



María de los Angeles Porto

Trabajo Final de Graduación

**“LA CAPACIDAD DE LOS ADOLESCENTES PARA
DISPONER SOBRE SU PROPIO CUERPO”**

Universidad Siglo 21

Abogacía

2017

*A mi mamá,
mi eterno ángel.
A mi familia y a mi amor.*

RESUMEN

La capacidad es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, y la posibilidad de administrar y disponer por sí. En nuestro país, luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, los menores -aquellos que no han cumplido dieciocho años- que cuenten con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Los adolescentes, es decir los que tengan entre trece y dieciocho años, poseen el derecho personalísimo atinente al cuidado de su salud y de su propio cuerpo, el cual se encuentra amparado en el nuevo Código, artículo 26, donde se divide a los menores en dos franjas etarias previendo soluciones distintas para cada caso. La primera es aquella en la cual el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de los tratamientos que resultan no invasivos ni comprometen su estado de salud o que provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos, debe prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores. La segunda franja, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Al analizar este artículo, surge como interrogante qué se entiende por tratamientos invasivos y no invasivos. Por lo tanto, nace la dificultad de cómo se podrá determinar a priori que un tratamiento, sea de la clase que fuere, no comprometa el estado de salud ni provoque un riesgo grave en la vida o en la integridad del adolescente, ya que la norma no define estos conceptos. Asimismo, en los casos donde existan controversias entre los padres y el adolescente sobre la necesidad de someterse a un tratamiento riesgoso, seguramente ocasionará una demora en los casos en que la situación deba ser sometida a decisión judicial, lo que traerá aparejado un nuevo conflicto.

Palabras Clave: Capacidad - Menores de edad - Tratamientos invasivos y no invasivos.

ABSTRACT

Capacity is the ability to acquire rights and contracting obligations, and the ability to manage and dispose by itself. In our country, after the entry into force of the Civil and Commercial Code of the Nation, minors -those who have not reached the age of eighteen- who have sufficient age and degree of maturity can exercise in themselves the acts that are allowed by the legal system. Adolescents, that is to say those between the ages of thirteen and eighteen, have the most personal right to care for their health and their own body, which is covered by the new Code, article 26, where divides into two age groups providing different solutions for each case. The first is the one in which the adolescent between thirteen and sixteen years of age has the capacity to decide for himself on the treatments that are non-invasive or compromise his health or that cause a serious risk in his life or physical integrity. If it is invasive treatment, you must give consent with the assistance of your parents. The second, from the age of sixteen, the adolescent is considered as an adult for decisions pertaining to the care of his own body. In analyzing this article, a question arises as to what is meant by invasive and non-invasive treatments. Hence, the difficulty arises as to how it can be determined a priori that a treatment, of whatever kind, does not compromise the state of health or cause a serious risk in the life or integrity of the adolescent, since the norm does not define these concepts. Likewise, in cases where there is controversy between the parents and the adolescent about the need to undergo a risky treatment, it will surely cause a delay in cases where the situation should be submitted to a judicial decision, which will bring a new conflict.

Key words: Capacity - Minors - Invasive and non-invasive treatments.

INDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCION..... | 7 |
| CAPITULO 1:..... | 9 |
| ASPECTOS GENERALES. | |
| 1.1. <i>Historia del Derecho del Niño</i> | 10 |
| 1.2. <i>Capacidad. Definición.</i> | 11 |
| 1.3. <i>Capacidad de los menores de edad</i> | 14 |
| 1.4. <i>Capacidad progresiva.</i> | 15 |
| 1.5. <i>Autonomía progresiva.</i> | 17 |
| 1.6. <i>Interes superior del niño</i> | 18 |
| 1.7 <i>Conclusiones parciales</i> | 20 |
| CAPITULO 2:..... | 21 |
| REGULACION INTERNACIONAL, NACIONAL Y PROVINCIAL. | |
| 2.1. <i>Convención sobre los Derechos del Niño</i> | 22 |
| 2.2. <i>Código Civil de Velez Sarsfield</i> | 25 |
| 2.3. <i>Código Civil y Comercial de la Nación.</i> | 26 |
| 2.4. <i>Ley N° 26.061.</i> | 27 |
| 2.5. <i>Ley N° 9944.</i> | 28 |
| 2.6. <i>Conclusiones parciales.</i> | 32 |
| CAPITULO 3:..... | 33 |
| CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA DISPONER SOBRE SU CUERPO. | |
| 3.1. <i>Los grupos etarios de los menores</i> | 34 |
| 3.2. <i>Ejercicio de derechos y toma de decisiones en el campo de la salud</i> | 35 |
| 3.3. <i>El rol del abogado del niño.</i> | 42 |
| 3.4. <i>Conclusiones parciales</i> | 46 |
| CAPITULO 4:..... | 47 |
| NORMATIVA REFERIDA A LA SALUD DE LOS MENORES Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL. | |
| 4.1. <i>Leyes referidas a la salud de los menores.</i> | 48 |
| 4.2. <i>Jurisprudencia internacional.</i> | 52 |
| 4.3. <i>Jurisprudencia nacional.</i> | 53 |

