

Voces: PERSONA MENOR DE EDAD ~ NIÑO ~ ADOLESCENTE ~ CAPACIDAD ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHOS DEL MENOR ~ CAPACIDAD DE EJERCICIO DEL MENOR

Título: Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial

Autor: Famá, María Victoria

Publicado en: LA LEY 20/10/2015, 20/10/2015, 1 - LA LEY2015-F, 463

Cita Online: AR/DOC/3698/2015

Sumario: I. Estado, familia y autonomía de niñas, niños y adolescentes. — II. Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. — III. La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial. — IV. Palabras de cierre

Abstract: El Código Civil y Comercial reconoce la capacidad progresiva de los niños y adolescentes dejando atrás la categoría binaria de capacidad/ incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores —y en su ausencia, otros responsables— y el Estado. Precisamente por ello, pone en evidencia la tensión entre autonomía, protección e intervención, silenciada en el modelo de representación del Código derogado, aportando en algunos supuestos reglas precisas y, en otros, dejando la decisión en manos de los operadores, quienes deberán determinar los alcances y límites del derecho a la autodeterminación de los niños y adolescentes.

I. Estado, familia y autonomía de niñas, niños y adolescentes

Uno de los principales desafíos del modelo de "protección integral de derechos" en el que se inscribe la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), es la necesidad de equilibrar el derecho de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. A tal fin, es esencial advertir que las nociones de autonomía y protección no resultan recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a otra.

En efecto, el ejercicio de cierto grado de autodeterminación es un requerimiento del desarrollo pero también precisa de un marco adecuado de protección que impida que NNyA se expongan innecesariamente; de tal manera podría decirse que se los protege permitiéndoles el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio de la autonomía protegiéndolos debidamente para que no corran riesgos inútiles o irrazonables. Se trata de una interacción dinámica que debe responder a las características de cada etapa y a las capacidades personales, manteniendo además un equilibrio entre los intereses presentes de NNyA y la salvaguardia de su condición de adultos futuros (1).

Esta tensión entre intervención/ protección y autonomía reposa latente en la Convención y se proyecta en las distintas esferas de la vida de NNyA, dando pie a lo que se conoce como una relación triádica interactiva entre el niño, el Estado y la familia que tiene como justificación última el interés superior del niño. ¿Cómo funciona esta relación? Los NNyA tienen algunos derechos cuya satisfacción se supone garantizada en el ámbito de la familia y otros a los que atiende directamente el Estado, y en caso de incumplimiento de los primeros los organismos públicos pueden actuar subsidiariamente; los progenitores tienen derechos derivados de las obligaciones de cuidado de sus hijos que se encuentran limitados por los derechos de los NNyA y por los requerimientos del Estado y, finalmente, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de NNyA a través de intervenciones justificadas (2), acotadas por los derechos de los progenitores y, sobre todo, por el derecho a la autonomía de NNyA (3).

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) se hace eco del modelo de protección integral de derechos y, por ende, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este contexto, el CCyC. reconoce la capacidad progresiva de NNyA dejando atrás la categoría binaria de capacidad/ incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores (y en su ausencia, otros responsables) y el Estado.

Precisamente por ello, pone en evidencia la referida tensión entre autonomía, protección e intervención, silenciada en el modelo de representación del Código derogado, aportando en algunos supuestos reglas precisas y, en otros, dejando la decisión en manos de los operadores, quienes deberán determinar los alcances y límites del derecho a la autodeterminación de NNyA.

La finalidad de estas líneas es esbozar un análisis genérico acerca de los contornos del régimen de capacidad progresiva de NNyA que propone el CCyC. exclusivamente en el campo de los llamados derechos personalísimos (4), procurando sistematizar disposiciones aisladas para clarificar las reglas que gobiernan el nuevo régimen (5). Aclaro que en modo alguno el presente estudio pretende desentrañar los dilemas complejos que despierta el ejercicio de cada uno de los derechos por parte de NNyA, cuestión que amerita un desarrollo que excede el marco de esta publicación.

II. Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes

1. Capacidad progresiva de NNyA en clave de derechos

El principio de capacidad progresiva está ínsito en todo el texto de la CDN. Así, desde su preámbulo se considera que el niño "debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad", y en el art. 12 se garantiza al niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" el derecho "de expresar su opinión libremente" en todos los asuntos que lo afectan, "teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez". A su vez, sendas disposiciones aluden al deber del Estado, de los progenitores, y de otros responsables de NNyA de favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 6.1; 18.1; 27.1; 32.1; etc.).

Pero es el art. 5 de la CDN el que fundamentalmente recoge este principio, al recordar el derecho de los progenitores de impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades (6)". Concretamente en orden al ejercicio de la libertad de conciencia y religión, el art. 14 reproduce este mandato al exigirle al Estado el respeto de los derechos y deberes de los progenitores o de los representantes legales "de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

El reconocimiento de la capacidad progresiva o autodeterminación de NNyA en clave de derechos significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos, en función de su desarrollo psicofísico. Esta premisa de rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22°, Const. Nac.), exige dejar de lado categorías rígidas y binarias basadas exclusivamente en el dato objetivo de la edad (7).

En este orden de ideas, se ha subrayado que "Si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la de obrar" que puede ser definida como "la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces", "la capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad de mayoría, la cual en sí misma lleva implícita una presunción iuris tantum de plena capacidad de obrar". Y se ha advertido que la minoría de edad "no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada..." (8).

Este principio de capacidad o autonomía tiene notables implicancias para los derechos humanos de NNyA, ya que afirmar que a medida que ellos crecen y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, alcanzan competencias cada vez mayores para asumir responsabilidades que afectan su propia vida, implica una correlativa disminución en la necesidad de dirección y orientación por parte de sus padres, así como en el ejercicio del deber de contralor del Estado. En este sentido, como anticipé, la capacidad progresiva de NNyA se expresa tanto en el ámbito público como en el privado, denotando la necesidad de reconocer distintos grados de participación sea frente a sus progenitores u otros adultos, como frente al Estado.

Pero, además, como también adelanté, este principio ocupa un lugar central en el equilibrio que la Convención establece entre el reconocimiento de los niños como sujetos activos de su propia vida, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez. La capacidad progresiva en consonancia con la evolución de sus facultades, constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta (9).

2. ¿Qué se entiende por evolución de las facultades?

La noción de capacidad progresiva se incluye dentro de los conceptos jurídicos indeterminados (10) o abstractos (11); de ahí que sea necesario establecer o determinar en qué consiste esta autonomía progresiva. He dicho ya que jurídicamente el principio está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o —como sostiene la CDN— la evolución de las facultades de NNyA. En consecuencia, una mayor precisión de este concepto requiere a su vez definir qué se entiende por "evolución de facultades" o "desarrollo psicofísico" y en qué contexto se connotan y reconocen estas premisas. Para ello, el discurso jurídico se ha mostrado insuficiente, de modo que debe buscarse el apoyo de otras disciplinas, en especial en los estudios de la psicología evolutiva.

De manera sintética, puede decirse que existen dos enfoques teóricos opuestos en torno del desarrollo infantil que influyen en la interpretación de esta noción de "evolución de facultades": las teorías convencionales y las teorías culturales.

Las teorías convencionales encuentran su máximo exponente en Piaget, quien explica que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. En este sentido, se discriminan seis períodos que señalan la aparición de estas estructuras construidas sucesivamente. En lo que aquí interesa, en la última etapa, es decir, a partir de la adolescencia, el niño comienza a tener un nivel operatorio formal que le permite manejarse no sólo en el mundo de lo concreto inmediato, sino también en el mundo de lo posible, a través de la formulación de hipótesis abstractas que le otorgan una capacidad de autonomía de juicio característica de la inteligencia reflexiva completa. El adolescente, por

oposición al niño, es un individuo que reflexiona fuera del presente y elabora teorías sobre todas las cosas, complaciéndose particularmente en las consideraciones inactuales. A través de un método hipotético- deductivo, es decir, sobre simples suposiciones sin relación necesaria con la realidad o con las creencias del sujeto, el adolescente elabora un pensamiento reflexivo puro e independiente de la acción, confinado en la necesidad del razonamiento en sí, como antítesis de la concordancia de las conclusiones con la experiencia (12).

