de la que son acreedoras las personas menores de edad <sup>(90)</sup> y que, doctrinariamente, se han vinculado al llamado "paternalismo justificado"<sup>(91)</sup>.

Esta protección implicará una intervención estatal mínima respecto del derecho fundamental de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, debiendo resultar idónea o adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, en este caso la protección del derecho a la vida y a la integridad, de modo que sea la más benigna con el derecho intervenido y proporcional en sentido estricto, considerando que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención compensan los sacrificios que ésta implica para el titular del derecho <sup>(92)</sup>. Algunas de estas limitaciones surgen de leyes especiales, como veremos a continuación.

VI. El Código Civil y Comercial y las leyes especiales. La exigencia de interpretación armónica de los microsistemas

Ahora bien, las normas del Código Civil y Comercial que venimos analizando obviamente no se encuentran solas en el ordenamiento jurídico sino que coexisten con otras leyes, tanto nacionales como provinciales y locales, que también prescriben reglas sobre esta materia. En este sentido, Ricardo Lorenzetti ha señalado que el Código se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes, siendo relevante entonces que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento y cuya potencialidad impacta en cada uno de estos microsistemas <sup>(93)</sup>.

Refiriéndonos puntualmente al ámbito legislativo nacional, y sin perjuicio de las leyes 26.061 y 26.529, a las que ya hemos hecho mención, cabe considerar aquellas leyes especiales en materia sanitaria que deben ser interpretadas sistémicamente.

La Ley de Identidad de Género prescribe, para el acceso a los tratamientos integrales hormonales de personas menores de edad, la necesidad de la expresa conformidad del niño, niña o adolescente y la actuación de sus representantes legales y, en caso de intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, se

exige además la conformidad de la autoridad judicial competente (artículos 5 y 11 de la ley 26743).

Por su parte, la ley 17.132, de Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las Mismas, establece que para las operaciones mutilantes los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz (artículo 19, inciso 3).

La Ley de Sangre 22.990 prevé que se puede ser donante a partir de los dieciséis años de edad (artículo 44, inciso a) y que los menores de dieciocho años deben contar con la autorización de sus padres/madres o de sus representantes legales (artículo 44, inciso b).

Para ser beneficiario o beneficiaria y acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción humana medicamente asistida, la ley 26862 exige ser mayor de edad (artículo 7).

A su turno, la ley 24.193 sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos establece que sólo está permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años; sin perjuicio de lo cual, en los supuestos de implantación de médula ósea, las personas menores de dieciocho años, previa autorización de su representante legal, podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un determinado vínculo de parentesco (artículo 15).

El decreto 1282/2003, reglamentario de la ley 25.673 de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, dispone que en las consultas se procura la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de catorce años; asimismo, las personas menores de edad tienen derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna, manteniendo confidencialidad sobre ella y respetando su privacidad. Y que, en todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA; mientras que, en casos excepcionales y cuando el profesional así lo considere, se pueden prescribir otros métodos de los autorizados por la ANMAT (94), debiendo asistir las personas menores de catorce años con sus padres/madres o un adulto responsable (artículo 4).

En suma, podemos observar que hay cuestiones en las que se nos impone la interpretación sistémica del Código Civil y Comercial y de estas leyes especiales (95), que no siempre coinciden en su redacción. Pues, más allá de la aplicación de las máximas generales del derecho de "ley especial prevalece sobre ley general" y de "ley posterior prevalece sobre ley anterior", el gran desafío estará en que todos estos microsistemas deben interpretarse armónicamente entre sí, a la luz de los principios que emanan del Código y siempre sobre la base del respeto de los derechos humanos y garantías fundamentales del bloque de constitucionalidad federal, sin olvidar el principio de razonabilidad en relación a la bioética, que exigirá el equilibrio entre el principio de autonomía y el de beneficencia (96), pues "el derecho a la salud siempre se ocupará de cuestiones bien dinámicas y particulares, debiendo asignarse prioridad en casos concretos a valores tan importantes como la vida o la dignidad, decidirse sin demora en situaciones inesperadas y siempre considerar los riesgos que las respectivas decisiones supondrán para el propio paciente y para terceros" (97).