| | |
|--|-----------|
| <i>4.4. Conclusiones parciales</i> | 59 |
| CONCLUSION | 60 |
| BIBLIOGRAFIA | 63 |

INTRODUCCION

La capacidad que tienen los adolescentes en la actualidad para disponer de su propio cuerpo ha cambiado considerablemente desde la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La legitimación de la persona humana fue ampliada, basándose en el principio de capacidad de la misma. La mayoría de edad es adquirida a los dieciocho años, lo que significa que a partir de ésta, la persona adquiere plena capacidad de ejercicio por haber cesado el presupuesto del que deriva su incapacidad. El nuevo Código, le otorga autonomía progresiva al menor y reconoce sus aptitudes a medida que evoluciona y se desarrolla. Específicamente, este cuerpo legal realiza una distinción al brindarle el derecho a los menores que tienen entre trece y dieciséis años para decidir por sí respecto de los tratamientos que no son invasivos o riesgosos para su salud. Aquellos adolescentes, menores de dieciséis años, que quieran realizar en su cuerpo algún tratamiento invasivo, su consentimiento debe prestarse junto a la asistencia de sus padres. En este caso, si se produce un conflicto entre ambas opiniones, se debe tener en cuenta el interés superior del menor sobre la base de la opinión médica. Ahora bien, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto en relación a este tema, por lo cual podrá decidir sobre todo tipo de tratamientos.

Como se observa, el Código Civil y Comercial de la Nación ha traído numerosas y profundas modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de receptar los cambios que han surgido a lo largo de los últimos años en el todo el mundo. La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional con rango constitucional a partir del año 1994 que comprometió a nuestro país a llevar a cabo políticas de protección de las niñas, niños y adolescentes, asegurando el goce y el ejercicio de los derechos que son reconocidos por la Constitución Nacional y los demás tratados internacionales.

En nuestro país, la norma específica que refiere a la salud de los menores de edad se encuentra regulada en el artículo 26 del nuevo Código. El mismo, en primer lugar, prescribe que los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, pero como excepción establece que aquellos que cuenten con edad y grado de madurez suficiente, pueden ejercer por sí los actos que le sean permitidos por el

ordenamiento jurídico, incorporando un importante cambio con relación al anterior Código Civil de Vélez Sarsfield.

Uno de los antecedentes jurisprudenciales que se relaciona con la salud de los menores de edad data del año 1985, momento en el cual se dictó la sentencia “Gillick”. Este precedente anglosajón, construyó el reconocimiento del valor jurídico de la voluntad autónoma del menor en los actos médicos, por lo cual es importante examinar y observar las consecuencias que la misma produjo.

La finalidad del presente trabajo es analizar la capacidad que poseen los adolescentes para disponer de su propio cuerpo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, comparándola con el derogado Código de Vélez Sarsfield. Además, se examinarán los conceptos de la autonomía de la voluntad, capacidad progresiva y el interés superior del niño, como también la normativa en materia de salud referida a los menores de edad. A su vez, se pretende distinguir cuáles son los tratamientos invasivos, es decir, los que comprometan el estado de salud o pongan en riesgo la integridad o la vida del adolescente, de aquellos que no son invasivos.