Este modelo conceptual de la niñez que proponen las teorías convencionales se caracteriza por la suposición de que hay un orden natural, según el cual los NNA son dependientes y existen normas incontrovertibles que rigen su evolución hasta la edad adulta (13). La infancia se presenta así como un proceso universal, lineal y prescriptivo, sin atender al impacto que tienen en el desarrollo infantil elementos de vital importancia como el contexto social, cultural y económico y el entorno familiar.

Por esta razón, las teorías convencionales han sido puestas en crisis en los últimos veinte años, máxime teniendo en cuenta que las conclusiones a las que se arriba parten de investigaciones formuladas exclusivamente en Europa y los Estados Unidos y, además, son consecuencia de observaciones de los niños en condiciones de aislamiento respecto de otros adultos y basadas en un número reducido de experiencias. Nacen así las teorías culturales que reprochan la incapacidad de las convencionales de reflejar la complejidad de factores que inciden sobre la adquisición de competencias por parte de los niños, y ven al desarrollo infantil como el producto de determinados procesos económicos, sociales, culturales y ambientales vinculados en concreto con las prácticas de crianza en que aquéllos desarrollan su existencia (14).

La conjunción de ambas teorías sobre el desarrollo infantil será, en definitiva, lo que nos permita delimitar los alcances de la expresión "evolución de las facultades" sobre la cual se asienta el principio de capacidad progresiva. En efecto, por un lado, las enseñanzas de los modelos convencionales aportan una base genérica de suma utilidad a la hora de pensar en una legislación que ponga en marcha este principio con alcances generales. Por otra parte, las teorías culturales demuestran la particularidad de cada niño y su entorno, y sirven entonces de fundamento para reflexionar sobre la flexibilidad que demanda el reconocimiento de la capacidad progresiva y la necesidad de contemplar variantes o alternativas en los distintos supuestos que se regulen.

Como veremos, el Código Civil y Comercial combina las enseñanzas de ambas teorías y, a partir de ellas, construye un sistema de capacidad que se estructura sobre ciertas reglas genéricas pero que también delega en los aplicadores la determinación de la madurez de NNA para el ejercicio de sus derechos frente a un contexto determinado.

3. Sistemas y modalidades

En el derecho comparado se han diseñado diversos modelos o sistemas de capacidad de los NNA, que en términos generales pueden clasificarse del siguiente modo (15): a) Estipulación, mediante leyes, de límites de edad fijos y prescriptivos para la adquisición gradual de derechos, basados esencialmente en las enseñanzas de las teorías convencionales. Estos modelos proporcionan seguridad jurídica pero, por la uniformidad e inflexibilidad de sus reglas, se desentienden del fundamento de la autonomía progresiva y no consideran las facultades evolutivas reales de cada niño, que difieren de un caso a otro; b) Eliminación de todos los límites de edad, sustituyéndolos por una evaluación individual de cada niño a fin de determinar su capacidad para participar en la toma de decisiones. Si bien este enfoque resulta la máxima expresión del principio de capacidad progresiva y apunta a considerar la individualidad de cada niño o adolescente, es en verdad incompatible con la propia CDN -que propone la introducción de ciertos límites etarios por vía legal- y genera gran inseguridad jurídica, además de un despliegue judicial y/o administrativo permanente para la evaluación de la capacidad del niño frente a todos los supuestos; c) Introducción de límites de edad fijos con la posibilidad del niño de demostrar su competencia y ejercer el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la edad establecida. Este modelo es una combinación de los anteriores y, como tal, presenta la ventaja de proporcionar directrices generales que confieren seguridad a los adultos y protección a los niños y, a la vez, contiene una cierta flexibilidad que permite considerar a cada niño en su individualidad. El problema radica en la demostración de la competencia antes de llegada la edad legal, lo cual implica para el niño la superación de las barreras que para esta franja vulnerable se presentan para el acceso a la justicia, máxime cuando se trata de sectores socioeconómicos más desfavorecidos; d) Estipulación de límites de edad fijos sólo para aquellos derechos que corren el riesgo de ser vulnerados por los adultos, e introducción de la presunción de capacidad para los demás derechos. Este último modelo -también mixto- establece límites etarios para la protección contra determinadas situaciones, tales como los daños autoinflingidos o los factores sociales o económicos perjudiciales (p. ej. ingreso a las fuerzas armadas, consumo de alcohol, etc.) y la explotación o los abusos (p. ej., trabajo infantil, explotación sexual, etc.); y recoge la presunción de capacidad en función de la competencia y sin límites fijos de edad, cuando el ejercicio de un derecho tiene repercusiones solamente para el niño, pero acarrea consecuencias tanto inmediatas como a largo plazo (p.ej. la religión, la educación, el cuidado del propio cuerpo, etc.). En estos casos, incumbrará a los adultos desvirtuar la presunción y demostrar que el niño no es competente para la toma de determinadas decisiones.

4. El régimen derogado y sus razones

En el Código Civil, la capacidad de las personas menores de edad fue regulada en los arts. 51 a 62, y 126 a

139, modificados sustancialmente en 1969 por la ley 17.711 (16). De acuerdo a lo prescripto por el art. 54 del Código Civil, las personas por nacer y los menores impúberes —o sea, aquellos que no habían alcanzado la edad de 14 años- eran incapaces absolutos de hecho. En cambio, a los menores adultos —es decir, aquellos que se encontraban en la franja etaria de los 14 a los 18 años (17)- se los consideraba incapaces relativos de hecho, ya que sólo tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizaba otorgar (conf. art. 55) (18). Por otra parte, el art. 921 del Código Civil distinguía entre el discernimiento para los actos ilícitos -que se adquiría a los 10 años- y el discernimiento para los actos lícitos -que se alcanzaba a la edad de 14 años.

Debe notarse que en la versión original de Vélez Sarsfield, el art. 55 disponía como principio la capacidad de los menores adultos quienes sólo eran "incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos" (conf. art. 55 originario). La ley 17.711, sancionada el 22/04/1968, vino a revertir la fórmula, estipulando como regla la incapacidad de los menores impúberes, quienes sólo podían por sí mismos ejercer los derechos y contraer las obligaciones que la normativa civil les reconocía.

A simple vista podría pensarse que la ley 17.711 ha sido más proteccionista que el propio Vélez, y que en comparación con el codificador original, la reforma de 2012 no resulta tan innovadora como se precia. Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión demuestra con claridad que la capacidad que Vélez reconoce a favor de los menores adultos se funda precisamente en su consideración como "adultos": adultos para ejercer una profesión u oficio, adultos para contraer matrimonio, etc., en un contexto decimonónico donde de la niñez se arribaba a la adultez sin solución de continuidad. La ley 17.711 se sanciona en el marco de una sociedad más compleja donde las enseñanzas del psicoanálisis, la psicología evolutiva, la sociología e incluso la antropología habían demostrado la autonomía de la adolescencia, como fenómeno diferenciado de la infancia y la adultez, pero aún se desconfiaba de la madurez de estos adolescentes para la toma de decisiones. El Código Civil y Comercial, haciéndose eco de uno de los principales aportes de la CDN, refuerza esta categoría de la adolescencia, e incluso reformula la concepción de la infancia, pero en clave de derechos, entendiendo la necesidad de reconocer capacidades graduales a NNyA en función de la evolución de sus facultades.

III. La Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial

1. Reglas generales

Dentro de las clasificaciones esbozadas en el anterior apartado, el CCyC. adopta un sistema mixto de capacidad de NNyA, donde se conjugan reglas flexibles sin límites etarios reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados.

Como anticipé, estas reglas se encuentran dispersas en todo el articulado del Código, pero principalmente las ubicamos en los libros primero y segundo. En términos amplios, las reglas de capacidad se hallan en el capítulo 2 del título I del libro primero relativo a la capacidad de la persona humana, aunque dentro de este mismo libro es necesario acudir a la regla del discernimiento sentada en el título IV relativo a los hechos y actos jurídicos. De manera más específica, y por ser éste el ámbito en el cual se visualizan las más importantes tensiones entre autonomía y protección, encontramos toda otra serie de disposiciones vinculadas con la capacidad progresiva de NNyA en el libro segundo sobre relaciones de familia, fundamentalmente en el título VII sobre responsabilidad parental.

