
AUTONOMÍA PROGRESIVA Y RESPONSABILIDAD PARENTAL: UNA MIRADA DESDE EL PRISMA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

Martina SALITURI AMEZCUA** y Carolina VIDETTA***

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 11 de octubre de 2018

“¿Cómo se convierten, pues, la libertad y la democracia no sólo en forma de gobierno, sino también en forma de vida?” (ULTRICH, 1999)

Resumen

La transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de democratización vivenciado en su interior han impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación, cada vez más respetuosa e igualitaria, de todos sus integrantes. Ello ha provocado una verdadera revolución en la última década, que se ve reflejada en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, el objetivo del presente trabajo no solo consiste en poder individualizar las expresiones de la autonomía de la voluntad en el actual ordenamiento jurídico argentino respecto de las personas menores de 18 años de edad, sino también en llevar a cabo un análisis de los posibles límites

* Este trabajo reconoce una primera base en una ponencia presentada por las autoras en el VIII Seminario Internacional de Estudios Jurídicos “El Derecho de familia: entre cambio y tradición”, realizado en la Universidad de Salamanca, España, los días 20 y 21 de septiembre de 2018.

** Abogada UBA, Profesora Facultad de Derecho UNICEN, Doctoranda en Derecho UBA, Becaria doctoral CONICET, Coordinadora General del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Facultad de Derecho UNICEN. Correo electrónico: msalituriamezcua@gmail.com.

*** Abogada UBA, Especialista en Derecho de Familia UBA, Profesora Facultad de Derecho UBA, Doctoranda en Derecho UBA, Becaria doctoral UBACyT. Correo electrónico: carolinavidetta@gmail.com.

de dicha autonomía de la voluntad en la relación entre progenitores e hijos/hijas. Es decir, se propone analizar las interacciones entre dos principios centrales: protección especial y autonomía progresiva.

Palabras clave

Autonomía progresiva – responsabilidad parental – progenitores adolescentes – Código Civil y Comercial de la Nación

PROGRESSIVE AUTONOMY AND PARENTAL RESPONSIBILITY IN LIGHT OF THE HUMAN RIGHTS OF GIRLS, BOYS AND ADOLESCENTS

Abstract

The transformation of families in contemporary Argentine society and the process of democratization it is experiencing have triggered the redefinition of the relations of command and strengthened the increasingly respectful and egalitarian participation of all its members. This has caused a true revolution in the past decade, reflected on the Civil and Commercial Code. In this context the present paper aims to individualize expressions of freedom of choice in the current Argentine legal system in respect to people under the age of 18, as well as carry out an analysis of possible limits to the freedom of choice in the relationship between parents and children. Namely, it sets out to analyze the interactions between two central principles: special protection and progressive autonomy.

Key words

Civil and Commercial Code – family Law – progressive autonomy– parental responsibility – children’s human rights – freedom of choice – special protection of children

I. Introducción

La transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de democratización vivenciado en su interior han impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación, cada vez más respetuosa e igualitaria, de todos sus integrantes. Ello ha provocado una verdadera revolución en la última década,

que se ve reflejada en la legislación. Así, el actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) ha podido seguir de cerca estas transformaciones y, asociado a la llamada constitucionalización y convencionalización del derecho civil,¹ incorpora los paradigmas que moldean la consideración actual de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) como sujetos de derechos con capacidad progresiva para su ejercicio.

El principio de la autonomía progresiva, que emana del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), caló hondo en todo el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional. En este punto nos preguntamos: ¿qué implica el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad? ¿A partir de qué edad un/a niño/a o adolescente está preparado para el ejercicio de sus derechos? ¿Todos los derechos requieren el mismo nivel de autonomía para su ejercicio? ¿Qué sucede en las edades más tempranas en las que no es claro si el/la niño/a o adolescente tiene suficiente juicio para tomar sus propias decisiones?

Estos interrogantes nos llevan a analizar las interacciones entre dos principios centrales: protección especial y autonomía progresiva. En este sentido, nos proponemos considerar qué problemáticas se presentan para la toma de decisiones autónomas, así como en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. En conjunción de ambas aristas, cabe adentrarnos en el terreno del derecho a la salud, especialmente respecto a las decisiones autónomas en el ámbito sanitario, en el que junto al derecho a la autodeterminación dentro del ámbito médico puede concurrir la libertad religiosa del/a niño/a o de los progenitores; o, incluso, cuando los progenitores pretenden tomar la decisión supliendo la voluntad del/a hijo/a. Sin carácter exhaustivo, cabe señalar los casos de los/as niños/as y adolescentes transexuales, donde se plantea si los mismos quedan equiparados a los adultos/as en cuanto a la posibilidad de solicitar el cambio de sexo y la rectificación registral. Otras hipótesis igualmente debatidas son los trasplantes de órganos y tejidos de personas menores de edad, la interrupción voluntaria del embarazo en niñas y adolescentes o las intervenciones médicas en que está en juego la vida o la salud de los niños/as y adolescentes (como los conocidos casos de las transfusiones sanguíneas).

