ABOGACÍA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE RÍO NEGRO

Sede Atlántica-Viedma

INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CÍVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA: UNA DEUDA SALDADA

Directora: Dra. Paula Fredes

Alumna: Vega, Micaela Eliana

DNI N° 35736933

AÑO 2018

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina el 1 de Agosto del 2015, trajo consigo varios cambios relevantes, entre ellos la incorporación del principio de AUTONOMÍA PROGRESIVA de las personas menores de edad. Entendido el mismo como aquel que le garantiza a los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio personal de sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades, de modo que sean ellos quienes decidan y elijan cómo y cuándo pretenden hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses, siempre y cuando esa elección se posible y no resulte perjudicial a su interés superior.

Es por ello que consideré importante e interesante abordar cómo fue receptado en el actual Código Civil y Comercial.

Representa un tema absolutamente actual y por consiguiente original, siendo necesario su análisis por la implicancia notoria que este principio reviste en la vida de las personas y en las relaciones familiares.

Su incorporación era una deuda a saldar en clave a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional N° 26.061 y su correlativa en el ámbito provincial (ley N° 4109).

II. METODOLOGÍA

Para lograr identificar la incorporación y aplicación de la Autonomía Progresiva en la persona menor de edad, en el Sistema de Capacidad, he decidido realizar dentro del marco del presente trabajo una mención de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que basándose en nuestro ordenamiento jurídico han impulsado la necesaria incorporación del nombrado principio en el nuevo Código.

Luego de ello, comenzaré haciendo alusión a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, delimitando el principio primordial, sobre el cual siempre se debe velar, el INTERES SUPERIOR DEL NIÑO y la representación en su articulado del Principio de Autonomía Progresiva. Así también a la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes.

Seguidamente me abocaré al foco central del trabajo haciendo hincapié en lo establecido, sobre Autonomía Progresiva, en el ya vigente Código Civil y Comercial, realizando un análisis detenido sobre lo allí establecido y sus manifestaciones en casos determinados.

Es importante aclarar que, paralelamente, seguiré análisis doctrinarios, elaborados por los profesionales trascendentales de la temática.

Para el logro del objetivo planteado, el cual consiste en "Manifestar la incorporación de la Autonomía Progresiva de las personas menores de edad en el sistema de Capacidad del Código Civil y Comercial de la Nación", utilizaré como fuentes tanto fallos jurisprudenciales que reflejen su aplicación, normativa internacional y nacional como doctrina. Haciendo referencia además a las manifestaciones que en la vida cotidiana vemos reflejadas el principio abordado.

III. POSTURA DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL QUE IMPULSARON LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CC Y C.

La incorporación del principio se vio influenciada, entre muchos factores por la postura tomada tanto jurisprudencial como doctrinariamente.

Así la doctrina se manifestó por la importancia de entender que el cambio de paradigma que introducen tanto la Convención de los Derechos del Niños, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 77 inc. 22 en la reforma de 1994, como la Ley de Protección Integral N° 26.061 no solo afirman que los niños son titulares de derechos sino que además deben tener "un rol protagónico en la

decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos" de acuerdo a la autonomía progresiva[1].

Por lo tanto, si bien se sentaban directrices basadas en el interés superior del niño, el derecho a ser oído y la autonomía de ellos, el sistema jurídico civilista de Vélez Sarsfield no contemplaba la evolución de las facultades de aquéllos para el ejercicio de los derechos personalísimos, dentro de los que se encuentra la posibilidad de decidir o consentir actos sobre el cuidado del propio cuerpo, entre otros.

Es por ello, que para estar a tono con la idea de los niños y adolescentes como sujetos de derechos y, particularmente, con el principio de autonomía progresiva, era absolutamente necesaria su incorporación en un nuevo Código Civil y Comercial[2].

Así también, entre las conclusiones del Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, se incluyó el tema bajo la denominación "Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo" y dentro de las conclusiones se señaló la necesidad de armonizar los ordenamientos de protección de la niñez y adolescencia con los Códigos Civiles y/o Códigos de Familia, y se estableció el concepto de autonomía o capacidad progresiva de niños y adolescentes en reemplazo del concepto de incapacidad[3]

---

[1] SABRINA VIOLA, "Autonomía Progresiva de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente"

[2] DELLE VEDOVE MARÍA JULIA, "La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente".