La primera cuestión a considerar es que el CCyC. elimina la categoría de menores impúberes y púberes o adultos y, en coherencia con el mandato convencional, la reemplaza por otra más adecuada distinción entre niños y adolescentes, cuya línea divisoria es la edad de 13 años (conf. art. 25). Esta categorización es trascendente para delimitar la autonomía en ejercicio de derechos en muchos supuestos, como luego se verá.

Tras esta aclaración, cabe esbozar la primera regla en materia de capacidad tanto para adultos como para personas menores de edad, cual es la capacidad de ejercicio (otrora capacidad de hecho). En este sentido, el art. 23, que dispone que "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial". Seguidamente, el art. 24 inc. b) enuncia entre los incapaces de ejercicio a "la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2da. de este Capítulo...". Esta Sección 2da. del capítulo 2 relativo a capacidad, trata concretamente lo referido a la persona menor de edad, y en el art. 26 —primera parte- dispone que "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".

Una lectura apresurada y aislada de la norma nos llevaría a afirmar que en los mismos términos propuestos por la ley 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad, la excepción a la regla cuando se verifica que NNyA carecen de

madurez suficiente para decidir en forma autónoma.

Esta conclusión se basa en una necesaria conjunción de lo reglado por la primera parte del art. 26 citado, con otras dos normas generales que se ubican en distintos espacios del Código. Por un lado, el art. 261 del título relativo a los hechos y actos jurídicos, que fija la edad del discernimiento para los actos lícitos en los 13 años. Por otro lado, el art. 639 que entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental enuncia "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

La síntesis de las normas citadas permite esbozar una regla general para los actos vinculados con el ejercicio de derechos humanos (llamados personalísimos desde la dogmática civil), sin perjuicio de las soluciones específicas que correspondan en el marco de los derechos patrimoniales. En este contexto, la regla genérica es la presunción de capacidad del adolescente que —además— cuenta con discernimiento para los actos lícitos.

Es decir, a partir de los 13 años se presume la madurez para tomar decisiones inherentes al ejercicio de derechos tales como la educación, la libertad de conciencia, de creencias e ideológica (19), la intimidad o privacidad (20), la identidad, la libertad de asociación, de reunión y de participación en espacios donde se discutan aspectos vinculados con sus derechos, etc. Esta conclusión se refuerza con las normas dispersas en el libro de familia que veremos reconocen al adolescente toda una serie de facultades, en especial en el marco de actuación procesal, así como puntualmente a tenor de lo normado por el art. 645 que en el marco estricto de la responsabilidad parental, al enunciar los actos que requieren del consentimiento de ambos progenitores (tales como la autorización para salir del país o ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad), exige el consentimiento expreso del hijo adolescente.

En definitiva, como regla genérica, el Código indica una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos. Esta presunción es *iuris tantum*, o sea, admite prueba en contrario, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto en cuestión, teniendo en especial consideración la complejidad y trascendencia de dicho acto. Por exclusión, antes de los 13 años, como regla, los niños carecen de autonomía o capacidad para tomar decisiones. Sin embargo, a la luz del mandato convencional y de lo que resulta de los arts. 24 y 639 del CCyC., antes de esa edad podrán decidir de manera autónoma si se demuestra un grado de madurez suficiente, que no se presume y por ende deberá acreditarse en cada caso en concreto. Ello sin perjuicio de lo que surge de algunas disposiciones aisladas, como ocurre con la edad de 10 años para brindar el consentimiento en la adopción, como luego se analizará.

En ambos supuestos, sea que se discuta la capacidad de un adolescente o que se intente probar la de un niño, la "madurez suficiente" a la que alude la ley será discernida por la autoridad competente (judicial o administrativa) para resolver el conflicto a partir de la realización de una evaluación interdisciplinaria donde intervengan no sólo profesionales de la psicología, sino también otros especialistas tales como trabajadores sociales, médicos, etc., pues la mentada madurez no debe ser ponderada exclusivamente desde un criterio subjetivo psicológico, sino también desde una vara objetiva relacionada con el entorno familiar, cultural y social, y con la magnitud y complejidad del derecho cuyo ejercicio esté en juego.

Desde otra perspectiva, así como el reconocimiento convencional del principio de la capacidad progresiva impone la revisión de la categoría binaria de capacidad/ incapacidad, también exige la reformulación de los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos, en especial sus progenitores.

En el seno de la familia, este mandato implica la redefinición de la relación entre progenitores e hijos a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño, basado en la consideración de su personalidad y el respeto de sus necesidades en cada período de su vida, y en su participación activa en el proceso formativo (21). Desde esta óptica, el Código Civil y Comercial ha resignificado la institución de la "patria potestad" y, en su reemplazo, como se anticipó, alude a la "responsabilidad parental", concepto que destierra la idea de poder (que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica), y subraya la noción de "función" que cumplida adecuadamente, resalta el compromiso de los progenitores de orientar al hijo hacia la autonomía (22).

En este escenario, se impone la reestructuración del sistema de representación legal, necesaria y universal de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad, tal como se advierte en el citado art. 639. Así la representación —como fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra que no puede hacerlo por sí misma (23)—, sólo queda reservada para aquellos supuestos donde por su falta de madurez y por la complejidad de la cuestión a dilucidar los NNyA no puedan decidir por sí. En los demás casos, los progenitores u otros responsables prestan al niño la asistencia o apoyo, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de su decisión. Se ha definido la asistencia como "un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido" (24). En este sentido, asistencia y representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad de NNyA, mientras que la primera prevé un

acompañamiento justificado con miras a la protección de NNyA en el desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, más allá de estas reglas genéricas, por su especial trascendencia en la vida de NNyA, la complejidad de ciertas temáticas, y la necesidad —repito— de mantener un equilibrio entre el respeto de la autonomía sin exponerlos prematuramente a responsabilidades asociadas con la edad adulta, el Cód. Civ. y Com. se ocupa de regular derechos en particular o situaciones especiales con reglas propias, que serán desarrolladas a continuación.

2. El derecho al cuidado del propio cuerpo y mayoría anticipada para el acto médico

Uno de los aspectos que han ocupado especial atención del legislador es el relativo al derecho de NNyA al cuidado del propio cuerpo (25).

En materia de salud, la capacidad progresiva de NNyA se manifiesta en la posibilidad de otorgar su consentimiento informado para determinadas prácticas. La relación médico-paciente presupone el derecho de toda persona, como agente moral autónomo, de recibir la información necesaria para formar su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que le competen.

Desde esta perspectiva, desde antaño se coincide en que en el ámbito de la salud y las decisiones referidas al propio cuerpo, el concepto jurídico de "capacidad" no se identifica con el bioético de "competencia". La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que puede tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos (26). Por oposición a la capacidad legal, la competencia es una noción perteneciente al área del ejercicio de los derechos fundamentales o personalísimos que no se valora en un momento preciso, "sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o una semana" (27). Se trata, precisamente, de un elemento de desarrollo evolutivo en el terreno de la bioética que se identifica con el principio jurídico de capacidad progresiva.

Teniendo en cuenta estos parámetros, en el derecho comparado —y también en nuestro país especialmente como consecuencia de la sanción de sendas legislaciones sobre salud sexual y procreación responsable— se ha incorporado expresa o implícitamente la idea de mayoría anticipada para el acto médico, que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes.

Este concepto tuvo su origen en Gran Bretaña, en virtud del célebre caso "Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority" resuelto por la Corte de los Lores en 1986, a raíz de la oposición formulada por una madre de cinco niñas menores de 16 años para que se les proveyeran métodos anticonceptivos sin su autorización. Para rechazar la petición, la Corte aseveró que "los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes" y que "el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta" pues la competencia o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino también de la madurez del NNyA y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión (28).

El caso "Gillick" inspiró el contenido de las legislaciones comparadas, donde se observan sintéticamente tres tendencias a la hora de regular el derecho de NNyA a tomar decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo: a) una primera se inclina por no marcar límites etarios para consentir determinados actos médicos, receptando el principio general de la capacidad o autonomía progresiva, y debiendo examinarse la madurez en cada caso concreto (29); b) una segunda vertiente tiende a fijar edades cronológicas inamovibles para prestar el consentimiento para determinados actos médicos (30); y c) una tercera opción combina criterios subjetivos y objetivos, de modo que la competencia médica es valorada en función de la edad y madurez del sujeto y de la complejidad del acto médico (31).