Es relevante analizar esta temática ya que es novedosa y se advierten conflictos los cuales van a tener que buscar la solución adecuada cuando se planteen los mismos, ya sea cuando se deba analizar el grado de madurez suficiente de los menores, distinguiendo los tratamientos invasivos o riesgosos de los que no lo son y también anticipando los problemas y las tensiones que podrán surgir entre los adolescentes y sus progenitores, algunos quizás teniendo que judicializarse implicando demoras innecesarias para decidir sobre estas cuestiones de salud. En este último caso, será indispensable desarrollar el rol que cumple el abogado del niño, quien defenderá sus derechos al momento de presentarse en juicio.

CAPITULO 1
Aspectos generales.

En el capítulo inicial del presente trabajo final de grado, se otorgan las pautas conceptuales para una correcta introducción en la historia de los derechos del niño y la comprensión del instituto de la capacidad regulada en nuestro país, asimismo los conceptos claves que se desarrollarán en todo trabajo, tales como autonomía progresiva y el interés superior del niño.

1.1 Historia del Derecho del Niño.

Es necesario, al comenzar un trabajo académico, conocer los conceptos claves que se utilizarán a lo largo del mismo, ya que permite introducir y ayudar al lector a comprender las ideas que se expongan y las posturas que se brinden.

Para empezar a desarrollar es imprescindible conocer la evolución histórica de los derechos del niño. La misma tiene su comienzo en el siglo XIX con leyes que regulaban el trabajo de los niños, antes de esta etapa no existían disposiciones particulares que los protegieran. Ya en el siglo XX, el menor de edad se convierte en sujeto de derechos. Desde 1919, tras la creación de la Liga de las Naciones, que luego se convertiría en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la comunidad internacional comenzó a otorgarle más importancia a este tema, por lo que elaboró el Comité para la Protección de los Niños. En el año 1924 se aprobó el primer tratado internacional sobre los Derechos de los Niños, la Declaración de Ginebra, la cual otorga derechos específicos a los menores y responsabilidades a los adultos. Más adelante, la Segunda Guerra Mundial dejó entre sus víctimas a miles de niños en una situación desesperada. Como consecuencia de esa realidad, se creó en el año 1947 el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (conocido como UNICEF), al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953. (Fass, 2014)

En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño¹. La misma establece en 54 artículos, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. En nuestro país, la misma fue aprobada

¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

en el año 1990 por la Ley N° 23.849 y cuya jerarquía constitucional fue otorgada en 1994 integrando el llamado bloque de constitucionalidad federal. Dicho instrumento compromete al Estado argentino a llevar a cabo políticas de protección de la infancia y la adolescencia, promoviendo acciones positivas que tiendan al aseguramiento del goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

1.2 Capacidad. Definición.

El concepto clave en este trabajo es el de capacidad, el cual debe ser analizado, para su mejor comprensión, antes de la reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield y después de la misma.

Señala Rivera (2004) que el principio rector en materia de personalidad jurídica -abarcando tanto a las personas de existencia visible como a las de existencia ideal, o personas jurídicas propiamente dichas- es la capacidad, es decir, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y de ejercerlos por sí mismo. Se desprenden dos grandes subespecies de capacidad: la aptitud para la adquisición de derechos y la aptitud para ejercerlos por sí mismo. La primera es conocida como “capacidad de derecho” mientras que la segunda es normalmente referida como “capacidad de hecho”. Todas las incapacidades tienen caracteres comunes, ellos son: sólo pueden ser impuestas por la ley, son de interpretación restrictiva por lo que, ante la duda, debe estarse a favor de la capacidad, y son susceptibles de grados.

La incapacidad de hecho se suple a través de la representación. Como es una incapacidad de ejercicio, existe otro sujeto -con plena capacidad de hecho- que ejerce, en representación del incapaz, los derechos de éste. Como la incapacidad de derecho hace a la titularidad de los derechos, no hay manera de suplirla. Además la misma no tiene subclasificaciones, en cambio la de hecho puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el sujeto no puede ejercer por sí mismo ningún derecho; es relativa, cuando sólo está restringido el ejercicio por sí de algunos derechos.