Así, el objetivo del presente trabajo no solo consiste en individualizar las expresiones de la autonomía de la voluntad en el actual ordenamiento jurídico argentino respecto de las personas menores de 18 años de edad, sino también en llevar a cabo un análisis de los posibles límites de dicha autonomía de la voluntad en la relación entre progenitores e hijos/hijas. Es decir, debe buscarse un equilibrio razonable entre la necesaria intervención de los poderes públicos para la protección de ciertos intereses que forman

¹ Artículos 1 y 2 del CCCN.

parte del orden público constitucional y el respeto a la configuración de relaciones paterno/materno-filiales fundamentadas en los principios de libertad, igualdad y protección.

En dichas relaciones puede partirse, a veces, de una situación fáctica de vulnerabilidad o desigualdad de uno de los miembros de la familia de modo que la afirmación sin más de dicha autonomía puede generar ciertos abusos o determinados riesgos. De ahí que haya que buscar fórmulas en las que, sin caer en un paternalismo arbitrario, tengan en cuenta el derecho a la autodeterminación de NNyA pero también el derecho a la protección especial que tienen todas las personas menores de 18 años por encontrarse justamente en una etapa de crecimiento, inmadurez e inexperiencia.

II. Condición jurídica de niñas, niños y adolescentes. Autonomía progresiva y protección especial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), máximo Tribunal regional, ha entendido desde hace varios años en su Opinión Consultiva (en adelante, OC) n° 17/2002, sobre el estatus jurídico de NNyA, que *“...en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención [Americana]. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”* (párr. 55).

De esta forma, el sistema jurídico reconoce a los NNyA lo que se llama un “plus de derechos”, es decir, los derechos humanos que tienen todas las personas, más los que les corresponden por su calidad de personas menores de 18 años de edad, lo que en el sistema regional interamericano implica la categoría de “medidas de protección especial” por parte de las familias, la sociedad y el Estado, a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Elo implica, entonces, una tríada de relaciones equilibradas entre: 1) los derechos de los NNyA, ejercidos a la luz del principio de autonomía progresiva, 2) las obligaciones de los progenitores, establecidas a través del instituto de la responsabilidad parental, y 3) la responsabilidad del Estado como garante último de los derechos humanos, que se enmarca en el paternalismo jurídico o justificado.

Esta tríada, complementaria y tensional, implica en materia de capacidad de ejercicio por parte de las personas menores de 18 años de edad que: habrá derechos que podrán ser ejercidos solo por los NNyA, otros, para los que se requerirá representación, asistencia o colaboración de sus progenitores u otras personas jurídicamente responsables, y, finalmente, otros casos en los que deberá ingresar la intervención justificada del Estado a

través de alguno de sus poderes, principalmente el judicial, tomando decisiones para la protección de los derechos humanos y garantías fundamentales de los NNyA. En este sentido, podemos preguntarnos: ¿qué derechos pueden ejercer por sí solos los NNyA? ¿Es igual la situación de todos los NNyA o hay diferencias en cuanto a sus diversas edades y grados de madurez? ¿Cuándo se requiere la actuación de los representantes legales y con qué alcances? ¿En qué situaciones se justifica jurídicamente la intervención estatal y bajo qué modalidades? Pues bien, dentro del marco de los referidos estándares de derechos humanos, las respuestas específicas y pormenorizadas a estos interrogantes las encontraremos principalmente en las regulaciones internas de los Estados, sobre todo a través de la rama del Derecho de las Familias.

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, 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 (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2012). Se trata del principio de autonomía progresiva, de jerarquía constitucional/convenional, que *“contempla las diferentes etapas por las que atraviesa el/la niño/a en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales”* (Fernández, 2015: 651).