[3] Encuentro celebrado en noviembre de 2006. Tema "Capacidad Progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Expositora Nelly Minyersky, Directores del Debate: Mauricio Mizrahi y Néstor Solari; Secretaria María Victoria Famá.

Se trata, al decir de Marisa Herrera, de que el derecho recepte una verdad incontrastable: las evoluciones de las facultades de los niños y adolescentes distinguiéndose el tipo de acto que se trate, para lo cual se debería diseñar un sistema que recepte la siguiente relación inversamente proporcional: a mayor madurez o aptitud de comprensión por parte de niños y adolescentes, menor sería la representación, reemplazo o sustitución por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyan cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos.

Además, la misma postura centrada en que el principio de Autonomía Progresiva debía ser incorporado normativamente se observaba en el ámbito de la jurisprudencia e incluso en el derecho comparado, así se expresaba en el caso "Gillick"[4],en Londres, a partir del cual se construyó el término conocido como "Gillik competent", para referir a una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en términos generales, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez.

A partir de allí, en el derecho comparado fue construyéndose la doctrina de la autonomía progresiva, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud. Así en este caso el tribunal decidió, que la capacidad médica se alcanza a los 16 años; si la persona todavía no llegó a esa edad, se aplica la llamada "Gillick Competence": un menor es Gillick competent si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender y suficiente inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto. Si no es competente o no alcanzó los 16 años el consentimiento debe ser dado por quien tenga la responsabilidad paterna.

---

[4] *Gillick v West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority* [1986] AC 112 Cámara de los Lores.

Así es la regla inglesa para la resolución de los conflictos entre la voluntad del hijo menor de edad y la –opuesta- de sus padres. Entonces, acá la noción de competencia, se identifica con el principio jurídico de autonomía progresiva, diferenciándose así del concepto de capacidad tradicional.

Así también la Corte Suprema de Justicia sostuvo que "*Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud —desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.— que, por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en "actos jurídicos" (art. 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899)", concluyéndose que "El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar*". Por lo tanto, y al igual que en el caso Gillik, se reconoce en el derecho argentino el concepto de "competencia" o "mayoría anticipada"[5].

En nuestro país varios precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por menores de edad; así, entre muchos, podemos citar la admisión de ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de sus padres (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 14/10/2003); la continuación de embarazo adolescente (JFlia N° 1 Mendoza, "B., L. A.", 16/09/2008).

---

[5] AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI MARISA HERRERA ELEONORA LAMM SILVIA E. FERNÁNDEZ, "El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación."

Ambas posturas, tanto la doctrinaria como la jurisprudencial, hayan su sustento en todo el complejo normativo que rodea y enmarca este nombrado principio, ya que fue la legislación en sí misma quien a través de su articulado dio los pautas que abrieron las puertas a la necesidad de incorporar el principio de Autonomía Progresiva en el nueva legislación de fondo.

IV. COMPLEJO NORMATIVO INVOLUCRADO

A) Convención de los derechos del Niño:

Como señalé anteriormente el sistema jurídico dio los inicios que llevaron a la necesidad de análisis e incorporación del principio de autonomía progresiva en nuestro CCyC. Así hago alusión a la Convención de los derechos del Niño -de ahora en más CDN- , que como todos sabemos a partir de la reforma constitucional producida en 1994, se han incorporado con jerarquía constitucional una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos dicha Convención. La CDN constituye un instrumento de derechos humanos de Niños Niñas y Adolescentes, que los desplaza desde el lugar de objetos de protección y preocupación al de sujetos de derechos.

Se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos[6] mediante la promoción del interés superior del niño, como principio

[6] MIGUEL CILLERO BRUÑOL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

rector guía de todas las medidas relativas a los menores. Si bien los instrumentos internacionales que propugnan el interés superior del niño son numerosos, la Convención quiebra la lógica bajo la cual los sistemas nacionales de protección estaban establecidos hasta ese momento. Esto, a partir de la introducción de tres elementos fundamentales:

- En primer lugar, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.
- El segundo aspecto que cabe considerar es su amplitud. El principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior. Siendo también una norma de interpretación o de resolución de conflictos. Este principio es, sin lugar a dudas, una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención, que actúa además como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos.
- Finalmente, en tercer lugar, el interés superior del niño se erige en orientación o directriz política. El artículo 3 de la Convención refiere al interés superior como una "consideración primordial" para la toma de decisiones que afecten a los niños. Así lo establece el mismo:

> *"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*
> *2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras persona*

responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las Instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

En otras palabras, los derechos del niño no son asimilables a intereses colectivos porque pueden entrar en conflicto con un determinado grupo de interés social. En estos casos, el interés superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a intereses colectivos[7].