En el Libro Primero -Parte General- y dentro del Título I -Persona Humana- del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación², se ubica el Capítulo 2do que reglamenta el régimen de “Capacidad”. Tal como señala Fernández (2015) la capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos por sí misma. Es tradicionalmente definida como un atributo de la persona -tales como el nombre, domicilio, estado, etc.-. Sin embargo, y por efecto del impacto de los derechos humanos en el contenido de este Código, ya no estamos hablando de aquella capacidad-atributo, sino que hoy día hablar de capacidad jurídica implica mencionar un concreto y auténtico derecho humano. La capacidad civil configura una de las llamadas cuestiones de orden público, es decir aquellas que exceden el mero interés personal de las partes y en las que se ve comprometido un interés superior del Estado, en la determinación y protección de la capacidad de sus habitantes, por lo cual no son aceptables pactos privados que signifiquen desconocer o retraer la capacidad que es reconocida por la ley. El principio general es la capacidad, con las únicas excepciones que prevé el Código y las que determine una sentencia judicial.

Sostienen Abbiati, Almirall, Colombato y Canepa (2015) que el instituto de la capacidad ha sufrido una transformación significativa a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. En este aspecto, el Código de Vélez Sarsfield, signado por los principios capitales del Código de Napoleón, sostuvo una concepción patrimonialista a la que no escapó la regulación de la capacidad. Criterio patrimonial fortalecido, a su vez, en el marco de una concepción individualista del derecho subjetivo. Estos rasgos, configuraron a los incapaces como objeto y no como verdaderos sujetos derecho y de derechos. La Ley N° 17.711 marcó un primer punto de inflexión incorporando institutos que flexibilizaban el régimen de la capacidad que fue profundizándose luego, con el proceso de constitucionalización del derecho privado que, junto a los fenómenos del reconocimiento y la internacionalización de los derechos personalísimos, daría paso a un cambio paradigmático.

Por otra parte, Fernández (2015) afirma que el nuevo Código Civil y Comercial revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus

² Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. 19/12/2014.

derechos fundamentales. Explica que la capacidad, tradicionalmente, fue definida como un atributo de la persona. Sin embargo, actualmente, hablar de capacidad jurídica implica mencionar un verdadero derecho humano, ya que cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de la persona como la dignidad, autonomía y libertad.

Lorenzetti (2014) también refiere que a lo largo del tiempo se ha sostenido que la capacidad es la aptitud o el grado de aptitud, o la posibilidad jurídica de la persona para ser titular de derechos o de intereses y de deberes jurídicos, o de relaciones jurídicas, o más estrechamente, de obligaciones, precisamente por el solo hecho de serlo. Se trata de una cualidad crucial, que la define y que caracteriza de manera especial a la persona, junto con su nombre, estado civil o de familia, domicilio y patrimonio, y que como atributo es innato, necesario, vitalicio e indisponible. La capacidad de goce refleja un atributo que sólo reconoce limitaciones impuestas o derivadas de la ley estrictamente, y que admite por consiguiente gradaciones en supuestos específicos, que resultan de la propia ley y cuya interpretación es de por sí restrictiva, no pudiendo suplirse por representación. Pero dichas limitaciones o gradaciones sólo pueden ser relativas y en modo alguno revestir el carácter de absolutas o determinar la existencia de una incapacidad absoluta de derecho, como ha ocurrido en los supuestos de esclavitud o muerte civil. Las limitaciones referidas, no son dispuestas entonces en función de las personas, sino de los hechos, simples actos o actos jurídicos determinados y por razones de orden público o de interés general, moral o comunitario.

El art. 23 del Código Civil y Comercial elimina la clasificación de incapacidades de obrar diseñada por Vélez en el Código derogado, sentando el principio general de capacidad para señalar inmediatamente que sus limitaciones pueden resultar sólo de la ley o de una sentencia judicial fundada en la misma. Seguidamente, el art. 24 determina quiénes son las personas con incapacidades de obrar o de hecho. En primer lugar se refiere a las personas por nacer -comprendidas anteriormente en el artículo 54 del anterior Código-. En segundo lugar, las personas que no cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente. Por último, la norma se refiere a las personas declaradas incapaces por sentencia judicial y con la extensión dispuesta en esa decisión. (Lorenzetti, 2014)

1.3 Capacidad de los menores de edad.

Tal como señalan Abbiati, Almirall, Colombato y Canepa (2015), el eje rector de la nueva regulación en la materia lo constituye la consideración de la persona menor de edad como sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección. A este efecto, se deberá respetar el derecho que tiene de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, para lo cual corresponde tener en cuenta sus opiniones en función de la edad y grado de madurez del mismo. Se adopta así el principio de la autonomía y capacidad progresiva de la persona menor de edad, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El Código Civil y Comercial de la Nación denomina menores de edad a todas las personas desde su nacimiento hasta la edad de dieciocho años -artículo 25-, con lo que se mantienen las disposiciones vigentes en el país desde la sanción de la Ley N° 26.579 y se respeta el alineamiento del derecho argentino con la mayoría de las legislaciones extranjeras.