En este sentido, el principio de “autonomía progresiva” se ha ido consagrando paulatinamente en diversas normas, tanto a nivel internacional como nacional. La CDN hace referencia al mismo y a sus derivaciones o efectos de diferentes formas, a través de sus artículos 5, 12, 37, 40; así como también el Comité de Derechos del Niño al analizar pormenorizadamente el derecho a ser oído en su Observación General (en adelante, OG) n° 12/2009 y en su OG n° 20/2016 dedicada a los y las adolescentes. A nivel interamericano, cabe referir nuevamente a la OC n° 17/2002 de la Corte IDH y al fallo dictado por la misma en el caso *“Atala Riffo vs. Chile”*, en el que también se profundiza en el derecho de las personas menores de 18 años de edad a ser oídas.

En el derecho nacional, la sanción del actual CCCN otorgó el marco fecundo para poder finalmente delinear un nuevo sistema de regulación de la capacidad de NNyA, dejando atrás el paradigma extremadamente paternalista que tanto normas internacionales de derechos humanos como leyes nacionales especiales² venían poniendo en crisis cada vez

² Numerosas leyes fueron introduciendo en sus regulaciones, relativas a temáticas específicas, las posibilidades de ejercicio de derechos de NNyA de acuerdo al principio de autonomía progresiva, como

con más fuerza. El primer gran logro del CCCN reside en diferenciar como categorías jurídicas, dentro del grupo de “personas menores de 18 años de edad”, a los “niños y niñas” de los y las “adolescentes” (artículo 25 CCCN). En este sentido, recibió el criterio de la Corte IDH que 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”* (Corte IDH, OC 17/2002, párr. 101).

El artículo 26 del CCCN regula la capacidad de ejercicio de los NNYA, sosteniendo que *“la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”*, lo que implica la consagración del principio de protección especial, y que *“la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”*, es decir el establecimiento del principio de autonomía progresiva.

En definitiva, el cruce entre sendos principios reconocidos por el artículo en análisis es de central importancia, por lo que entendemos que éstos deben interpretarse y aplicarse como complementarios y no antagónicos. Como dijimos, no es lo mismo un niño o niña de 3 años que un/a adolescente de 17, y anular completamente la autonomía de ir tomando decisiones de los NNYA —sustituyéndolos completamente en su voluntad— para, a partir de los 18 años, otorgarles plena capacidad, es una ficción fuertemente ortodoxa. Por lo tanto, reconocer esta autonomía progresiva y acompañarlos en este proceso hacia la mayoría de edad de forma gradual es, sin lugar a dudas, una forma de protección.

Al respecto, mucho se ha debatido acerca de cuál es la regla y cuál la excepción en la materia, respecto a la capacidad y la incapacidad de ejercicio. No obstante, compartimos la tesitura que considera que es *“probable que esta disyuntiva sea un resabio de aquel viejo binarismo del sistema derogado que no termina de superarse y no permite visualizar la esencia*

las siguientes: Ley 25.673 (2003) de Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable y su Decreto reglamentario 1.282/2003 (art. 4), Ley 26.061 (2005) de Protección Integral de Derechos de NNYA (arts. 2, 3, 24, 27), Ley 26.150 (2006) de Programa Nacional de Educación Sexual Integral (art. 2), Ley 26.485 (2009) de Protección Integral a las Mujeres (arts. 24 y 28), Ley 26.529 (2009) de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud y su Decreto reglamentario 1089/2012 (art. 2), Ley 26.657 (2010) de Salud Mental (art. 26), Ley 26.743 (2012) de Identidad de Género (arts. 5 y 11) y Ley 26.774 (2012) de Ciudadanía Argentina (art. 1).

de la nueva dinámica: *La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan ‘edad y grado de madurez suficiente’ para la toma de decisiones en el caso concreto*” (Molina de Juan, 2016: 16).

En consecuencia, 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 14 años de edad en una situación de anulación como sujeto de derecho activo (artículo 54, inc. 2, Código Civil derogado), receptándose los principios de derechos humanos en la actual regulación civil.

Ahora bien, la pregunta que surge entonces para este CCCN es: ¿cómo evaluar la autonomía? Este desafío ha sido enfrentado por el mismo CCCN recurriendo simultáneamente a dos criterios, conforme surge de la disposición precedentemente transcrita en el artículo 26. A saber, un criterio flexible que dependerá de cada niño/a o adolescente en particular, como lo es la alusión a la “madurez suficiente”, y un criterio rígido comprobable matemáticamente que es la “edad”. La conjunción de ambos parámetros exige de los operadores que deben interpretar y aplicar la norma la valoración de la condición individual de la persona para el supuesto de que se trate, o sea decisiones para “el caso a caso”.