## VII. Reflexión final

En esta temática, el cruce entre autonomía progresiva y responsabilidad parental se instala en el centro de las tensiones que subyacen a los interrogantes relativos a: ¿qué decisiones sobre su propio cuerpo pueden adoptar por sí solos los niños, niñas y adolescentes? ¿Existen o no diferencias dentro del vasto y diverso grupo de sujetos que integran la categoría jurídica de las personas menores de dieciocho años de edad? ¿Cuáles son las decisiones que deben ser adoptadas por uno o ambos progenitores? ¿Cuáles por las personas menores de edad pero con asentimiento de los progenitores? y, finalmente, ¿para cuáles se requiere autorización judicial? Es a estos interrogantes a los que hemos intentado responder a lo largo del presente trabajo, con la humilde pretensión de presentar algunos razonamientos que conectan la normativa jurídica con jurisprudencia y doctrina que nos arroja luz y nos orienta en la tarea interpretativa. Y, para ello, hemos centrado el eje en el análisis reflexivo de la nueva regulación civil que, desde agosto del corriente año, se aplica a la materia.

En este contexto, hemos visto que se establece una presunción de aptitud para decidir a partir de la adolescencia, lo que no significa que antes no pueda existir; se regula la figura de la asistencia; se fija la mayoría anticipada a partir de los dieciséis años para el cuidado del propio cuerpo y se mantiene el sistema de representación para la protección de las personas menores de edad que carecen de aptitud para ejercer por sí estos derechos.

Esto se inserta en el marco de la relación inversamente proporcional entre autonomía progresiva y responsabilidad parental, de las regulaciones del consentimiento informado y el consentimiento por representación a la luz del respeto de los derechos del paciente y de la incidencia que tienen al respecto los



principios y las nociones que derivan del campo de la bioética. Sin olvidar la ponderación de las leyes especiales que establecen regulaciones específicas en materias sanitarias puntuales y que deben interpretarse armónica y sistémicamente con el Código Civil y Comercial y las leyes 26.061 y 26.529.

Todo ello a la luz de los principios y lineamientos de derechos humanos que emanan del bloque de constitucionalidad federal, entre los que cabe destacar —además de la autonomía progresiva— al interés superior del niño, la protección especial, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta y el derecho a participar.

En suma, la clave estará en no olvidar nunca, frente a las particularidades del caso concreto y a la luz de este marco de legalidad, la composición de estos principios generales que en el mecer de la balanza de la justicia deberán buscar el equilibrio entre no anular al sujeto ni tampoco desprotegerlo porque, como dice Silvia Fernández, tan dogmáticas y discriminatorias resultan las negaciones al reconocimiento de derechos de niños y niñas como las afirmaciones vacías de contenido y fundamentación que sostienen una equiparación con la situación adulta, obviando justamente su especial condición [\(98\)](#).

(\*) Abogada UBA. Becaria Doctoral CONICET. Docente UNICEN. Integrante del proyecto UBACyT 2013-2016, "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias".

(1) En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido a los órganos judiciales internos la realización del correspondiente control de convencionalidad, más allá del control de constitucionalidad, habiendo sentado en su doctrina jurisprudencial que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (Conf. casos "Almonacid Arellano y otros v. Chile", 26/9/2006, párr. 124, y "Trabajadores Cesados del Congreso —Aguado Alfaro y otros— v. Perú", 24/11/2006, párr. 128).

(2) Como el Dr. Germán J. Bidart Campos.

(3) Puntualmente en materia de constitucionalización/convencionalización del derecho de familia, ver Gil Domínguez, Andrés; Famá, M. Victoria y Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 2 a 53.