Cada una de estas tendencias muestra ventajas y desventajas. Así, el primer sistema que no estipula límites cronológicos es claramente el que recoge con plenitud el principio de la capacidad progresiva, pero presenta la dificultad de precisar cuándo existe madurez suficiente para tomar una decisión en materia de salud, lo cual no deja de producir cierta inseguridad jurídica por la necesidad de su apreciación en el caso concreto y la grave responsabilidad que asumen los facultativos en su caso (32). Este sistema insume un mayor costo en términos de economía y de tiempos pues implica la intervención judicial para ponderar la madurez del niño y evitar así —por parte de los médicos— la responsabilidad civil y penal derivada de la mala praxis. Por oposición, la mayor crítica que ha recibido el segundo sistema mencionado se centra en que desvirtúa el principio de la autonomía progresiva al establecer márgenes etarios fijos para ejercer determinados derechos, lo que puede convertirse en fuente de nuevas discriminaciones y arbitrariedades (33).

Estas observaciones no dejan de ser ciertas. La imposición de reglas inflexibles atenta contra el espíritu del mandato convencional. Pero la eliminación absoluta de estándares, puede generar dificultades en relación con las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, donde el principio de autonomía progresiva adquiere una complejidad adicional, especialmente en función de la seriedad de la decisión que pueda tomarse. Ello obliga a

establecer pautas básicas, siempre móviles, para evitar la judicialización innecesaria de todas las cuestiones inherentes a la salud de NNyA donde las decisiones requieren en general de un tratamiento urgente e incompatible con los tiempos judiciales.

Esta ha sido en definitiva la idea recogida en el art. 26 del CCyC, que en su segunda parte reza: "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".

La norma propone un sistema mixto que se construye a partir de dos variables: a) una subjetiva, vinculada con franjas etarias móviles; y b) una objetiva, relacionada con el tipo y complejidad del acto médico. La flexibilidad del sistema se halla precisamente en la movilidad de los límites cronológicos, pues la ley estipula presunciones iuris tantum que pueden ser cuestionadas de evaluarse la madurez o inmadurez en cada caso concreto, y en la caracterización del acto como invasivo o no invasivo, comprometedora del estado de salud o riesgoso. Ambas cuestiones serán resueltas por el juez.

Para ser más precisos, el sistema previsto por el Cód. Civ. y Com. tiene los siguientes alcances:

1) Representación: Los niños y niñas, es decir, las personas menores de 13 años, son incapaces para tomar decisiones en materia de salud y, en consecuencia, requieren de la representación de sus progenitores quienes prestarán el consentimiento para el acto médico sin perjuicio de la necesaria información y participación del niño, conforme resulta del art. 2 inc. e) de la ley 26.529 de Derechos del Paciente del año 2009 (34);

2) Presunción de autonomía: Se presume iuris tantum que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí, en forma autónoma, 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;

3) Codecisión: Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente de entre 13 y 16 años debe prestar su consentimiento conjuntamente a (con asistencia de) 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. Claro está que aunque la norma nada diga, más allá de la opinión médica con relación al acto en sí, el juez deberá ponderar la madurez del niño a través de una evaluación interdisciplinaria que se llevará a cabo bajo la modalidad ya indicada al explicitar las reglas generales, teniendo en cuenta la complejidad del acto médico del que se trata. Creo también que tratándose de personas vulnerables, a fin de autorizar la decisión, el juez deberá considerar lo que en términos bioéticos se ha dado en llamar "principio de utilidad" que se vincula con la necesidad del acto médico y exige evaluar que los beneficios y los inconvenientes estén equilibrados (35).

4) Autonomía o mayoría anticipada para el acto médico: En fin, como regla absoluta y sin admitir prueba en contrario, a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

A la luz de esta regla genérica, y partiendo del principio por el cual ley posterior deroga ley anterior, es evidente que la nueva normativa conlleva dejar sin efectos todas las disposiciones contenidas en normas especiales que resulten incompatibles con el Código o restrinjan mayores derechos de NNyA.

Así, por ejemplo, el art. 26 exige una reinterpretación de la ley 26.529 de derechos del paciente del año 2009, cuyos principios resultan extensibles a las decisiones autónomas que puedan adoptar los adolescentes. Sin perjuicio de ello, debe notarse que ya el decreto 1089/2012, al reglamentar el art. 2 de la norma advertía que "Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061...".

A su vez, el Cód. Civil y Comercial deroga lo previsto en la ley 26.743 de identidad de género, del año 2012, cuyo art. 5° exige la autorización judicial para la readecuación genital de las personas menores de edad (36). Lo mismo cabe decir en cuanto a leyes especiales tales como la de trasplante de órganos (ley 24.193 del año 1993, reformada por la ley 26.066 del año 2005) y transfusión de sangre (ley 22.990 del año 1983).

Por otra parte, debe considerarse que la regla del art. 26 encuentra una contradicción en el art. 60 del mismo Código que en consonancia con la ley de muerte digna (ley 26.529 del año 2009) estipula la mayoría de edad para formular directivas médicas anticipadas. Por el principio pro homine, que conduce a la prevalencia de la norma que provea "la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos, y al sistema de derechos en sentido institucional" (37), sumado al principio de la capacidad jurídica y que toda restricción a esta capacidad debe considerarse excepcional, debe entenderse que a partir de los 16 años los adolescentes se encuentran

autorizados a emitir estas directivas.

Por el mismo principio pro homine, por sobre los límites impuestos por el art. 26 del CCyC., se imponen las legislaciones locales en materia de salud sexual y procreación responsable que prevén la posibilidad de acceso a consultas médicas y a métodos anticonceptivos aún antes de los 13 años, como es el caso de la ley 418 de la CABA, cuyo art. 5° establece como destinatarios de las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la salud sexual y procreación responsable a la población en general y especialmente a las personas en edad fértil. Nótese, además, que la ley 25.673, que en el año 2002 creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable no estipula restricciones etarias, pues el art. 3° indica que "El programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna". Sin embargo, el art. 4° del decreto reglamentario 1282/2003 estipula que en las consultas se procurará "la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de 14 años", aunque seguidamente se aclara que "Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad". Así también, resulta de aplicación a toda la población de mujeres y sin límites etarios la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso "F., A. L." (38) con respecto a la atención de los abortos no punibles y la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

Más compleja es la respuesta en el área de salud mental. En concreto, el art. 32 del CCyC. formaliza en 13 años la edad mínima para restringir la capacidad de quien padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. No se observan, pues, inconvenientes en este aspecto. Donde sí se encuentran divergencias es en orden a las internaciones de las personas menores de edad, ya que según lo normado por el art. 26 de la ley nacional de salud mental 26.657 del año 2010, estas internaciones son reputadas involuntarias. En principio parece lógico suponer aquí también que la normativa general y posterior deroga la ley especial y anterior, pero entiendo que la solución propuesta puede ser cuestionable a tenor de la especial situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse las personas con discapacidad (39).

Por último, y en cuanto al aspecto objetivo vinculado con el tipo y complejidad del acto médico, se ha criticado la utilización de ciertas expresiones para caracterizar al acto médico, tales como la de "tratamientos invasivos y no invasivos". Sin ánimo de extenderme en conceptualizaciones que creo deberán quedar en manos de la opinión médica, comparto con Rivera cuando concluye que lo relevante a la hora de calificar la modalidad del acto no debe ser tanto lo invasivo en sí (si se entiende como procedimientos o dispositivos invasivos aquellos que involucran instrumentos que rompen la piel o penetran físicamente en el cuerpo) (40) sino el riesgo que cause para la salud, la integridad o la vida (41), tanto cuando se trate de aceptar una decisión autónoma del adolescente como cuando se deba resolver ante un conflicto de opiniones entre el joven y sus progenitores.

3. El derecho a la identidad y el derecho a la familia

Dentro de los derechos humanos cuyo ejercicio directo se reconoce a favor de NNyA, el Código regula de manera especial el derecho a la identidad y el derecho a la familia.