A priori, no podríamos establecer un catálogo pétreo, absoluto y de alcances generales sobre todos los derechos que podrían ejercerse y a partir de cuándo. No obstante esta complejidad de la realidad, el ordenamiento otorga algunas reglas generales y excepciones que emanan de los principios complementarios de autonomía y protección, brindando de esta forma cierta seguridad jurídica. Al respecto y, en primer lugar, cabe considerar la existencia de una presunción *iuris tantum* de autonomía para el ejercicio de derechos a partir de la adolescencia, así como la regulación específica de la capacidad de ejercicio para ciertos actos, como por ejemplo los que comprometen derechos personalísimos.

III. Responsabilidad parental: las relaciones entre progenitores e hijos/as

Emerge de los propios fundamentos del Anteproyecto del CCCN que la autonomía progresiva de NNyA ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres/madres sobre los hijos/as a la de responsabilidad. El ejercicio de la misma requiere tener en consideración con respecto al hijo/a la evolución de sus facultades, para brindarle la dirección y orientación apropiadas a fin de que ejerza los derechos que le son reconocidos (conf. artículo 5 CDN). De esta forma, podrá estar plenamente preparado/a para una vida independiente en sociedad y ser educado/a 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).

El artículo 638 CCCN establece que la “responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Jurisprudencia dictada con posterioridad a la entrada en vigencia del CCCN ha ahondado en esta conceptualización y sus efectos, sosteniéndose que “[...]a responsabilidad parental ya no tiene que ser pensada con una visión de ‘tutela’ sino que su finalidad es la ‘protección’ del hijo para su desarrollo y formación integral como persona. Esto implica que el derecho a la autodeterminación de los padres y la libertad para ejercer sus derechos sin injerencias estatales encuentra su límite en los derechos del niño”.³ Por lo que el Estado debe priorizar, en caso de conflicto, los derechos humanos y el interés superior del NNyA aun a costa del derecho de sus progenitores.

Así, entre los principios que rigen el instituto de la responsabilidad parental, el CCCN (artículo 639) enumera: a) el interés superior del niño/a; b) la autonomía progresiva del hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, puntualizándose que “a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”; y c) el derecho del niño/a a ser oído/a y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

De esta forma, podemos observar el reconocimiento de una relación inversamente proporcional entre la autonomía progresiva y la figura de la representación. Mientras la primera va aumentando de acuerdo a la edad y grado de madurez de los hijos e hijas, la sustitución de su voluntad por parte de los progenitores para el ejercicio de sus derechos y deberes (objeto por excelencia de la representación) va cediendo. Ello ha dado lugar a la aparición de nuevas figuras dentro de este rol parental como la “asistencia” que, sin anular la voluntad de la persona menor de 18 años de edad, implica acompañarla en sus decisiones, partiendo de la idea de progresividad en el acceso a la autonomía y de protección como su complemento no antagónico.

³ Juzgado de Familia n° 7 de Viedma, “Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (POD) s/ Medida de Protección de derechos”, 30/11/2015.

IV. Autonomía progresiva y derecho al cuidado del propio cuerpo de las personas menores de edad

En su segunda parte, el referido artículo 26 del CCCN se expone específicamente sobre la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes para los actos que involucran el cuidado del propio cuerpo, sobre la base de la noción de “competencia” en materia bioética. Dicha disposición establece la presunción *iuris tantum* de la capacidad de las y los adolescentes para el cuidado de su propio cuerpo, distinguiendo según se trate de adolescentes de entre 13 y 16 años, o mayor de 16 años, y también en función del tipo de tratamiento, invasivo o no invasivo.

Para el supuesto de adolescentes de entre 13 y 16 años frente a un acto invasivo, se requiere que la/el adolescente preste su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, mientras que en los casos que sean no invasivos basta con el consentimiento del/la adolescente. En el último párrafo del artículo, se contempla la situación de los/las adolescentes a partir de 16 años de edad, considerándolos como un adulto para las decisiones sobre su propio cuerpo.

Un dato no menor que tenemos que tener en cuenta al pensar en el cuidado del propio cuerpo de NNyA, es que se hallan en juego derechos esenciales reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, tales como: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, a la autonomía personal, a la intimidad y a la información. Además, al considerar que en esta temática nos encontramos dentro del campo de la bioética, el concepto tradicional de capacidad —civil— pierde peso y da lugar a otro concepto más acorde con los derechos humanos en juego como el de *competencia* (Minyersky, 2007) o de *mayoría médica anticipada para el acto médico*. ¿Qué se analiza a través de la competencia? La capacidad o aptitud del paciente —pediátrico— para: comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores.⁴

Ahora bien, la competencia bioética no es algo que se tenga o no se tenga, o que se adquiera de un momento a otro, sino que sienta sus bases en la relación y la confianza entre el paciente y el equipo de salud y en la relación con su familia (Minyersky, 2014). Por otra parte, dicha competencia debe ser valorada en el caso concreto y varía en función de la