(4) Así lo ha entendido y sentado doctrina nuestra Corte Federal (Corte Sup.) en varios de sus precedentes como los casos: "Giroldi" (318:514), "Bramajo" (318:1940), "Mazzeo" (330:3248), "Carranza Latrubesse" (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV), entre otros.

(5) Corte IDH, "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala", 19/11/1999, párr. 194.

(6) Protección especial que encuentra también fuente jurídica en el ya mencionado artículo 19 de la CADH, en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo XVI del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— (todas estas disposiciones tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75, inciso 22, de la CN, menos la última norma mencionada que, no obstante, goza de jerarquía suprallegal al ser un tratado ratificado por nuestro país).

(7) En este sentido, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana y a las cuales ha adherido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup.) mediante la acodada 5/2009, expte. nro. 821/2009, reconocen la condición de vulnerabilidad que deriva de la edad.

(8) Párrs. 53 a 55.

(9) Párr. 60.

(10) A nivel local, muchas provincias también dictaron sus propias leyes de protección, adecuándose a estos lineamientos.

(11) Brevemente podemos decir que, a través de esta ley, se fijó el contenido legal del principio rector del interés superior del niño (artículo 3), se consagraron las garantías procedimentales y se reguló con mayor extensión el contenido de algunos derechos sustantivos; asimismo, se creó el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes y sus órganos a nivel nacional y federal, y se establecieron algunas pautas mínimas de actuación para todo el país.

(12) Entre los fundamentos del Anteproyecto se establece que se incorpora "el adolescente" y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad.

(13) En este sentido, Elena Highton, refiriéndose al artículo 75, inc. 23, de la CN, ha dicho que "(l) a Constitución Nacional subcategoriza a los niños, por cuanto los divide de acuerdo a sus edades, bajo la ponderación del término del período de enseñanza elemental, considerando a los que no lo finalizaron como mayores beneficiarios, distinguiéndolos de aquellos que han superado esa etapa. En consecuencia, la Constitución Nacional hace esta diferenciación dando preponderancia a la protección de los menores por sobre los adolescentes". (HIGHTON, Elena I., "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", en [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/LOS-J%C3%93VENES-O-ADOLESCENTES-EN-EL-C%C3%93DIGO](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/LOS-J%C3%93VENES-O-ADOLESCENTES-EN-EL-C%C3%93DIGO)

(14) "Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueron de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos" (texto según ley 26.579).

(15) En este sentido, algunos ejemplos de regulaciones latinoamericanas son las siguientes, "en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8069, de 1990), considera niño a la persona hasta los 12 años de edad y adolescente a la persona entre 12 y 18 años (art. 2). En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia (ley 17.823) entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (art. 1). El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739) define como niño a toda persona desde la concepción hasta los 12 años cumplidos y adolescente al mayor de 12 y menor de 18 años. En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) entiende por niño o niña a toda persona con menos de 12 años y adolescente a la persona mayor de dicha edad y hasta los dieciocho años (art. 2)". Conf. Fernández, Silvia, "Art. 25. Menor de edad y adolescente", en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título preliminar y Libro primero artículos 1 a 400, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 66.

(16) Como las leyes nacionales 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud, 26743 de Identidad de Género y 26657 de Salud Mental.

(17) No obstante la centralidad del artículo 5, "el principio de autonomía o capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la CDN. Así, desde su preámbulo se considera que el niño 'debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad', y en el art. 12 se garantiza al niño 'que esté en condiciones de formarse un juicio propio' el derecho 'de expresar su opinión libremente' en todos los asuntos que lo afectan, 'teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez'. A su vez, sendas disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores, y de otros responsables del niño de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.)". Conf. Lamm, Eleonora, "El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad", en Fernández, Silvia (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, t. I, AbeledoPerrot (ProView), Buenos Aires, 2015.

(18) Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada y concordada, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 171.

(19) FERNÁNDEZ, Silvia, "Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes", en Fernández, Silvia (dir.), Tratado..., cit., t. I.