Las cuestiones que se abordan en este sentido son múltiples. Así, para comenzar, en cuanto al derecho a formar una familia y, más concretamente, a contraer matrimonio, debe notarse que el Proyecto original mantenía la edad nupcial en los 18 años (conforme lo normado por la ley 26.449 del año 2008), pero la Comisión Bicameral introdujo una reforma reduciendo dicha edad a los 16 años, reforma que entiende justificada a la luz del principio de la capacidad progresiva (42). La decisión resulta cuestionable desde la perspectiva de género, pues en general es la mujer quien contrae matrimonio en edad más temprana, lo que implica una consideración limitada a su aptitud como madre y esposa, reproduciendo su rol doméstico y de cuidado. El desarrollo integral de las mujeres y su amplia participación en todos los ámbitos de la sociedad, exigen reformular estos parámetros y, sobre todo, las expectativas sobre su rol en la sociedad, que no puede depender de su capacidad reproductiva.

Más allá de la crítica expuesta, lo cierto es que la decisión de contraer matrimonio antes de la edad nupcial (43) no es autónoma del adolescente, sino que requiere —al igual que en el viejo sistema de Vélez- de la conformidad de sus progenitores o responsables. Así, en el art. 404, el Código Civil y Comercial retoma la distinción entre dos franjas etarias: a) quienes tienen entre 16 y 18 años pueden contraer matrimonio con autorización de sus progenitores (típico caso de asistencia). En caso de oposición resuelve el juez; b) quienes tienen menos de 16 años, deben ser autorizados por el juez. En todos los supuestos el magistrado debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales y resolverá teniendo en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial.

Otro de los aspectos vinculados con el llamado derecho a la familia sobre los que innova el Código Civil y Comercial es el relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, superando así la inconstitucionalidad emergente del art. 264 bis derogado, en cuanto discriminaba entre los progenitores menores de edad según hubieran o no contraído matrimonio, pues los casados, emancipados por el matrimonio, ejercían la responsabilidad parental respecto de sus hijos, mientras que los hijos extramatrimoniales quedaban sujetos a la

tutela de los abuelos.

Siguiendo los ejemplos del derecho comparado (44), el art. 644 del CCyC regula el régimen de los progenitores adolescentes. La norma prevé que estén o no casados, los adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Es decir, la regla es la autonomía de los progenitores para las decisiones de la vida cotidiana del niño. Sin embargo, las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado (los abuelos) pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño o intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. Aunque la ley nada dice en esta primera parte, por aplicación de lo normado con respecto al caso que sigue, en caso de conflicto de opiniones, resolverá el juez.

En los demás 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), la ley prevé un sistema de codecisión o asistencia, pues señala que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores, indicándose también que en caso de conflicto, interviene el juez.

Debe notarse que el art. 644 prescribe que "La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen", decisión del legislador que podría cuestionarse pues si uno de los progenitores alcanza la mayor edad y, con ella, la plena capacidad la persistencia del régimen de asistencia previsto por la norma parece excesiva.

El flamante ordenamiento recoge la regla de la autonomía progresiva en otra materia en que se integran el derecho a la familia y el derecho a la identidad: es el caso de la adopción, donde se reconoce el mandato convencional tanto en aquellas decisiones vinculadas con la propia adopción, como en la relativa a la adopción de los hijos de NNyA.

Con respecto a este último tema, como se vio, el art. 644 exige el consentimiento de los progenitores del progenitor adolescente para la decisión libre e informada acerca de su adopción, cuestión que vuelve a poner sobre el tapete la difícil tensión entre la necesidad de garantizar la autonomía de la voluntad de la madre adolescente y el derecho del niño a permanecer en su familia de origen. El legislador ha optado por una solución que pondera la seguridad jurídica (valorando la necesidad de evitar arrepentimientos y las consecuencias nefastas que éstos provocan) frente a la intimidad de la madre que pretende ocultar su embarazo a sus progenitores (45).

En el rol del adoptado en su propia adopción, dos normas reflejan el principio de capacidad progresiva: a) por un lado, el art. 595 inc. f) exige el consentimiento del niño mayor de 10 años, cuestión que es lógica si se advierte la escasa posibilidad de éxito de una adopción no deseada ni aceptada por un niño de esa edad (46); y b) el art. 596 reconoce a favor de NNyA con edad y grado de madurez suficiente (sin límites cronológicos) el derecho a conocer los datos relativos a su origen y acceder, cuando lo requieran, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Entiendo que en el caso habrá que valorar su madurez, la que se presume iuris tantum desde el momento en que requiere la información. Por otra parte, el mismo art. 596 estipula que el hijo adolescente puede entablar una acción judicial autónoma a fin de conocer sus orígenes, para lo cual debe contar con asistencia letrada (47).

La autonomía progresiva para el ejercicio del derecho a la identidad, entendido éste desde una óptica relacional o vincular, también se verifica a tenor de lo normado por el art. 680 que en consonancia con los principios generales, reduce de 14 (48) a 13 años la capacidad para reconocer hijos. Esta disposición debe integrarse con lo previsto por el art. 44 de la ley 26.413 que organiza el funcionamiento del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en tanto expresa: "En el supuesto del art. 286, CCiv., el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la ley 26.061" (49).

Por último, con relación a otro de los vastos aspectos en que se descompone el derecho a la identidad, como es el nombre, el art. 64 determina que el interesado con edad y madurez suficiente puede solicitar la agregación del apellido del otro progenitor (50). A su vez, el art. 66 prevé que la persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando.

4. La participación procesal

El régimen de fondo hasta aquí descrito se integra o articula con reglas de forma, no sólo aquellas que de manera insistente reiteran en todos los capítulos del libro de familia el deber de escuchar a NNyA y tomar en cuenta sus opiniones conforme su edad y madurez, sino en especial las reglas procesales contenidas en los arts. 677 a 680 que diseñan la actuación de las personas menores de edad en los procesos judiciales (51).

Estas reglas o principios reconocen la capacidad procesal de las personas menores de edad, es decir, la aptitud necesaria para realizar por sí mismas actos procesales válidos (52) y, en este sentido, constituyen una proyección y consecuencia necesaria de la capacidad de ejercicio reconocida en el derecho de fondo.

Entre esas disposiciones genéricas, el Código distingue dos situaciones: a) los juicios contra terceros,

regulados en los arts. 677 y 678; y b) los juicios contra los progenitores, regulados en el art. 679.

En los juicios contra terceros, la regla surge del art. 677 que se titula "Representación" y en consonancia con lo dispuesto por el art. 274 del Código derogado (53), dispone que "Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados". Pero la nueva norma agrega que "Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada". Esta disposición debe conjugarse con lo reglado por el art. 678 en materia de "Oposición al juicio", en tanto expresa que "Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público".

La lectura de ambas previsiones permite adelantar las siguientes conclusiones. Cuando se trata de un juicio contra terceros, la ley habilita a los progenitores a actuar en representación del hijo. Sin embargo, los hijos pueden actuar juntamente con sus progenitores o en forma autónoma cuando tienen edad y grado de madurez suficiente. Entiendo que los 13 años no constituyen un límite mínimo para actuar en el proceso judicial por cuanto la misma ley habla de una presunción de autonomía o capacidad. Esto significa que después de esa edad, la madurez se presume, y antes de esa edad deberá acreditarse, más en modo alguno queda excluida de plano. Y ello por cuanto -como dije- la capacidad procesal no es más que un reflejo de la capacidad de ejercicio, que a tenor de lo normado por el art. 24 inc. b) sólo debe restringirse —salvo disposición en contrario- cuando la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Cualquiera fuera su edad, si el NNyA interviene en el proceso por derecho propio debe hacerlo con asistencia letrada.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto por el art. 678 (54), mientras que el niño o niña requiere autorización de sus progenitores para estar en juicio, el adolescente no la precisa, pero los progenitores pueden oponerse a que inicie la acción, debiéndose resolver la cuestión por venia judicial (previa audiencia del oponente y del Ministerio Público) y la debida asistencia letrada. Para habilitar la facultad de los progenitores de oponerse al proceso, resulta indispensable ponerlos en conocimiento de la demanda formulada por el hijo en la primera presentación que aquél hiciera, incluso en la etapa de mediación.