También incorpora en su art. 5° el principio de la autonomía progresiva, indicando a los Estados parte que deberán respetar los derechos y deberes de los padres, siendo su responsabilidad la de guiar a los niños en la medida del desarrollo, para que puedan ir aprendiendo y concretando el ejercicio de los derechos que la Convención titulariza en ellos. Esta nueva expresión de la autonomía progresiva implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez lo cual, como puede advertirse con facilidad, es absolutamente contrario al sistema rígido y cerrado del Código Civil de Vélez Sarfield[8]. Así lo expresa exactamente el art. 5°:

---

[7] SILVINA ALEGRE XIMENA HERNÁNDEZ CAMILLE ROGER, "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.1999-6179 / Marzo 2014"

[8] CARLOS GABRIEL DEL MAZO, "Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes su intervención en los términos de la ley 26.5291."

"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

En el artículo 12.1, el derecho de los niños a expresar su opinión en todos los temas que los afectan, la cual deberá ser tenida "debidamente en cuenta", en función de su edad y madurez. Nuevamente aquí se advierte el carácter protagónico que la Convención confiere a los niños en lo que hace al desarrollo de su vida, que contrasta con el perfil meramente tuitivo del Código Civil.

Art.12.1 *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."*

A) Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Además de la aludida Convención sobre los Derechos del Niño, la presencia, aceptación y fuerza normativa de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, en el año 2005 se sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que, en total consonancia con la CDN, recepta, profundiza y refuerza el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes. La ley entrona al niño y adolescente como sujeto pleno de derecho, como persona en formación y en ejercicio actual de su ciudadanía, entendida esta como la posibilidad del ejercicio pleno de esos

derechos como cualquier otro ciudadano. Sustentándose en dos pilares centrales, la "exigibilidad" de los derechos por ella delineados y el ejercicio de los mismos teniendo en cuenta el "interés superior del niño", ambos conceptos íntimamente relacionados entre sí, de su cumplimiento efectivo depende la puesta en acción de los postulados de la Convención, y solo con esa marcha activa de derechos es posible hacer que se concrete de manera clara el mejor interés de los niños. El parámetro del interés superior es central en el sistema jurídico creado por la Convención, siendo en definitiva el marco conceptual y jurídico desde el que se posibilita *"la protección de los derechos fundamentales" de los niños y adolescentes. El avance que la ésta ley en relación a este concepto se presenta en la re-significación del concepto y especialmente en su delimitación, ya que acierta en referir lo que se entiende por "interés superior". Así, en su artículo tercero dispone que "a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley"*[9]. Además, enumera algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para materializar el principio de Interés Superior del Niño, como ser:

> *"...a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...)".*

En consonancia con esta regla general, el art. 24 referido al derecho a ser oído, establece:

---

[9] FERNANDEZ SILVIA EUGENIA, "TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", editorial Abeledo Perrot, tomo N° 2 y 3 (2015)

"a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés" y "b) Que sus opiniones

sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo", derecho que como se dispone en la última parte de este articulado "se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo"

Este artículo ha mejorado técnicamente la redacción del artículo 12 de la CDN. Justamente, el derecho a la participación directa del niño ha sido uno de los hitos fundamentales que marcó el dictado de la ley 26.061 y en tal sentido provocó una sustancial alteración en las leyes internas, estructuradas sobre el viejo modelo de la minoridad, que destacan el aspecto tutelar y en donde, la representación legal adquiere trascendencia y relevancia fundamental.

Puede afirmarse que la expresión máxima del principio aquí abordado en la ley 26.061 se manifiesta mediante el art. 27 de la misma que indicando las garantias mínimas de procedimento:

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

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte."