(20) Por ejemplo, a través de las leyes nacionales 26.061, 26743, 26657.

(21) La segunda cuestión, es decir, la regulación de la actual "responsabilidad parental" la analizaremos en el punto V de este trabajo.

(22) Artículo 56: "Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley".

(23) Artículo 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".

(24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección..., cit., p. 171.

(25) Con expresa referencia en el artículo 3, al establecerse que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos, debiéndose respetar su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales

(inciso d). Así como también, en los artículos 19 (donde hace referencia al ejercicio del derecho a la libertad de ideas, creencias y culto religioso según el desarrollo de sus facultades) y 24 (que se refiere al derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo).

(26) HERRERA, Marisa, "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar", Revista de Derecho Privado, año II, nro. 6, Infojus, Buenos Aires, 2013, ps. 113 y 114. Ver también MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio (comp.), Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, 2ª ed, Editores de Puerto, Buenos Aires, 2008, ps. 43 a 70, y Gil Domínguez, Andrés; Famá, M. Victoria y Herrera, Marisa, Ley de Protección..., cit., ps. 167 a 178.

(27) El Código recientemente vigente mantiene la regulación sobre la capacidad y la distinción entre capacidad de derecho y de hecho, llamada más precisamente capacidad de ejercicio. Se define a la primera como la aptitud de toda persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos, pudiendo la ley sólo privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados (artículo 22).

(28) Regulación establecida en la sección 2ª, capítulo 2, título primero, Libro primero ("Parte general").

(29) Al respecto, la Corte IDH ha dicho que "debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos". (OC 17/2002, párr. 130).

(30) En palabras de Silvia Fernández: "la representación no se constituye en la regla en materia de ejercicio de derechos por las personas menores de edad. En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo se enfrenta a continuación con un principio —y no excepción— incorporado en forma expresa a la codificación civil por la reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos. Dice al respecto el segundo párrafo del artículo en comentario, luego de establecer la hipótesis de ejercicio de derechos mediante representación: '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'. Si analizamos el presente artículo en conjunto con el art. 22 ya comentado, podemos concluir que la incapacidad no es un principio en el CCiv.yCom., por cuanto son las limitaciones o restricciones las que constituyen la excepción en el nuevo sistema (art. 22)". Conf. Fernández, Silvia, "Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad", en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), Código Civil..., cit., p. 68.

(31) Ver Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas v. Chile", 24/2/2012, párrs. 196 a 208.

(32) HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, "El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran", en Fernández, Silvia (dir.), Tratado..., cit.

(33) Corte IDH, OC 17/2002, párr. 101.

(34) "En el ámbito de las decisiones sanitarias, 'tradicionalmente se ha considerado que por el paciente menor de edad o incapacitado debía consentir su representante legal'. Sin embargo, el tratamiento de esta cuestión ha experimentado un significativo cambio en los últimos años. El punto de inflexión de ese cambio ha sido, precisamente, la (...) toma de conciencia acerca de la naturaleza de este consentimiento como acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente. (...) en relación a los derechos de la personalidad rige una regla diferente, ya que por definición se trata de actos personalísimos y no susceptibles de representación", (Fernández, Silvia, "Responsabilidad parental...", cit., con cita a García Garnica, María del Carmen, El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 115).

(35) LAMM, Eleonora, "El derecho...", cit. En sentido coincidente, Sandra Wierzba sostiene que "la facultad de las personas de decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud". Conf. Wierzba, Sandra, "Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el derecho actual", RDF 62-2, AP/DOC/2062/2013.

(36) Lamm, Eleonora, "El derecho...", cit.

(37) Wierzba, Sandra, "Los adolescentes...", cit., p. 4.

(38) Párr. 102.

(39) KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia, "El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación", en [www.infojus.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-apli](http://www.infojus.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-apli). En este sentido, Sandra Wierzbza considera que "exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos y aquellos que no lo son". Conf. Wierzbza, Sandra, "Los adolescentes...", cit., p. 4.