⁴ Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Villa Dolores, Córdoba, “C. J. A. y otra s/solicitan autorización”, 21/09/2007, LLC 2007 —noviembre—, 1102.

madurez del NNyA y de la entidad de la actuación a la que sea sometido, es decir, la competencia bioética se evalúa en función de un sujeto determinado, frente a una situación determinada, y a un tratamiento determinado. A su vez, dependiendo del tipo de tratamiento médico de que se trate será el grado de competencia que se requiera, es decir, no es lo mismo tratar una amigdalitis que rechazar un tratamiento oncológico (Lamm, 2015).

Asimismo, la competencia está íntimamente relacionada con el derecho a la información, ya que es necesario que los NNyA puedan prestar el correspondiente consentimiento informado. Éste ha sido definido como *“una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención luego de haber recibido información suficiente al respecto”* (Wierzbza, 2015).

Observamos que, estar dentro del campo de la bioética, obligó al legislador a echar mano a conceptos jurídicos indeterminados como son *“tratamiento invasivo”/“tratamiento no invasivo”*. Ahora bien, ¿cómo debemos interpretar estos términos? Para traer luz sobre ellos, el Ministerio de Salud de la Nación emitió la Resolución n° 65/2015 de fecha 9 de diciembre de 2015 luego de llevarse a cabo una mesa de trabajo denominada *“Nuevo Código Civil y Comercial. Lectura desde los Derechos Sexuales y Reproductivos”*, de la que participaron especialistas en la temática e integrantes de equipos de diversas áreas del Ministerio de Salud de la Nación.⁵

Entre los consensos logrados, dicha Resolución estableció que *“[e]l criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CCCN debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”*. Al mismo tiempo se determinó que *“[l]a evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica”*. A su vez, determinó que *“[e]l riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad”*.

⁵ Entre los especialistas se destacan: Nelly Miyersky, Eleonora Lamm, Marisa Herrera, Silvia E. Fernández, Paola Bergallo, Sonia Ariza Navarrete, Gustavo Gallo, Emiliano Litardo, Iñaki Regueiro de Giacomi, Mercedes Monjaime, Verónica González Bonet, entre otros.

Por lo tanto, la referida Resolución del Ministerio de Salud concluye que *“las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período comprendido entre los 13 y los 16 años, son aquellas en las que existe evidencia científica que muestre una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir”*.

Finalmente, en relación a las prácticas de salud sexual y salud reproductiva, los/las especialistas han consensuado que aquellas prácticas en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos —DIU—) no son prácticas *“invasivas que comprometan el estado de salud”* en los términos del artículo 26 del CCCN. Por lo tanto, los y las adolescentes, pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo.

Cabe destacar que el artículo 26 del CCCN dispone que en caso de conflicto entre la opinión del/a adolescente y sus progenitores⁶ debe resolverse 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.

IV.A. Un supuesto especial: ejercicio del derecho a la identidad de género de NNyA

Argentina cuenta desde el año 2012 con la Ley nacional n° 26.743 de Identidad de Género, que reconoce y garantiza a *toda persona* el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada, según reza su artículo 1°.

Dicha ley parte del reconocimiento de la identidad de género como: *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del*

⁶ Respecto del término *“progenitores”* utilizado por el artículo 26 CCCN, la Resolución n° 65-2015 comentada dispone que no debe entenderse de forma restringida el concepto de progenitores, sino con un criterio amplio que incluya a personas que ejerzan roles de cuidado formal o informalmente. De esta manera, cualquier *“allegado”* (artículo 59 CCCN) o *“referente afectivo”* (artículo 7 Decreto n° 415/2006 reglamentario de la Ley Nacional 26.061) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos.

cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (conf. artículo 2).

En este sentido, es menester resaltar que se trata de una ley que reconoce la identidad de género como un derecho humano y, a su vez, representa un avance en la despatologización.

Ahora bien, en lo que respecta puntualmente al ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad, la mencionada ley contiene dos normas de directa aplicación, diferenciando según se trate de solicitar la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen (conf. artículo 5) o incluso el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida (conf. artículo 11). Esto implica, entonces, reconocer que los NNyA tienen derecho tanto a readecuar “sus papeles” a su identidad autopercibida como a tratamientos médicos para adecuar su cuerpo físico. Al respecto, resulta necesario indagar en torno a la manera en la cual ello debe realizarse. En el primer supuesto, la petición debe ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del niño/a o adolescente, quien a su vez debe contar con la asistencia del abogado del niño. Se trata de un procedimiento administrativo y solo para el caso en el que, por cualquier causa, los/as representantes legales del niño/a o adolescente se nieguen o sea imposible obtener su consentimiento, se podrá recurrir a la vía judicial para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan.