Por otro lado, en los juicios contra los progenitores (donde claramente pueden subsumirse los procesos de familia), el art. 679 dispone que el hijo puede reclamarles "por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada".

Es decir, el NNyA que cuenta con edad y grado de madurez suficiente (aun antes de los 13 años) puede accionar contra sus progenitores sin requerir autorización judicial a tales fines, como sí la exigía el art. 285 derogado (55). Una vez más, será el juez quien determine si el niño cuenta con madurez suficiente, la que entiendo se presume con el inicio de las actuaciones, máxime cuando se trata de un adolescente, en coherencia con lo normado en los artículos anteriores. En esos supuestos el NNyA también debe intervenir con asistencia letrada

En fin, conforme surge del art. 680, "El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos". La norma sigue el lineamiento impuesto por el derogado art. 286 (56), aunque en consonancia con la nueva categorización legal alude a los adolescentes en lugar de los menores adultos y elimina dentro de los supuestos especiales la facultad de testar, reservada para los mayores de edad.

Por último, debe aclararse que más allá de estas reglas genéricas, el codificador ha prestado especial atención a la participación de NNyA en el proceso de declaración judicial de situación de adoptabilidad y en el juicio de adopción, diseñando reglas específicas en la materia. Así, tanto el art. 608 inc. a) —para el primer caso- como el art. 617 inc. a) —para el segundo- prevén la participación con carácter de parte del adoptado que tenga edad y grado de madurez suficiente, que en tal supuesto debe comparecer con asistencia letrada.

IV. Palabras de cierre

He dicho que uno de los principales retos que propone el paradigma de la protección integral de derechos emergente de la CDN es la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento del derecho de NNyA a participar en las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales y la asunción de las responsabilidades para las cuales tienen competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.

La conjunción de estos aspectos permite afirmar que a mayor competencia de NNyA, menor será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores (o demás responsables) en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y mucho menor será la intervención del Estado, cuando se verifique la voluntad coincidente entre el niño y su familia, pues debe presumirse que las personas más allegadas a aquél respetarán su propia historia vital y actuarán conforme su interés.

De lo expuesto se desprende que el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto máximo posible (57) en función de la evolución de sus facultades, de modo que como regla, verificada su madurez para decidir en el caso concreto, podrá adoptar una resolución en forma autónoma. De no alcanzar esa madurez, deberá al menos respetarse su derecho a participar en la toma de decisiones con la asistencia o apoyo

de sus progenitores y demás actores relevantes.

El nuevo Código procura encontrar ese delicado equilibrio a través de un juego de reglas que deben interpretarse de manera integral y armónica no sólo con el entramado del propio cuerpo legal, sino también con las disposiciones de legislaciones especiales y, por supuesto, a la luz del mandato convencional, para que NNyA puedan ejercer plenamente sus derechos en un marco de autonomía referencial respetuoso de la dignidad humana.

(1) GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", Revista Digital ISONOMIA n° 25, octubre de 2006, p. 116.

(2) En el sentido de paternalismo justificado: ver al respecto NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2da ed. ampliada y revisada, Astrea, Bs. As., 2007; Garzón Valdez, Ernesto, Garzón Valdez, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", Revista digital DOXA, n° 5, 1988; Dworkin, Gerald, "Paternalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/> (compulsado el 19/07/2015); etc.

(3) GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", cit., p. 120.

(4) Por falta de espacio no desarrollaré en esta oportunidad la cuestión vinculada con el ejercicio de los derechos patrimoniales por parte de NNyA. Sin embargo, por la trascendencia de las novedades que en este aspecto introduce el CC y Com., me detendré a esbozar algunas conclusiones preliminares que surgen de integrar la reforma con las leyes especiales. Por un lado, el nuevo ordenamiento elimina el usufructo paterno, de modo que el art. 697 determina que las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden —entiendo yo deben— rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez. Por otro lado, el art. 30 y los arts. 681 a 683 establecen toda una serie de reglas en materia de contratos de trabajo o de servicios, ejercicio de la profesión y actos vinculados con ellos que deben compatibilizarse con las disposiciones especiales de la ley 26.390 que prohíbe el trabajo infantil. Así, se prevé que quien tiene título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización; tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella. En los demás casos, se establecen escalas. Entre los 13 y 16 años, para los supuestos en que la ley especial lo permite (como es el caso de trabajo en empresas de familia o actividades artísticas o culturales), se requiere integrar el consentimiento de los padres con el de sus hijos para los contratos de servicios, para que aprenda algún oficio, o para ejercer profesión o industria. A partir de los 16 años, tomando en cuenta lo que establece la ley especial, se presume el consentimiento de los padres para celebrar contrato de trabajo si los hijos viven en forma independiente. En caso contrario, se requiere la autorización de los padres, aunque si la tienen, se presume que también están autorizados por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. Con relación a otros contratos y actos de administración de bienes, el art. 684 presume que son realizados con la conformidad de los progenitores los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo. Por su parte, y en cuanto a la administración de los bienes del hijo, el art. 645 inc. e) exige la conformidad del hijo adolescente para tal administración, y el art. 686 exceptúa de la administración de los padres los bienes adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores. En fin, el art. 690 se refiere a los contratos con terceros, disponiendo que "Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración. Deben informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente". Sobre este último tema se recomienda compulsar FERNÁNDEZ, Ana S., "El ejercicio del derecho a trabajar de las niñas, niños y adolescentes. Su incidencia sobre el régimen patrimonial y sobre la responsabilidad civil", en SOLARI, Néstor E. y BENAVENTE, María I. (dirs.), *Régimen de los menores de edad*, La Ley, Bs. As., 2012, p. 541.

(5) En cuanto a la recepción de la capacidad progresiva en el CC y Com. compulsar, entre otros, HIGHTON, Elena I., "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", LL 13/04/2015, p. 1, Cita Online: AR/DOC/1008/2015; RIVERA, Julio C., "Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas. Comienzo de la existencia. Capacidad de los menores", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015. Número extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 195; MUÑIZ, Javier N., "Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2. Proyecto de Código Civil y Comercial- I, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 105; FERNÁNDEZ, Silvina E., "Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil", *Jurisprudencia Argentina*. Número especial. El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, Abeledo- Perrot, Bs. As., 2012, p. 108; de la misma autora, "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en p. 25; Suplemento especial. Código Civil y Comercial de la Nación, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), La Ley, Bs. As., 2015, etc.

(6) El destacado me pertenece.

(7) Para un desarrollo de esta temática ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés- FAMÁ, María Victoria-HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", t. I, Ediar, Bs. As., 2006, ps. 519 y ss. y, de los mismos autores, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061. Comentada, anotada y concordada, Ediar, Bs. As., 2007, ps. 165 y ss.

(8) ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "La patria potestad y la libertad de conciencia del menor", Tecnos, Madrid, 2006, ps. 36; 38 y 39.

(9) LANSDOWN, Gerison, "La evolución de las facultades del niño", Unicef, Florencia, 2005, p. 19.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2010- 3. Derechos del paciente, Rubinzal- Culzoni, Bs. As., 2011, p. 137.

(11) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución", Universidad, Bs. As., 2009, p. 417.

(12) PIAGET, Jean, La psicología de la inteligencia, Crítica, Barcelona, 1999, ps. 138 y ss. Ver del mismo autor "El desarrollo mental del niño" en Seis estudios de Psicología, Labor, Colombia, 1995, p. 11.

(13) QVORTRUP, Jens, "Useful to useful: the historical continuity of children's constructive participation", en Mandell, Nancy —editora-, Sociological Studies of Children, JAI Press, Londres, 1995, vol. 7, p. 49 y ss.

(14) Super, Charles y Harkness, Sara, "Cultural perspectives on child development", en Wagner, Daniel y Stevenson Harold —editores- Cultural perspective on Child development, WH Freeman, San Francisco, 1982, ps. 170 y ss.

(15) Ver la clasificación diseñada por Lansdown, Gerison, La evolución de las facultades del niño..., cit., ps. 71 y ss.

(16) Y en algunos aspectos por la ley 23.264 (art. 131) y la ley 23.515 (art. 133).

(17) Ello tras la reforma introducida por la ley 24.579 (sancionada el 02/12/2009) que modificó el Código Civil reduciendo la mayoría de edad de 21 a 18 años. Recuérdese que el Código de Vélez estableció la mayoría de edad a los 22 años, siendo esta reducida a los 21 años tras la sanción de la ley 17.711.