(40) "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" (artículo 26 del Código Civil y Comercial).

(41) "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" (artículo 26 del Código Civil y Comercial).

(42) Lamm, Eleonora, "El derecho...", cit.

(43) Doctrinariamente se han entendido comprendidos los siguientes supuestos: vacunación, extracción de sangre, ecografía, radiografía, testeo de VIH, preservativos y anticonceptivos, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura. (KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia, "El principio...", cit.).

(44) Al respecto, se han mencionado los siguientes: colocación de DIU, operación quirúrgica, tratamiento oncológico, cirugía estética reparadora, tatuaje/piercing, criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad (KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y Fernández, Silvia, "El principio...", cit.).

(45) FAMÁ, M. Victoria, "Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo", RDF 57-5 y 6, AP/DOC/4134/2012 (con cita a Cifuentes, Santos, Elementos de derecho civil. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 218).

(46) KEMELMAJER, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel, Salvador y Minyersky, Nelly, Bioética y derecho, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 115.

(47) "(L)a decisión del legislador de posponer en el tiempo el derecho a tomar decisiones autónomas sobre procedimientos médicos que pueden involucrar un particular riesgo de muerte, definiendo que las directivas anticipadas sólo podrán otorgarse válidamente recién a partir de los dieciocho años, halla su razón de ser en la realidad descrita y resulta plenamente válido como principio general. Los casos individuales podrán tener un tratamiento diverso, según decidan los intérpretes de la ley en circunstancias especiales". Conf. WIERZBA, Sandra, "Los adolescentes...", cit., p. 7.

(48) Para un análisis detallado de cada uno de estos supuestos ver LAMM, Eleonora, "El derecho...", cit.

(49) LAMM, Eleonora, "El derecho...", cit. (con cita a Levine, M.; Anderson, E.; Ferreti, L. y Steinberg, K., "Legal and ethical issues affecting clinical child psychology", en Ollendick, Th. y Prinz, Rj. (eds.), Advances in Clinical Child Psychology, New York, Plenum Press, 1993, ps. 81 a 117).

(50) KEMELMAJER, Aída y LLOVERAS, Nora, "Artículo 7. Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento", en Casado, María (coord.), Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, 1ª ed., Aranzadi, España, 2009, p. 230.

(51) Corte de los Lores, "Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority". El fallo versó sobre la legalidad de la prescripción de anticonceptivos a personas menores de dieciséis años de edad, frente al reclamo de una madre que se opuso a dicha posibilidad en relación a sus hijas sin que medie su consentimiento.

(52) Fernández, Silvia, "Art. 26...", cit., p. 72.

(53) A modo ejemplificativo y no exhaustivo, podemos recordar los siguientes fallos: C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, "Peralta, Cintia S. y Cobacho, Lautaro A. s/fuga de hogar", 18/12/2001; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, "Meda del Río, Mónica v. Municipalidad de Vicente López s/amparo", 7/4/2002 (LL 2002-E-324); C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, "Durán de Costa, Mabel y otro v. Municipalidad de Vicente López", 5/7/2002; Juzg. Familia, Niñez y Adolescencia Neuquén n. 2, "N. N.", 20/3/2006; Juzg. Civ., Com., de Conciliación y Familia Villa Dolores, 2ª Nom., "C. J. A. y otra", 21/9/2007; Juzg. Civ. y Com. Rosario, 9ª Nom., "S. M. E. y otros", 15/8/2008; Juzg. Familia Mendoza n. 1, "B., L. A.", 16/9/2008; etc.

(54) Se ha dicho que "la palabra competencia proviene de la literatura norteamericana, en la que se utiliza el término capacity pero también competency. Conforme señalan Kemelmajer y Lloveras, en español, la palabra no es del todo exacta, pues en el ámbito procesal tiene un sentido técnico preciso, lo que ha provocado algunas

críticas. Por esto es que la doctrina hoy habla de autonomía o capacidad progresiva". (Lamm, Eleonora, "El derecho...", cit.).