A su vez, corresponde preguntarse si existe algún límite etario para el ejercicio de este derecho. La respuesta negativa se impone, toda vez que los principios que rigen son el de la capacidad progresiva e interés superior del niño/a.⁷

Cabe señalar que la CORTE IDH, en su reciente OC n° 24/17 sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ha dicho que “como un ejemplo de una buena práctica con relación a este tema, el Tribunal no puede dejar de hacer mención a la Ley 26.743 de 23 de mayo de 2002 de Argentina ‘sobre el derecho a la identidad de género de

⁷ Cabe mencionar el resonado caso “Lulú” por tratarse de la primera niña trans en el mundo que consiguió —sin acudir a la justicia— adecuar su documento de identidad de acuerdo a su identidad autopercibida. Para más información ver, entre otros: [<http://www.revistaanfibia.com/cronica/nunca-es-el-cuerpo-equivocado/>]; [<https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-225462-2013-07-28.html>]; [https://elpais.com/sociedad/2013/10/09/actualidad/1381350842_204659.html] consultados el 22/7/2018.

las personas' cuyo artículo 5 se refiere al trámite de rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de niñas y niños" (párr. 156).

Por otro lado, tratándose del segundo supuesto, es decir, que una persona menor de edad pretenda someterse a una intervención quirúrgica dirigida a la reasignación sexual, la protección especial aumenta dada la irreversibilidad de la decisión. En función de ello, la ley establece para estos supuestos, además de los requisitos del artículo 5, *"la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña"* (conf. artículo 11). Por lo tanto, para estos supuestos, sí se exige autorización judicial.

En este punto, corresponde preguntarnos: ¿cómo compatibilizamos entonces las normas de la ley especial n° 26.743 y el artículo 26 del CCCN? Ello en función de que colisionan dos reglas generales del derecho de fuerte raigambre sintetizadas en los aforismos tradicionales: ley posterior prima sobre ley anterior y ley especial sobre ley general. Al respecto, se concluye en la mencionada Resolución n° 65/2015 que: *"[d]ado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro personæ y pro minoris implica preferir la aplicación del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA"*.

V. La llamada "autonomía patrimonial progresiva"

Ahora bien, ¿qué sucede con la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes en las cuestiones patrimoniales? ¿Acaso lo patrimonial no se encuentra íntimamente relacionado con el pleno ejercicio de los derechos personalísimos? En esta instancia, reviste fundamental importancia tener en cuenta aquellos escenarios de vulnerabilidad socioeconómica y carencia de cuidados parentales o falta de referentes familiares y afectivos, que generan que los y las adolescentes necesiten mayores herramientas de autonomía. Se trata de dar lugar a la autonomía sin obviar la protección especial de sus derechos, puesto que el desafío consiste en lograr el adecuado equilibrio entre no anular al sujeto ni tampoco desprotegerlo.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 20, hace hincapié en el artículo 5 de la CDN al sostener *"que el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección. El abandono gradual de la protección de la familia u otro entorno de*

cuidado, junto con la relativa inexperiencia y la falta de poder, pueden exponer a los adolescentes a violaciones de sus derechos. El Comité destaca que promover la identificación de riesgos potenciales por parte de los adolescentes y elaborar y aplicar programas para mitigarlos aumentará la eficacia de la protección. Garantizarles el derecho a ser escuchados, impugnar las violaciones de sus derechos y obtener reparación permite a los adolescentes ir haciéndose cargo progresivamente de su propia protección” (párr. 19).

Focalizándonos entonces en lo que podríamos denominar “autonomía progresiva patrimonial”, cabe reflexionar críticamente sobre la capacidad de ejercicio de los y las adolescentes a la luz de nuestra jurisprudencia, sobre todo en contextos de vulnerabilidad socioeconómica. Así, al poco tiempo de entrar en vigencia el CCCN, se dictó un importante fallo el 3/9/2015 del Juzgado de Menores n° 1 de Corrientes, en autos “E.,V.E.S. s/ fuga”,⁸ a través del cual se dispuso el *cambio de titularidad* de la asignación universal por hijo que cobraba el progenitor para colocarla en cabeza de su hija adolescente, ya que ella no convivía con su padre, considerando el contexto riesgoso en que se encontraba la adolescente por su situación de vulnerabilidad. La sentencia expresó que, en respeto de su condición de persona capaz, los ingresos derivados del beneficio podían ser *válida y eficientemente administrados* por la adolescente en ejercicio de sus derechos, respetándose su capacidad progresiva, su edad y grado de madurez y la progresión de su autonomía personal. Se consideró que dicha solución era la más respetuosa de la personalidad de la adolescente y la que más se condecía con su interés superior y su consideración como sujeto de derechos.