(18) A lo largo de su articulado, el Código Civil se encargaba de señalar expresamente aquellos actos personales o patrimoniales que los llamados "menores" podían ejercer antes de arribar a la mayoría de edad. Así, a modo de ejemplo, antes de la reforma introducida por la mentada ley 26.579, el art. 166 inc. 2º determinaba la edad mínima de 18 años para contraer matrimonio —aunque con autorización paterna o venia judicial supletoria en caso de negativa de los progenitores (arts. 169 y 170)-, requiriéndose la dispensa judicial en el caso de no haber arribado a la edad legal. Por su parte, el art. 286 facultaba a los mayores de 14 años a estar en juicio y a reconocer hijos sin la autorización de sus padres. En la esfera patrimonial, se permitía que los niños trabajen desde los 14 años -con autorización paterna- y desde los 18 años —sin autorización alguna- (conf. arts. 128 y 275). A su vez, se determinaba su responsabilidad civil a partir de los 10 años de edad, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de sus padres (art. 1114). Finalmente, tenían capacidad desde los 10 años para adquirir la posesión de las cosas (art. 2392); desde los 14 años para recibir depósito necesario y responder por él (art. 2228), y se les otorgaba plena capacidad para testar a partir de los 18 años (art. 3614).

(19) Un completo análisis del ejercicio de este derecho por parte de NNyA puede encontrarse en BENAVENTE, María Isabel, "Las personas menores de edad y la libertad de conciencia, de creencias e ideológica", en SOLARI, Néstor E. y BENAVENTE, María I. (dirs.), Régimen de los menores de edad, La Ley, Bs. As., 2012, p. 111.

(20) En especial, para un abordaje novedoso del ejercicio de este derecho vinculado con las nuevas tecnologías, compulsar Hacker, David Lior, "El derecho personalísimo a la intimidad de las niñas, niños y adolescentes en colisión con la responsabilidad parental en el uso de las redes sociales", RDF (en prensa).

(21) GROSMAN, Cecilia P., "Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades", en WAINERMAN, Catalina (comp.), Vivir en Familia, UNICEF- Losada, Bs. As., 1994, p. 84.

(22) MIZRAHI, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2006, ps. 168 y ss.

(23) RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y GARCÍA ALGUACIL, María José, "La representación legal de menores e incapaces. Contenidos y límites de la actividad representativa", Aranzadi, Navarra, 2004, p. 27.

(24) CIFUENTES, Santos, "Elementos de Derecho Civil. Parte General", Astrea, Bs. As., 1997, p. 218.

(25) Para un mayor desarrollo de esta temática que aquí solo se esboza ver FAMÁ, María Victoria, "El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) y HERRERA, Marisa (coord.), "La familia en el nuevo derecho". Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, Rubinzal- Culzoni, Bs. As., 2009, t. II, p. 343; de la misma autora, "Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo", RDF n° 57, 2012, p. 5; FAMÁ, María Victoria y FORTUNA, Sebastián I., "Derecho a la salud, campañas de vacunación y

tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familiar y los derechos del niño", en CLÉRICO, Laura- RONCONI, Liliana —ALDAO, Martín (coords.), "Tratado de derecho a la salud", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2013, t. 1, p. 481; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en BERGEL, Salvador D. y MINYERSKY, Nelly (comps.), Bioética y Derecho, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114; de la misma autora, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2010- 3. Derechos del paciente, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 137; POLAKIEWICZ, Marta y GORVEIN, Nilda S., "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo", en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), "Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 149; RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, "Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo", Universidad Complutense de la Facultad de Derecho, Madrid, 2004; CANO HURTADO, María Dolores, "Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el Derecho Estatal y en el Derecho Valenciano", en VALLÉS, Antonio (dir.), La protección del menor, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 87; etc.

(26) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente: el consentimiento informado", Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 87.

(27) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños...", cit., p. 131.

(28) En nuestro país, esta misma tendencia ha sido seguida en distintos precedentes, entre los que cabe destacar el fallo "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ CABA", leading case que puso fin a las discusiones jurisprudenciales en torno del ejercicio del derecho a la salud sexual y procreación responsable por parte de NNyA al menos en el ámbito local, y marcó una clara referencia a seguir por otros tribunales regionales (TSJ, CABA, 14/03/2003, RDF n° 2004-I, p. 47, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., "Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad").

(29) Así, en Francia, el Cód. de Salud Pública autoriza a los médicos a evacuar la consulta de un niño o adolescente que se presenta solo, sin ningún límite de edad. El niño debe prestar su consentimiento para la realización de cualquier tratamiento si resulta apto para expresar su voluntad y participar de la decisión. En tal supuesto, tiene derecho a participar en el tratamiento médico que le será prodigado, y debe ser informado, de acuerdo a su capacidad de comprensión, de todo acto o intervención médica en su persona. En el caso en que el rechazo de un tratamiento por la persona titular de la responsabilidad parental genere el riesgo de entrañar consecuencias graves para la salud del niño, el médico prescribirá los tratamientos indispensables (art. 1111-4). En la misma línea, el "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina", suscripto por países miembros del Consejo de Europa el 4/04/1997 (conocido como "Convención Europea de Bioética") dispone que cuando conforme a la ley un niño no tenga capacidad para expresar su consentimiento referido a una intervención médica, deberá requerirse la autorización de "su representante (en primer lugar sus padres), de una autoridad o de una institución designada por la ley", para agregar luego: "La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez" (art. 6-2).

(30) En esta segunda línea se ubica Inglaterra, que en la Sección 8va. del Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por encima del criterio de sus representantes legales. Por su parte, la Children's Act de 1989 permite a un niño o adolescente, con suficiente discernimiento, tomar una decisión una vez informado, y rehusarse a los criterios médicos o psiquiátricos o de otra naturaleza que los tribunales dispongan en las órdenes de protección. De todos modos, si el niño no ha alcanzado la edad de 16 años, se aplica el estándar jurisprudencial y aún así puede determinarse si es "Gillick competent". En España, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, "Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica" dispone en su art. 9.3 que "Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:... c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". En el mismo país, a nivel autonómico, puede mencionarse —entre otras- la Ley 8/2008, de 20 de junio, de Valencia, de los "Derechos de salud de niños y adolescentes", cuyo art. 15 reza: "Se reconoce a los mayores de 16 años y a los menores emancipados el derecho a prestar su consentimiento informado, de conformidad con la legislación sobre derechos del paciente y demás legislación sanitaria". Con similar criterio, en Estados Unidos, diversos estatutos atribuyen facultades a los pacientes menores de edad para dar su consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos —así, en Alabama, Columbia, Carolina del Sur, etc.-.

(31) En los Países Bajos, el Cód. Civil establece tres tipos de categorías: para los niños menores de 12 años se requiere la autorización paterna; entre los 12 y 16 años, se impone un sistema de doble autorización; y, a