Así pues, Escudero de Quintana (2014) manifiesta que se ha conservado el régimen básico de incapacidad de ejercicio -actual incapacidad de hecho- de los menores de edad, restringiendo la posibilidad de que realicen por sí actividades o comportamientos jurídicamente relevantes relacionados con la esfera de sus intereses, especialmente con relación a los actos patrimoniales, los que deben ser ejercidos por los representantes legales. Sin embargo, el nuevo régimen es más flexible, más adecuado a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño dado que se incorporó el principio de gradualidad en la adquisición de la capacidad de ejercicio, postulándose que niños de la misma edad tengan aptitud para realizar actos diferentes. Así, el artículo 24 en su inc. b) estatuye que son incapaces de ejercicio aquellos que no cuenten con la edad y grado de madurez suficiente. Se deduce de la normativa que los menores son considerados sujetos plenos de derecho, protagonistas de decisiones las atinentes a su persona y sus intereses, superando el modelo tradicional de cuidado y protección centrado en la tutela y poco proclive a la autodeterminación del niño.

Comparando el anterior Código derogado con el actual, se puede establecer que en el mismo se suprimen las distinciones entre incapaces absolutos y relativos y

entre menores impúberes y adultos, y que además se crea una nueva categoría jurídica, al distinguir entre niños y adolescentes, siendo éstos últimos los menores que han cumplido trece años -artículo 25-.

1.4 Capacidad progresiva.

Como señala Escudero de Quintana (2014), en materia de derechos personalísimos se consagra expresamente la capacidad progresiva, vinculándola con lo que se ha denominado "competencia de los menores", esto es, la aptitud de éstos para comprender la dimensión del problema que se les presenta y en el cual están involucrados. Con ello se intenta superar ciertas dificultades interpretativas que se originaban por la coexistencia del sistema rígido consagrado en el Código Civil de Vélez y las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley N° 26.061, especialmente en materias concernientes al derecho del niño a ser oído, al régimen de patria potestad, a la libertad de conciencia y a decisiones respecto de la salud de los niños. Las disposiciones propuestas importan una revalorización de la calidad de sujeto de derecho de los menores, merecedores de respeto y dignidad.

Expresa Solari (2011) que la faz dinámica consiste en otorgar al niño intervención activa en toda cuestión que atañe a su persona, de acuerdo a su madurez y desarrollo; asimismo, que esa voluntad sea tenida en cuenta e incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad. En ello consiste la capacidad progresiva.

Por su parte, Minyersky (2007) afirma que la consideración del niño como sujeto de derechos, principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respecto de las personas menores de edad; una actitud que incluye la consideración de que son incapaces de participar en el sistema jurídico y su utilización como objetos que ayudarán al proceso jurídico a llegar a la verdad. Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de ser definidos por sus carencias -es decir, por lo que les falta

para llegar a la vida adulta- sino más bien que se los reconozca como seres humanos completos, tanto portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, como de aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño.

Asimismo manifiesta que la afirmación del niño y adolescente como personas en condición peculiar de desarrollo no puede ser definida apenas a partir de que el niño no sabe, no tiene condiciones y no es capaz. Cada fase de desarrollo debe ser reconocida como revestida de singularidad y de completud relativas, es decir, los menores de edad no son seres inacabados en camino de una plenitud a ser consumada en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades personales cívicas productivas plenas. Cada etapa es a su manera un período de plenitud que debe ser comprendida y acatada por el mundo adulto -por la familia, la sociedad y el Estado-.