Reconoce a los niños su derecho a la defensa material y técnica. Así, garantiza a los niños, niñas y adolescentes, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, el derecho a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares, a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

B) Necesidad de Incorporar el principio al CC Y C.

A pesar de lo anteriormente reseñado, es decir, de que en Argentina desde el año 1994, la Convención ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional y que en el año 2005 se dictó la ley de protección integral de los derechos del niño (26.061), sentando como directrices el interés superior, el derecho a ser oído y la autonomía progresiva de los niños; el sistema jurídico civilista de Vélez Sarsfield no contemplaba la evolución de las facultades de aquéllos para el ejercicio de los derechos personalísimos. Es por ello, que para estar acorde con la idea de los niños y adolescentes como sujetos de derechos y, particularmente, con el principio de autonomía progresiva; surge la necesidad de adaptar el nuevo Código Civil y Comercial a los ya nombrados cuerpos normativos.

El niño al ser considerado como un sujeto de derecho se le reconoce no solo la titularidad de un conjunto amplio de derechos sino también su capacidad para ejercerlos por sí mismo. Sin embargo, no se puede desconocer que los niños se

encuentran en una situación particular que es que son personas en desarrollo. Por lo tanto, en una primera instancia, son los padres o bien sus responsables legales quienes pueden hacer efectivo aquel conjunto de prerrogativas. Sin embargo, los adultos no pueden pretender ejercer los derechos que les competen a los niños hasta que estos cumplan la mayoría de edad. Lo contrario implicaría desconocerlos como sujetos capaces de poner en práctica sus derechos.

Es por ello que en función del principio de autonomía progresiva de la persona menor de edad le permite el ejercicio de sus derechos para que sea el mismo quien decida y elija cómo y cuándo pretende hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses. Ahora bien, aquella autonomía tiene una particularidad: lo es de acuerdo a la evolución de sus facultades. Es decir, los niños van adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas.

Para ello no se establece una edad biológica específica ni se establecen reglas fijas para determinar niveles de comprensión de acuerdo a una franja etaria, dado que aquellos no son iguales en todos los infantes. Y si bien es cierto que la edad de un niño es un indicador para conocer su desarrollo o grado de madurez, no tiene que ser el único a considerar. No hay que olvidar que ese proceso paulatino tiene lugar en un contexto que rodea al menor de edad y que también es determinante para la adquisición de sus facultades, por lo que no se producirá de la misma manera en todos los casos. Así, influye tanto la familia, como la educación, el lugar en el que se vive, la situación económica, entre otros factores del medio. En consecuencia, la autonomía progresiva es una noción que deberá ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad como así también la individualidad psicológica, social y cultural de cada niño.

V. ADOLESCENTE COMO CATEGORÍA INCORPORADA AL CCyC., EDAD Y CAPACIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINACIÓN DE CONDUCTAS. CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO.

El artículo 25[10] del nuevo estatuto legal denomina "menor de edad" a la persona que no ha cumplido 18 años y luego, dispone que se considera "adolescente" a la persona menor de edad que cumplió 13 años.

Como puede observarse la primera de las disposiciones ya había sido Introducida al Código Civil anterior pues, con la sanción de la Ley 26.579 en el 2009, se modificó el artículo 126 que disponía como techo de la minoridad los 21 años. La mencionada reforma vino a poner nuestra legislación interna en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño que, en su artículo primero, considera niño a todo ser humano menor de 18 años. Por lo tanto, son menores todas las personas que no han cumplido dicha edad, tanto desde la óptica del Código de Vélez como la del código actual.

La novedad en este tema es la noción de adolescente que se incorpora al nuevo Código Civil y Comercial, eliminando la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines de régimen de capacidad civil. Así, aquella persona que ha cumplido los 13 años es considerada adolescente. Se puede decir que se le brindan ciertas aptitudes, particularmente relacionadas con los derechos personalísimos (derechos que están unidos íntimamente a la persona, como por ejemplo a la salud, intimidad, imagen, honor, etc.), porque a partir de esa condición se presumen ciertas competencias relacionadas con decisiones privativas de su persona.