partir de los 16 años, la decisión es exclusiva del adolescente. Así, cualquiera sea su edad, el niño tiene derecho a ser informado en forma clara respecto de los exámenes realizados, los tratamientos propuestos, su seguimiento y su estado de salud. En particular, el niño menor de 12 años tiene derecho a ser informado de un modo adaptado a su capacidad de comprensión, aunque no tiene derecho por sí solo a consultar la historia clínica. Entre la edad de 12 y 16 años, los pacientes comparten con sus padres el derecho a consultar la historia clínica en forma conjunta. Sin perjuicio de ello, los padres pueden ser excluidos de la relación entre los profesionales médicos y los niños si el interés de estos últimos así lo exige (por ejemplo, en el tratamiento de una enfermedad venérea). A partir de los 16 años, los jóvenes gozan de los mismos derechos que los adultos. En Québec (Canadá) el Cód. Civil de 1996 dispone que el niño mayor de 14 años puede consentir por sí solo tratamientos, exámenes o cualquier tipo de intervención médica. De todos modos, y más allá de la regla genérica, la ley canadiense formula algunas distinciones. Si su estado de salud exige que permanezca internado en un establecimiento de salud o un servicio social por más de 12 horas, debe informarse tal situación al titular de la responsabilidad parental (art. 14). Cuando el niño tenga menos de 14 años, se requerirá autorización judicial si los progenitores se niegan injustificadamente a consentir un tratamiento necesario para la salud del niño. También se precisa dicha autorización cuando deba someterse a un niño mayor de 14 años a un tratamiento que éste rechaza, salvo que no exista urgencia y su vida o su integridad no se encuentren en riesgo, en cuyo caso resultará suficiente el consentimiento del titular de la responsabilidad parental (art. 16). El niño mayor de 14 años puede consentir por sí mismo los tratamientos que no comprometan su estado de salud. Es necesario el consentimiento de los titulares de la responsabilidad parental si los tratamientos presentan un riesgo serio para la salud del niño y pueden causar consecuencias graves y permanentes (art. 17). En estos mismos supuestos, y tratándose de un niño menor de 14 años, es suficiente con la autorización de sus padres o representantes, salvo que los tratamientos impliquen un riesgo para su salud, en cuyo caso se requerirá la autorización judicial (art. 18). Las personas menores de edad no pueden enajenar una parte de su cuerpo a menos que ésta resulte susceptible de regenerarse y que no implique un riesgo cierto para su salud, en cuyo caso requerirán el consentimiento de sus representantes y la autorización judicial (art. 19). Tampoco pueden someterse a un experimento que importe un riesgo serio para su salud (art. 21). En fin, en Nueva Zelanda, la ley adopta un modelo mixto que recoge criterios cronológicos aunque admite cierta flexibilidad, pues si bien dispone que los niños pueden dar su consentimiento para los tratamientos médicos solamente después de haber cumplido 16 años, se les permite hacerlo antes de esa edad si demuestran que tienen la competencia necesaria.

(32) ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, "La patria potestad y la libertad..", cit., p. 123.

(33) NADDEO, María Elena, "Comentarios acerca de la ley nacional 26.061. Vigencia del paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes", RDF n° 35, p. 71.

(34) Dicha norma establece que "El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...".

(35) Por poner un ejemplo extremo, no puede evaluarse del mismo modo un deseo de implante mamario que una decisión vinculada con suspender un tratamiento que prolongue innecesariamente la vida través de medios artificiales cruentos y desproporcionados.

(36) Recuérdese que la norma en cuestión, que debe ser reinterpretada a la luz del CC y Com., prevé: "Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes".

(37) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", tomo I-A Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 389.

(38) CSJN, 13/03/2012, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", elDial.com - AA7457.

(39) En este sentido Olmo y Menossi señalan que si bien el CC y Com. les reconoce la mayoría de edad para los actos médicos, los menores de 18 años "no dejan de ser personas 'menores de edad' a los fines de la aplicación del artículo 26 de la ley 26.657, por lo que el presupuesto fáctico para su aplicación sigue siendo el mismo" (OLMO, Juan P. y MENOSSI, María P., "Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo" en ALEGRÍA, Héctor (dir.), Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Bs. As., 2015, p. 67).

(40) De acoger esta acepción literal una extracción de muela podría considerarse invasiva porque implica romper la piel con instrumentos.

(41) RIVERA, Julio C., "Claves del Código Civil y Comercial...", cit., p. 217.

(42) En este sentido debe recordarse un precedente que apenas sancionada la ley resolvió que "La reforma choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina... como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona... La citada norma también se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales —art. 3 inc. d) ley 26.061" (Trib. Flia. N° 5, Rosario, 22/05/2009, "G., V. A.", www.abeledoperrot.com).

(43) Que pese a lo expuesto por el inc. f) del art. 403, es a los 16 años y no los 18 años como allí se consigna.

(44) Así, por ejemplo, el art. 157 del C. Civ. español prevé que "El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, con la de un tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez". A su vez, el art. 210 del C. de Fam. de El Salvador reza: "El padre y la madre menores de edad, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos, pero la administración de los bienes y la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental o la tutela de los padres, quienes la ejercerán conjuntamente. En caso de desacuerdo la decisión se tomará por mayoría... Si sólo uno de los padres fuere menor, el mayor administrará los bienes y representará al hijo en los actos y contratos expresados".

(45) Nótese que muchos de los casos en los que estos arrepentimientos se han planteado se vinculan con decisiones adoptadas por personas menores de edad ajenas al conocimiento de sus progenitores (ver, entre otros, CSJN, 13/03/2007, "A., F. s/protección de persona", www.abeledoperrot.com.ar; CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 29/07/2005, "B., G. N. - NN femenina hija de G. N. B. s/ situación", eldial.com; C. Civ. y Com. Mercedes, 23/06/2011, "S.M.A.", www.abeledoperrot.com.ar; etc.)

(46) Esta exigencia sigue los ejemplos del derecho comparado. Así, por mencionar algunos, el art. 107 del C. Fam. de Cuba dispone la necesidad de contar con el consentimiento del niño mayor de 7 años; la ley dominicana 136/06, el art. 13 de la ley venezolana de adopción y el art. 18 inc. c) de la ley 1136 del Paraguay exigen la edad de 12 años; mientras que la ley italiana 149 de 2001 alude al niño de 14 años.

(47) La norma en cuestión señala que "El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada".

(48) Conforme surgía del derogado art. 286.

(49) Pese al propósito loable de la citada norma, en su momento comenté mis reparos frente a la solución legal pues parte de la presunción (e incluso el prejuicio) de que quienes reconocen un hijo antes de arribar a la mayoría de edad se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, lo que no necesariamente ocurre (ver FAMÁ, María Victoria, "La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal", 2da. ed. act. y ampl., Abeledo- Perrot, Bs. As., 2011, ps. 173 y ss.).

(50) Recuérdese que la ley 18.248 permite la agregación del apellido por el hijo matrimonial recién a partir de los 18 años, y para el hijo extramatrimonial, la opción de conservación del apellido de uso, con autorización judicial, opera dentro de los "dos años de haber cumplido los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior".

(51) Para un mayor desarrollo de esta temática me remito a lo expuesto en FAMÁ, María Victoria, "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia", JA, 1/07/2009; "La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones", Compendio Jurídico Erreius n° 61, abril 2012 y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés- FAMÁ, María Victoria- HERRERA, Marisa, "Ley de Protección Integral...", cit., ps. 453 y ss. Asimismo, recomiendo compulsar PESTALARDO, Alberto S., "Actuación en juicio de los menores de edad", en SOLARI, Néstor E. y BENAVENTE, María I. (dirs.), "Régimen de los menores de edad", La Ley, Bs. As., 2012, p. 613; MIZRAHI, Mauricio L., "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061", en GARCÍA MÉNDEZ,

Emilio (comp.), Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Fundación Sur y Editores del Puerto, Bs. As., 2006, p. 80; BEDROSSIAN, Gabriel, "Abogado del niño: reflexiones en torno al cuándo, quién y cómo", RDF 2011- III, p. 54; MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia, "El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal", RDF n° 35, 2007, p. 49; PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, "Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el MERCOSUR", celebrado el 24 y 25 de agosto de 2006, Facultad de Derecho, UBA; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "La representación procesal de los menores", LL, 15/04/2009, p. 4; MEDINA, Graciela y MORENO, Gustavo, "Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales", JA, 2004-II-3; MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia y MORELLO, Augusto M., "El abogado del niño", ED, 164-1180; MORENO, Gustavo D., "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", RDF n° 35, 2007, p. 56. Para una mirada desde la experiencia práctica de la actuación del abogado del niño compulsar Rodríguez, Laura, Infancia y derechos: del patrocinio al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur, Eudeba, Bs. As., 2011, p. 37 y CHAVES LUNA, Laura S., "El abogado del niño", Tribunales ediciones, Bs. As., 2015.

(52) Palacio, Lino E., Tratado de Derecho Procesal, Abeledo- Perrot, Bs. As., 2005, www.abeledoperrot.com.ar.

(53) Recuérdese que dicha norma disponía en su primera parte que "Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados..."

(54) Esta norma reconoce su antecedente en el art. 282 del Código derogado, que con similar alcance rezaba: "Si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio".

(55) El art. 285 señalaba que "Los menores no pueden demandar a sus padres sino por sus intereses propios, y previa autorización del juez, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes".

(56) Dicha norma disponía que "El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar".

(57) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños...", cit., p. 132.