Por otro lado, analiza la capacidad progresiva y la conjuga con el de competencia médica. Minyersky explica que:

La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez. Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. (Minyersky, 2014, p. 116)

De esta manera, Lorenzetti (2014) manifiesta que se evolucionó desde las rígidas disposiciones del Código derogado en materia de incapacidad de hecho, hasta la presente admisión de una capacidad progresiva, que se ajusta precisamente a la edad y grado de madurez suficiente del menor de edad y a su inserción en la sociedad, para ejercer los actos que le sean permitidos por el ordenamiento jurídico.

Cabe destacar la definición que Santi (2013) realiza sobre la “competencia”. Señala que la misma, también llamada aptitud, es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos, que no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución. Se trata de un concepto ligado al de discernimiento, pero implica una valoración de la aptitud de comprender el alcance de la decisión en el caso particular de acuerdo al grado de madurez que ostenta el sujeto

menor. Este concepto se generó y desarrolló a partir de la aplicación del análisis sobre el ejercicio efectivo de las prerrogativas o potestades para decidir actos sobre el propio cuerpo del sujeto menor de edad.

1.5 Autonomía progresiva.

El artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación incorpora el concepto de la autonomía progresiva. De esta manera, sostiene Del Valle (2016) se hace referencia a que aquel menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí mismo los actos que le son permitidos por el ordenamiento. Igualmente, puede contar con su propia asistencia letrada en caso de conflicto de intereses con sus representantes.

Santi (2013) explica que el significado de la expresión “Autonomía Progresiva” implica un proceso madurativo que excede el mero transcurso del tiempo y la llegada a una determinada edad tasada de acuerdo a parámetros empíricos globales. Como punto de partida, se trata de reconocer que el niño, como sujeto de derecho participativo, tiene necesidades propias y específicas. Luego darle la intervención que corresponda de acuerdo con su edad y desarrollo y respetar su ámbito de autonomía, que será mayor a medida que transcurran los años determinando la menor injerencia de los progenitores en las decisiones que involucran los intereses del menor. En este proceso, el niño deberá ser escuchado y tenida en cuenta su opinión cuando haya adquirido la edad y madurez suficiente para ser su propio portavoz.

Por otra parte, Abbiati, Almirall, Colombato y Canepa (2015) afirman que el respeto por la autonomía progresiva exige diferenciar las competencias entre niños o adolescentes de la misma edad, pero con distinto grado de madurez. Asimismo, permite ponderar en cada caso esa autonomía según la naturaleza del acto o el derecho involucrado, de modo que un niño o adolescente podrá ejercer en forma autónoma ciertos actos y, al mismo tiempo, no tener capacidad para obligarse mediante la contratación de un determinado servicio educativo ni disponer de un bien recibido en una sucesión.

El principio de autonomía revela que son los niños quienes deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez con el debido acompañamiento de los adultos. Es decir que el rol de los adultos en la toma de decisiones sobre la vida de los niños deberá variar gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades del niño. (Viola, 2012)

Como bien sostiene Brandone (2015), a partir de este nuevo concepto de autonomía progresiva, se desprende una nueva concepción de la infancia, como un proceso evolutivo compuesto de diferentes etapas de desarrollo psicofísico que van determinando distintos grados en cuanto a la capacidad de decidir, llegando a afirmarse que la capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente.

1.6 Interés Superior del Niño.

El interés superior del niño se impone como principio rector en materia de minoridad, constituyéndose en la consideración primordial de un sistema de reglas relativa a los intereses del menor de edad y condicionando cualquier solución en conflictos en que existan intereses contrapuestos. Se trata de que el niño como sujeto activo y autónomo, tiene derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor esencial, determinando que el interés moral y material de la persona menor de edad debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia. (Santi, 2013)

El estándar jurídico del “interés superior del niño”, señala Highton (2015), apunta a dos propósitos básicos: es una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y también constituye un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

Es importante destacar las tres dimensiones que posee el interés superior del niño. En primer lugar, sostiene Pérez (2016) que una de ellas sirve para consolidar el interés como un derecho sustantivo, para que el derecho de niños, niñas y adolescentes a que su interés superior sea una consideración primordial se respete, se evalúe y tenga en cuenta al ponderar distintos intereses para tomar una decisión más adecuada atendiendo

a las circunstancias particulares del caso. Otra de las dimensiones es la de derecho-principio que considera al interés superior del niño como un principio jurídico interpretativo fundamental por el cual en caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se deberá elegir aquella que satisfaga más efectivamente dicho interés. Por último, la tercera dimensión es la de derecho-garantía, es decir, como una norma de procedimiento que determina que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el Estado deberá aplicar el interés superior del niño, demostrar que lo tuvo en cuenta y evaluar en el caso concreto qué es lo que representa el interés superior del niño. Ello requiere, a su vez, que los menores sean consultados varias veces, no sólo una, ya que el interés no siempre es el mismo.