---

[10] **ARTICULO 25. Menor de edad y adolescente.** Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años

A su vez, el artículo 26[11] del nuevo código prescribe que la persona menor ejerce sus derechos a través de sus representantes (por ejemplo los padres). No obstante, aquel menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí mismo los actos que le son permitidos por el ordenamiento. Igualmente, puede contar con su propia asistencia letrada en caso de conflicto de intereses con sus representantes. Aquí se observa claramente el concepto de la "autonomía progresiva" que implica la asunción por los niños y adolescentes de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez.

Seguidamente se reconoce a los menores, en forma expresa, el derecho a ser oídos en juicio y a participar en las decisiones sobre su persona. Y finalmente, la segunda parte del articulo presume que el adolescente entre 13 y 16 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 de las consecuencias de la realización o no del acto médico.

---

[11] ***ARTICULO 26***. *"**Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad**. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que 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."*

Por lo tanto partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

La distinción entre los conceptos de tratamientos invasivos o riesgosos y tratamientos que no lo son será trabajo de los jueces quienes, para el caso particular, deberán establecerlo.

VI. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA.

Es de notarse que las dudas y discusiones nacen a partir de la interpretación de los articulados anteriormente nombrados y de su consiguiente aplicación, manifestándose en las distintas conductas que realizan día a día los niños, niñas y adolescentes. Lo que hace más trascendente el análisis del principio trabajado en el presente trabajo.

Sin pretensiones de abarcar todas las manifestaciones posibles en que se puede hacer presente el principio de autonomía progresiva, es que seguidamente presentaré alguna de ellas.

Como afirmé anteriormente, es un principio a ser aplicado en todos los ámbitos en el que se desenvuelve los niños, niñas y adolescentes, pero dentro de los más discutidos se encuentra el área de la salud y el filial. Es por ello que haré mención sobre algunas de las situaciones allí planteadas. Pero primero, es importante aclarar que no hay consenso doctrinario ni jurisprudencial de lo que expondré, sino que es la posición de una parte de la doctrina.

❖ Teniendo en cuanta el periodo etario de 13 a 16 años en el cual según el articulado del CC Y C sostiene que "...se *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...*":

Se presume autonomía,
Se consideran Actos
NO invasivos

- Preservativos y anticonceptivos.
- Extracción de sangre y otros estudios
- Vacunación
- Control HIV

Se requiere consentimiento del Adolescentes y asentimiento de uno de los representantes legales.

- Cirugía estética reparadora
- Tatuajes o Piercing
- Colocación de DIU
- Operaciones quirúrgicas (riesgosas)
- Interrupción del embarazo[12]

❖ Periodo etario entre 16-18 años

Se requiere sólo su consentimiento

- Donación de sangre
- Tatuaje/piercing
- Cirugía estética reparadora
- Negativa a someterse a transfusión o a intervenciones que NO ponen en riesgo la vida

❖ Conductas de menores de edad que requieren autorización judicial

- Operación mutilante (ej. Cambio de sexo).

[12] Si este adolescente por alguna razón fundada se niega a que se le informe a sus progenitores, debe intervenir el Ministerio Público.

- Internación de menores (al considerarse involuntaria)
- Tratamiento por adicciones (interviene criterio interdisciplinario)

❖ Se requiere mayoría de edad (exceden el cuidado del propio cuerpo)

- Ligadura de trompas o vasectomía
- Cirugía estética no reparadora
- Donante de material genético
- Ablación de Órganos o transplantes

- Cambio de Apellido → Adolescente: puede peticionar
  → Menor de 13 años: según la edad y grado de madurez.

- Consentimiento a la adopción → A partir de los 10 años la opinión del niño se debe tener en cuenta según edad y grados de madurez.

- Adopción derecho a conocer sus orígenes → tendrá acceso a expedientes y registros según la edad y grado de madurez

- Alimentos → El hijo puede demandar a su progenitor con asistencia Letrada[13]

Estas son algunas de las situaciones en las que se patentiza el principio de autonomía progresiva. Claramente no se agota en ellas, ni es el objetivo de este trabajo hacerlo, pero me pareció relevante mencionarlas.

Además de lo antedicho, la muestra por excelencia del ejercicio de la capacidad por parte de las personas menores de edad es la participación de los niños, niñas y adolescente frente a cualquier cuestión que lo involucre, factor común exigido en todo el plexo normativo previamente desarrollado, en pos de la defensa y garantía de aplicación del interés superior del niño, supeditados a ser tenidos en cuanta según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales.