(55) Fernández, Silvia, "Art. 26...", cit., p. 68.

(56) "a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento" (artículo 59 del Código Civil y Comercial).

(57) Kemelmajer, Aída y Lloveras, Nora, "Artículo 7...", cit., p. 230 —con cita a Arribere, R. y Vega, M. A., "El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica", Cuadernos de Bioética, nros. 2/3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 34; Benavente, María I., "El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado", ED 186-1343; QUINTANA TRÍAS, Octavi, "Bioética y consentimiento informado", en Casado, María (coord.), Materiales de bioética y derecho, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 168; LORDA, Pablo S., "La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas", en Feito Grande, Lydia (coord.), Estudios de bioética, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1997, p. 120—.

(58) Lamm, Eleonora, "El derecho...", cit.

(59) Ver CAMELO, Gustavo, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", Revista de Derecho Privado, año I, nro. 1, Infojus, Buenos Aires, 2012, ps. 73 a 111; CIRUZZI, M. Susana, "La experiencia interdisciplinaria en el proceso de consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes en el espacio sanitario", en Fernández, Silvia (dir.), Tratado..., cit., t. I.

(60) Fernández, Silvia, "Responsabilidad parental...", cit.

(61) Ver KEMELMAJER, Aída, "Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?", RDF 57-31 y ss.

(62) KEMELMAJER, Aída y LLOVERAS, Nora, "Artículo 7...", cit., p. 236. Asimismo, las autoras sostienen que "esta nueva expresión pretende describir y diferenciar el consentimiento otorgado por quienes son competentes (consentimiento informado) de la expresión de voluntad de quienes no lo son (consentimiento participado)".

(63) Wierzba, Sandra, "Los adolescentes...", cit., p. 4.

(64) Que nos marcan pautas de interpretación que el Estado debe observar para la aplicación de los tratados internacionales "en las condiciones de su vigencia" (en este caso, la CDN y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respectivamente), conforme al artículo 75, inciso 22, de la CN, tal como explicamos al iniciar este trabajo.

(65) Párrs. 100 y 101.

(66) Párrs. 12 y 22.

(67) Párrs. 8 y 11.

(68) Párrs. 30, 31 y 33.

(69) Entre ellos, por ejemplo, "los servicios que se necesitan, la manera y el lugar más indicados para su prestación, los obstáculos al acceso a los servicios o el uso de ellos, la calidad de los servicios y la actitudes de los profesionales de la salud, la manera de incrementar la capacidad de los niños de asumir un nivel de responsabilidad cada vez mayor en relación con su salud y su desarrollo y la manera de implicarlos de forma más eficaz en la prestación de servicios encargándoles la instrucción de sus propios compañeros. Se alienta a los Estados a que organicen consultas participativas periódicas adaptadas a la edad y la madurez del niño, así como investigaciones con los niños, y a que hagan lo mismo con los padres, por separado, a fin de conocer las dificultades que encuentran en el ámbito de la salud, sus necesidades en materia de desarrollo y sus expectativas con miras a la elaboración de intervenciones y programas eficaces sobre salud". (Comité de Derechos del Niño, OG 15, párr. 19).



(70) Párrs. 19, 21 y 22.

(71) Párrs. 23 y 24.

(72) Kemelmajer, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Fernández, Silvia, "El principio...", cit.

(73) Cuidado personal que, de acuerdo al artículo 648 del nuevo Código, consiste en los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

(74) En coherencia con la ley 26.061, cuyo artículo 7 habla de responsabilidad familiar.

(75) En este sentido, surge de los fundamentos del Anteproyecto que "la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional) ha tenido también un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos (...) La palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la 'potestas' del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente".