Por último señala Luft (2016) que lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor.

1.7 Conclusiones parciales.

En este primer capítulo se desarrolló la evolución de los derechos de los niños, para que se pueda comprender cómo los mismos pasaron de ser objetos de protección a verdaderos sujetos de derecho en la actualidad. Para llegar a este momento, fue importante reconocer que los menores tienen una capacidad progresiva, la cual se va desarrollando y evolucionando a medida que el niño o adolescente comienza a madurar. Igualmente, va adquiriendo autonomía y tomando decisiones por sí mismo. En última instancia, es importante destacar el concepto de interés superior del niño, ya que éste configura uno de los principios rectores sobre los menores de edad.

CAPITULO 2

Regulación internacional, nacional y provincial.

A los fines de poder acercarnos a una mejor comprensión del tema tratante, se debe analizar la legislación que se encuentra relacionada con los menores de edad, tanto la internacional, como la nacional y la de nuestra provincia de Córdoba. En primer lugar, corresponde explicar cómo se ha regulado internacionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en segunda instancia las leyes en nuestro territorio, específicamente analizando la Ley N° 9944, que tiene su aplicación en Córdoba.

2.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

Históricamente, la infancia se encontró desplazada de sus derechos humanos. Durante casi un siglo, el derecho de los niños estuvo gobernado por el complejo tutelar. Según este modelo, el sistema de protección se ocupaba únicamente de aquellos niños considerados “irregulares”, es decir, aquellos que eran concebidos como peligrosos, abandonados o disfuncionales. Los niños que no se encontraban en aquella situación no se veían reflejados en las leyes, ya que en esos casos la familia era la única encargada de su cuidado y protección. En este modelo, el niño no era pensado como sujeto de derecho, sino que era definido por sus carencias y considerado objeto de protección y control por parte del Estado, las familias y la sociedad, quienes debían brindarles tutela y asistencia. La Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer instrumento internacional que significó la modificación de esta perspectiva que se encontraba arraigada en casi todos los países del mundo. Su adopción en el año 1989 con una amplia aceptación mundial, implicó un cambio radical en la forma en la que se concibe a la infancia y la adolescencia. (Viola, 2012)

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención, siendo ratificada por nuestro país por la Ley N° 23.849 el día 27 de septiembre de 1990. La misma, proclama en la forma más completa posible los derechos del niño y lo hace con la fuerza del derecho internacional. (Highton, 2015)

El artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional otorga a la Convención sobre los Derechos del Niño jerarquía constitucional, integrando el llamado bloque de constitucionalidad federal, lo que implicó un cambio significativo en materia

de políticas de protección a la infancia y adolescencia, en virtud del reconocimiento y respeto de sus derechos y garantías.³

Como bien sostienen Abbiati, Almirall, Colombato y Canepa (2015), la Convención da nacimiento a otra mirada y otro discurso sobre la infancia, desde los que se edifica un nuevo paradigma: el de la protección integral. Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada niño, niña y adolescente como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ésta.

Señala Mayor (1995), que la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha otorgado una nueva autoridad a la acción de la UNESCO en favor de los derechos humanos y de la educación para todos. Dos grandes principios se introducen en el articulado de la Convención, el interés superior del niño y la no discriminación. En pro del interés superior del niño, la Convención garantiza el derecho del menor a participar y a expresar su opinión, a ejercer la libertad de conciencia, y a participar activamente en la comunidad a través de la libertad de expresión y de asociación. Esta actitud de participación social en los niños se alimenta, en la práctica, a través de la educación, dentro de la familia y en la escuela, con el fin de prepararlos como ciudadanos activos y responsables. La no discriminación en educación significa que todo niño, independientemente de su nacionalidad, raza, sexo o grupo socio-económico, tiene el derecho a una educación completa y comprehensiva. Proveyendo acceso a la educación es como una nación demuestra su voluntad de proteger a todos sus niños o de privilegiar a unos pocos.