La extensión o alcance del derecho a la escucha del niño en el proceso fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño[14], sobre el derecho del niño a ser oído. Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc. En relación a las nociones de edad y madurez suficiente, se afirma que se hace referencia a la

---

[13] AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI MARISA HERRERA ELEONORA LAMM SILVIA E. FERNÁNDEZ, "El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación."

[14] Dice así la Observación: "... El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente..."

capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. Lo que hay que dejar en claro es que no basta con escuchar al niño; sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

En torno a ello entiendo que para garantizar los derechos que los aparan y hacer efectivo tanto el principio de interés superior del niño como el de autonomía progresiva, en aquellos casos en que la decisión sea contraria a la opinión de la persona menor de edad, debe ser profunda y claramente argumentada so pena de caer en el dictado de una sentencia arbitraria.

Por lo tanto, haciendo un resumen de lo expresado en función del art. 26 del CCYC, contempla las siguientes situaciones:

a. Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física y psíquica, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

b. Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante

Siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, debiendo la decisión considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y autonomía progresiva, por el otro la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto

c. A partir de los 16 años el sistema se independiza de la incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica.

Ya señaladas algunas de las manifestaciones en las que se hace presentes el principio de autonomía progresiva no puedo dejar de mencionar un fallo del STJ del año 2015, al cual se llegó por una causa que se presentó ante el Juzgado N° 7 de Viedma en la cual la Sra. M.C.H requería la TUTELA de su nieta E.P.T ya que su hija, madre la menor (E.P.T), era adolescente (16 años).Ante dicha presentación el Juzgado decide recaratular la causa a GUARDA JUDICIAL, en desacuerdo con ello la Defensora de Menores e Incapaces interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio sosteniendo que corresponde reclamo de TUTELA y NO GUARDA. Se le rechaza la revocatoria y se acepta la apelación en subsidio.

En Cámara se rechaza la sentencia de primera instancia, razón por la cual la actora interpone recurso de casación ante el STJ, quien lo declaró improcedente.

Este escueto y superficial relato de los hechos es necesario para poder abordar lo que es relevante para el presente trabajo ya que me remitiré a los fundamentos que fueron tomados tanto por el Juzgado de Familia, Cámara de Apelaciones y el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (STJ), para argumentar su postura y decisión tomada. Lo que sucede es que algunos de ellos claramente no pasan el tamiz del cumplimiento normativo.

Es necesario comenzar con el argumento adoptado por el Juzgado de primera instancia para cambiar el tipo de proceso que fue demandado de forma oficiosa. Su postura se sostuvo en dos grandes pilares como ejes centrales, fomentar la responsabilidad parental de la madre adolescente y 2) reconocer su autonomía progresiva. Ante ello se manifestó:

> *"...cabe preguntarse si el matrimonio, como acto por sí mismo, debe ser valorado como sinónimo de madurez. Sin duda, la respuesta que se impone debe ser negativa, ya que también existe madurez en la decisión de una adolescente que no teniendo pareja decide afrontar sola*

la responsabilidad de ser madre o de dos padres jóvenes que deciden emprender una comunidad de vida sin unirse en matrimonio. Los grandes cambios sociales que se están operando en las familias actuales, sumado a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, han puesto en crisis los institutos tradicionales del derecho de familia, haciendo necesaria e impostergable su revisión a la luz del plexo constitucional de infancia…".

Puede vislumbrarse que el Juzgado de Familia protegió, en esta sentencia, el derecho de una adolescente a criar a su hijo y acompañarlo en los actos cotidianos durante su primera infancia.

Sumado ello se hace hincapié en el ejercicio de la responsabilidad parental. En el caso no existe razón por la cual se le deba negar el derecho a ejercerlo a su propia madre, con asistencia de la abuela. Que si nuestra normativa fomenta la protección y vínculo familiar, me preguntó ¿por qué en su aplicación buscaría contrario?. Notablemente la decisión del Juzgado garantiza cumplir con esencia de la norma.