En esta misma línea, otro fallo proveniente también de Corrientes, del Juzgado de Menores n° 2, de fecha 3/2/2016, en autos “C. D. P., s/ Víctima”, autorizó a una adolescente de 17 años a cobrar por ventanilla de manera personal los fondos depositados en autos en concepto de cuota alimentaria por parte de su progenitor. Para así resolver se tuvo en cuenta que *“no ha sido posible encontrar dentro de la familia nuclear ni la familia extensa persona adulta que efectivamente asuma el cuidado personal de la adolescente de manera continua y responsable, que la misma se desempeñaría en el ámbito laboral como ama de casa y niñera siendo empleada por la familia (...) en cuyo domicilio se encontraría residiendo, habiendo manifestado que percibiría además por sus labores una compensación económica que ella misma administraría, teniendo en cuenta que de la historia de vida de D., del contacto personal que por parte de esta Judicatura se ha tomado en reiteradas oportunidades con ella y*

⁸ Juzgado de Menores n 1 de Corrientes, “E.,V. E. S. s/ fuga”, 03/09/2015, DFyP 2015 (diciembre), 132, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); LLLitoral 2016 (marzo), 178, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); Cita Online: AR/JUR/28988/2015.

de las constancias de autos puede observarse claramente que la misma se desenvuelve en la cotidianeidad como persona adulta, presentando ella un alto grado de madurez”.

Finalmente, cabe mencionar un fallo del Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, de fecha 27/10/2016, en autos “U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar”,⁹ en el que se trató de una progenitora adolescente de 15 años de edad que se encontraba desde su embarazo conviviendo con su pareja (padre del bebé) en la casa de los padres de éste. La adolescente solicitó la percepción de la asignación universal por sí y por su hijo, que hasta el momento venía percibiendo su madre en carácter de representante legal, sin que la joven conviviera con ella y sin hacerle entrega del dinero correspondiente. Al tener en cuenta la capacidad progresiva de la joven P., se resolvió del siguiente modo: *“la joven P. cuenta con un grado de madurez suficiente para realizar por sí los actos que implican la percepción y la administración de las prestaciones que le corresponden por sí y por su hijo. Y es en tal oportunidad en que la representación legal prevista para esos actos concretos cede ante la autonomía de la adolescente. Circunstancias que no pueden soslayarse en tanto y en cuanto determinan en esta instancia, que resulta ser el mejor interés de la joven y su hijo”.* Sin embargo, dado que autonomía y protección no son antagónicas, el a quo sostuvo que *“la historia vital y la situación familiar permiten pensar en que P. presenta un alto grado de vulnerabilidad, y sugieren la orientación, apoyo y seguimiento del Servicio de Protección de Derechos para fortalecer el rol materno, propiciar la inclusión laboral y la resolución del aspecto habitacional. Consideran pertinente que se haga lugar al requerimiento impulsado por la Asesoría de Familia en tanto la joven puede administrar su dinero y resulta indispensable para su subsistencia y la de su hijo”.*

A esta altura, no cabe duda respecto a que la autonomía progresiva no solo se relaciona con la edad y el grado de madurez, sino también con las circunstancias particulares de cada joven y las consecuencias que de su capacidad patrimonial se generen. No hay que olvidar que en este ámbito se pueden encontrar involucrados derechos o intereses de terceras personas, como puede ser en el caso de los contratos. Si bien el análisis que merece el tema excede el marco del presente, sin lugar a dudas nos vemos obligadas a tenerlo en cuenta, dado el impacto innegable de este principio transversal en todo el ordenamiento jurídico si de personas menores de 18 años se trata.

⁹ Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, “U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar”, 27/10/2016, consultado en [www.colectivoderechofamilia.com] el 22/10/2018.

VI. Progenitores adolescentes: ¿cómo ejercer la responsabilidad parental?

Afirmar que el principio de autonomía progresiva caló hondo en el ordenamiento jurídico nacional, tiene su absoluto correlato en reconocer capacidad de ejercer la función social de la responsabilidad parental en cabeza de los y las adolescentes, conforme establece el artículo 644 del CCCN.