(76) "Es que el diferente patrón que surge de la Convención reemplaza los derechos de los progenitores sobre la persona del hijo por una conciencia de responsabilidad en la dirección de las acciones del niño o niña de conformidad a sus aptitudes; y el concepto de niño utilizado en la Convención, responde a una noción sociológica, biológica y psicológica, más que a un concepto jurídico". Conf. Highton, Elena I., "Los jóvenes...", cit.

(77) Fernández, Silvia, "Responsabilidad parental...", cit.

(78) Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa, "Autonomía...", cit., ps. 59 y 60.

(79) "Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe" (artículo 101, inciso b, del Código Civil y Comercial).

(80) Ver Minyerski, Nelly y Herrera, Marisa, "Autonomía...", cit., ps. 57 a 59.

(81) Al respecto se ha dicho doctrinariamente que "el entrecruzamiento central y general entre los arts. 26 y 638 se complementa con dos artículos que constituyen el nudo gordiano o columna vertebral de la regulación del derecho privado contemporáneo; nos referimos a los arts. 1 y 2, en especial, este último, referido a la 'Interpretación". Conf. Kemelmajer, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Fernández, Silvia, "El principio...", cit.

(82) Highton, Elena I., "Los jóvenes...", cit.

(83) HERRERA, Marisa, "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino", en [www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo\\_para\\_pensar\\_en\\_justicia\\_y\\_derechos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf).

(84) Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 2003, voto de la jueza Conde.

(85) Ídem, voto de la jueza Ruiz.

(86) KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia, "El principio...", cit. En consonancia con lo establecido en la ley nacional 25.673 de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable y su decreto reglamentario 1282/2003 (artículo 4).

(87) Párrs. 11, 28 y 32.

(88) Párr. 21.

(89) "En materia de VIH, este Comité manifiesta la importancia que los servicios de salud permitan, en particular a los adolescentes, participar en las decisiones que afectan a su salud, sean accesibles, confidenciales y no requieran el consentimiento parental; estableciendo que es la etapa de desarrollo en que se halle el niño o la niña la que determinará si se requiere su consentimiento directamente o el de su padre, madre o tutor, sin perjuicio de lo cual los Estados deben velar por que en todos los casos se respete el derecho del niño a recibir información antes de que se lleve a cabo ninguna prueba de detección del VIH. En cuanto a la protección de la confidencialidad de los resultados de las pruebas de detección del VIH, se señala el deber de que no se revele, sin consentimiento de la persona menor de edad, información sobre su estado serológico con respecto al VIH a terceras partes, incluidos los padres/madres" (OG 3, párrs. 20, 23 y 24).

(90) Ver fallo de la Corte Sup., "N.N. o U., V.", 12/6/2012, sobre vacunación obligatoria (con comentario de Bigliardi, Karina A., RDF, 2012, AP/DOC/4319/2012); y fallo de la Corte Constitucional de Colombia, "Yuly Ramírez Gómez, Pedro Antonio Cano Álvarez, Brahiam Daniel Montoya Zuleta, Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivera Ocampo demandan la inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley 1412 de 2010", 11/3/2014 (AP CO/JUR/3/2014), donde se resuelve la constitucionalidad de la prohibición legal de la práctica de la anticoncepción quirúrgica (ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio) a menores de edad. Ver también Famá, M. Victoria, "Autonomía progresiva...", cit.

(91) Ver Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia, "Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado", Revista de Daños, nro. 3: "Daños a la salud", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 535 a 587.

(92) FAMÁ, M. Victoria, "Autonomía progresiva...", cit., p. 17.

(93) LORENZETTI, Ricardo, "Introducción al Código Civil y Comercial", en [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf).

(94) Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

(95) Ver KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia, "El principio...", cit.

(96) Conf. FAMÁ, M. Victoria, "Autonomía progresiva...", cit., p. 16.

(97) WIERZBA, Sandra, "Los adolescentes...", cit., p. 10.

(98) FERNÁNDEZ, Silvia, "Responsabilidad parental...", cit.