También es de notar, como se aplica la normativa de forma dinámica, recordemos que ya existía el proyecto de Código Civil y Comercial el cual incorporaba el principio aquí abordado, como así también si bien los institutos familiares estaban siendo afectados ante tantos cambios sociales , los argumentos desarrollados por el Juzgado de Familia se apartaron de la norma en su sentido estricto interpretándola dinámicamente acorde a la realidad social, logrando no hacer distinciones ni diferencias ante la ley por el hecho de estar en matrimonio o soltera. ¿O acaso las personas en matrimonio deberían tener más derechos que otras?

En una postura contraria la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revocó la sentencia, retomando el trámite de tutela y básicamente su decisión la basó en dos razonamientos: "… *1. Por haber sido adoptada sin haberse escuchado durante el proceso a la madre adolescente y 2. Porque la solución propiciada deja*

desde el inicio de las actuaciones sin representación legal a la nieta de la peticionante…"

El primero de los fundamentos adoptados, cae en primer medida, ya que obvia el detalle que se había fijado la fecha para la audiencia con la adolescente, por lo tanto ese argumento para dejar sin efecto la anterior sentencia carece de sustento y convencimiento alguno, aun mas, ellos tomaron su decisión sin garantizarle ese derecho y contrariando otros principio normativos vigentes.

Y el segundo de los fundamentos lo valieron en que interpretaron que la figura de la guarda no estaba regulada expresamente por lo que el instituto correspondiente era la tutela.

En esta instancia judicial el voto disidente de la Dra. Filipuzzi de Vázquez, permite visualizar lo que sostengo en el presente trabajo, relacionado con como la jurisprudencia antes la vigencia del CC y C ya impulsaba la incorporación del principio de autonomía progresiva (recordemos que ya estaba presente el proyecto del mismo) expresando lo siguiente:

> *"…que la Convención sobre los Derechos del Niño -piso mínimo para garantizar los derechos humanos de la niñez y adolescencia- ha modificado el escenario de la niñez, impactando transversalmente todo el sistema de capacidad de los niños sostenido hasta este momento, y en el marco del nuevo paradigma de protección integral, las personas menores de edad son consideradas sujetos de derechos y ya no objetos de protección o incapaces, provocando una cambio de cosmovisión que ha planteado no pocos interrogantes. […] Y en ese sentido, la impronta que emana de la Convención y los principios de desarrollo y autonomía progresiva son los que deben primar y no una edad cronológica que fije a priori la capacidad/incapacidad para decidir los actos en los que se verá involucrado el niño, niña o adolescente. Precisamente, es ese concepto de autonomía o capacidad progresiva el que permite superar el paradigma del instituto de la capacidad/incapacidad propio de la época pseudo-tutelar en que se inscribe nuestro Código Civil, y determinara que, en cada caso en particular, habrá que verificarse el discernimiento del niño y/o adolescente, su madurez intelectual y psicológica, y*

en definitiva, su suficiente entendimiento (conf. Mizrahi, Mauricio, "Los derechos del niño y la Ley 26.601, LL 2006-A,858)…"

Este voto en disidencia evidencia el cambio causado en el sistema de determinación de capacidad de los niños niñas y adolescentes, demostrando el quiebre o ruptura del binomio capacidad/incapacidad siendo necesario abocarse ahora al principio de autonomía progresiva en el cual se tendrá en cuanta su madurez intelectual y psicológica.

Que los cambios sociales han desestabilizado los viejos institutos del derecho de familia clásico, entonces me pregunto ¿Por qué no adaptar la normativa a ello y dejar de aplicarla en un contexto en el cual en su esencia ya no es viable?.

Por lo tanto, esta disidencia muestra como ya la Dra. Filipuzzi de Vázquez ponía de resalto la necesidad de analizar las causas acorde a los nuevos sistemas de protección integral de los niñas, niñas y adolescentes teniendo como principios rectores el interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva.