Claro está que el hecho de traer un hijo/a al mundo, por sí solo, no otorga plena capacidad, por lo tanto el CCCN —por fuerza de la realidad— prevé las figuras de apoyos, acompañamiento, guía, orientación para el ejercicio de la responsabilidad parental de los y las adolescentes en cabeza de los y las abuelos/as.

Ello implica reconocer que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos/as tomando decisiones y realizando por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Sin embargo, las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente —abuelos/as— que tenga un/a hijo/a bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que puedan resultar perjudiciales para el/la niño/a pudiendo también intervenir cuando el/la progenitor/a adolescente omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El artículo en comentario prevé, expresamente, que *“el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos”*.

Lo contrario implicaría, no solo ir en contra de los derechos de los progenitores adolescentes, sino también respecto de los derechos del/de la hijo/a que tiene derecho a ser criado/a y educado/a por sus progenitores y, fundamentalmente, del derecho a la identidad. El sistema de apoyos resulta fundamental en este punto, ya que el hecho de reconocer que los progenitores adolescentes tienen autonomía no implica dejar de tener en cuenta que ellos también se encuentran en pleno desarrollo, y que lo contrario sería desprotegerlos absolutamente. Una vez más, se observa cómo los conceptos de autonomía y protección no son antagónicos, sino complementarios y necesarios.

Finalmente, el CCCN dispone que, en caso de conflicto entre los progenitores y los/as abuelos/as, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. Además, establece que la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen, es decir que el mismo se mantendrá hasta que ambos alcancen la mayoría de

edad, a fin de no generar desequilibrio en el vínculo paterno/materno-filial (conf. art. 644 citado).

VII. Cierre a modo de conclusión

Es sabido que el Derecho no es una ciencia exacta y mucho menos lo son aquellas ramas del Derecho directamente comprometidas con el dinamismo y el movimiento constante y sonante de la realidad social, en particular, las relaciones de familia y aquellas que involucran los derechos humanos de NNyA.

En este sentido, el reconocimiento de la autonomía progresiva de NNyA constituye un avance muy importante en la consagración de sus derechos. Sin embargo, la responsabilidad del Estado como garante último de los derechos humanos, no termina allí, sino que, al reconocimiento mencionado se le debe sumar el ejercicio concreto de los derechos en el día a día por parte de los NNyA y ello, en un marco de complementariedad con el principio de protección. En definitiva, esto no se logra sino a través de una política pública que acompañe a las personas menores de edad y a los miembros de sus familias, para que puedan ejercer sus derechos desde un lugar de conocimiento de los mismos.

Bibliografía

Comité de los Derechos del Niño (2009) *Observación General no. 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12)*.

— — (2016) *Observación General no. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/GC/20)*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) *Opinión Consultiva OC-17/02 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf] el 22/09/2018.

— — (2017) *Opinión Consultiva OC-24/17 sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf] el 22/09/2018.

FERNÁNDEZ, S. (2015) "Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes", en Fernández, S. (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GIL DOMÍNGUEZ, A., Famá, M. V. y HERRERA, M. (2012) *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediar.

Juzgado de Familia n° 2 de Esquel, “U., P. F. y A., N. s/ Medida Cautelar”, 27/10/2016, consultado en [www.colectivoderechofamilia.com] el 22/09/2018.

Juzgado de Familia n° 7 de Viedma, “Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (POD) s/ Medida de Protección de derechos”, 30/11/15.

Juzgado de Menores n° 1 de Corrientes, “E.,V. E. S. s/ fuga”, 03/09/2015, DFyP 2015 (diciembre), 132, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); LLLitoral 2016 (marzo), 178, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); Cita Online: AR/JUR/28988/2015.

Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Villa Dolores, Córdoba, “C. J. A. y otra s/solicitan autorización”, 21/09/2007, LLC 2007 —noviembre—, 1102.

LAMM, E. (2015) “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 S. (dir.) *Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MOLINA DE JUAN, M. (2016) “Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino”, *Revista Actualidad jurídica Iberoamericana*, Número 4-3, pp.15-33.

MINYERSKY, N. (2007) “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención de los Derechos del Niño”, en Grosman, C. (dir.) – Herrera, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Buenos Aires.

— — (2014), “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, n° 43, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 131-169.

WIERZBA, S. M. (2015), “La salud en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista En Letra* - año II, número 4, tomo I *Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, consultado en [http://www.fmed.uba.ar/depto/medlegnew/cod1.pdf] el 22/09/2018.

ULTRICH, B. (1999), *Hijos de la libertad*, México, Fondo de Cultura Económica.