Finalmente, ante la decisión tomada por la Cámara, la madre adolescente interpuso un recurso de casación ante el STJ. En su sentencia dicho cuerpo expresó que dicho recurso no supera el análisis de admisibilidad al tratarse de una controversia sobre el objeto de litigio ni corresponde a algunas de las excepciones previstas para que proceda. Sin perjuicio de declarar la improcedencia del remedio interpuesto por la actora, el Máximo Tribunal Provincial se introdujo en el fondo de la cuestión y expresó:

"…Tampoco es posible equiparar el pronunciamiento cuestionado a sentencia definitiva, por vía de algunas de las excepciones establecidas jurisprudencialmente, por cuanto no se demuestra la existencia de un gravamen irreparable o de imposible subsanación ulterior. Recién el dictado de la sentencia definitiva sobre la cuestión sustancial objeto de autos, con el agotamiento de las instancias procesales disponibles, sin posibilidad de reedición de la cuestión en otra causa ni en otro proceso,

podrá determinarse la existencia de la definitividad requerida para la habilitación de la instancia extraordinaria local…".

No es un dato menor resaltar que esta decisión fue tomada pocos días después de la sanción del Código Civil y Comercial, que ya incoporaba expresamente el principio de AUTONOMÍA PROGRESIVA.

En conclusión, y en función de lo aquí trabajado, este caso es un claro ejemplo de como el principio aquí abordado es transversal a todas las situaciones en los que se encuentra involucrado el interés superior de los niños, niñas y adolescente. En donde existe un sistema de protección que hay que respetar y hacer valer, sin embargo por la decisión tomada claramente fue obviado.

VII. CONCLUSIÓN

A partir de esta breve reseña, podemos dilucidar como en la legislación nacional e internacional contemporánea, la infancia es concebida como una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía y, por lo tanto, de la responsabilidad sobre los actos. La promoción y respeto a la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte entonces en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos y plasmados en las normas que se dicten, si la intención es sostener el espíritu de la nueva legislación

Ya nadie duda de que las niñas, niños y adolescentes, han dejado de ser objetos de protección para finalmente ser reconocidos como sujetos de derechos, pero para que esta afirmación se materialice en su vida cotidiana, se requiere legislación actualizada.

La Convención de los Derechos del Niño constituye la base sobre la que la legislación nacional (ley N° 26.061) y provincial (ley N° 4109), junto a la doctrina y jurisprudencia han ido construyendo un nuevo paradigma de capacidad, que fue

reconocido por el Código Civil y Comercial a partir de la eliminación de edades rígidas para determinar la aptitud de aquellos para el ejercicio de sus derechos.

Tal como ya fue analizado, hemos visto que el principio de autonomía progresiva puede entrar en colisión con el resto de principios jurídicos, como por ejemplo, el interés superior del niño. En cuyo caso, deberá ser el Juez, en cada caso concreto, el que los interprete, les dé el sentido correcto que el caso amerite, fundamentando su posición en caso de apartarse de lo deseado o requerido por la persona menor de edad dentro del marco de su participación en el proceso.

Por lo tanto, con la incorporación del principio de autonomía progresiva en el CCyC queda saldada la deuda pendiente en clave a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional N° 26.061 y su correlativa en el ámbito provincial, ley N° 4109.

Tiempos de cambios... nuevos desafíos para los operadores y más reconocimientos de derechos para aquellos que histórica y actualmente, han sido y aún son, los sujetos más vulnerables, a quienes el ordenamiento jurídico debe otorgarles un plus de protección.-

> *"Ser niños no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser personas y que tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida"*
>
> (Cillero Bruñol, 1999)

Bibliografía

I. Alegre Silvina; Roger Camille Ximena Hernández, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. INTERPRETACIONES Y EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS." 1999-6179 / marzo 2014

II. Bruñol Cillero Miguel, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO"

III. Delle Vedove, María Julia, "La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente".

IV. Del Mazo Carlos Gabriel, "CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SU INTERVENCIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 26.5291."

V. Fernandez Silvia Eugenia, "TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", editorial Abeledo Perrot, tomo N° 2 y 3 (2015)

VI. Kemelmajer de Carlucci Aída; Herrera Marisa Eleonora y Lamm Fernández Silvia E. "EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ALGUNAS REGLAS PARA SU APLICACIÓN."

VII. Encuentro celebrado en noviembre de 2006. Tema "Capacidad Progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo." Expositora Nelly Minyersky, Directores del Debate: Mauricio Mizrahi y Néstor Solari; Secretaria María Victoria Famá. http://www.lexisnexis.com.ar/

VIII. *Gillick v West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority* [1986] AC 112 Cámara de los Lores

IX. http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf

X. http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-26/