La Convención establece en su artículo 12 que:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente

³ Decreto Reglamentario N° 415/2006 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. B.O. 18/04/2006.

o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Con respecto a la salud de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 24 reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. En su inc. 2) prescribe lo siguiente:

Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

2.2 Código Civil de Vélez Sarsfield.

El Código Civil⁴, redactado por el doctor don Dalmacio Vélez Sársfield, entró en vigencia a partir del 1 de enero del año 1871.

Este cuerpo legal, signado por los principios capitales del Código de Napoleón, sostuvo una concepción patrimonialista a la que no escapó la regulación de la capacidad. Criterio patrimonial fortalecido, a su vez, en el marco de una concepción individualista del derecho subjetivo. Estos rasgos, configuraron a los incapaces como objeto y no como verdaderos sujetos de derecho y derechos. (Abbiati, et al., 2015)

Los artículos 54 y 55 del anterior Código Civil, enumeraban a los incapaces de hecho. En cambio, con relación a los incapaces de derecho, no existía una enumeración; las distintas incapacidades de derecho se fueron indicando a lo largo del Código ya derogado. Sostiene Rivera (2004) que la distinción entre incapacidad de hecho absoluta y relativa apuntaba al grado de la limitación al ejercicio de los derechos: en la incapacidad absoluta no hay excepción y el sujeto no puede ejercer por sí mismo ninguno de los derechos de los que resulta titular. La incapacidad de hecho es relativa cuando tiene excepciones, es decir, cuando el sujeto incapaz, no obstante su incapacidad, puede ejercer por sí mismo determinados actos. Así, la incapacidad absoluta se extiende a la totalidad de los actos, mientras que la relativa a la generalidad.

Asimismo, el artículo 54 establecía que los incapaces absolutos de hecho eran, en primer lugar las personas por nacer, es decir, aquellas que no habiendo nacidas, están concebidas en el seno materno. Es la más evidente de las incapacidades de hecho absolutas porque a la falta de aptitud mental para el ejercicio de los derechos se le agrega la total ausencia de aptitud física a tal fin. Por otro lado se encontraban los menores impúberes, aquellos que no hayan cumplido los catorce años. El carácter absoluto de la incapacidad de hecho se justificaba en razón de que, por la corta edad del sujeto, no había desarrollado suficientemente sus aptitudes mentales como para desenvolverse adecuadamente en la vida civil. En tercer lugar, los dementes, quienes debían haber sido declarados tales en juicio, porque ninguna persona puede ser tenida por demente sin que la demencia haya sido previamente comprobada y declarada por

⁴ Código Civil de la República Argentina, promulgado el 29/09/1869.

juez competente. Por último se encontraban los sordomudos, aquellos que no sabían darse a entender por escrito.

Con relación a los incapaces de hecho relativos, se expresaba en el anterior Código que los menores adultos eran aquellos seres humanos desde el día que cumplieren catorce años hasta el día anterior a cumplir dieciocho años y solamente tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar.

2.3 Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código Civil y Comercial, aprobado el 1 de octubre de 2014, actualiza su visión en comparación con el cuerpo legal de Dalmacio Vélez Sarsfield, que data del año 1869, de acuerdo a las nuevas realidades sociales. (Abud, 2014)

Fernández (2015) señala que el Código Civil y Comercial de la Nación revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. El mismo, incorpora el principio de capacidad de ejercicio: toda persona puede ejercer por sí los actos jurídicos, con las solas excepciones establecidas en la norma. Afirma la capacidad como regla y delimita o acota las eventuales restricciones que se podrán establecer.

En relación a la capacidad de ejercicio, Abbiati, Almirall y Colombato Canepa (2015) sostienen que el nuevo Código innova significativamente, a saber:

- Se abandona la finalidad primordialmente patrimonialista que perseguía la protección de los incapaces.
- Se tiene al principio de autonomía que traslada el eje de la pauta etaria a la noción de competencia progresiva, como paradigma de la nueva regulación de esta materia.
- Se reemplazan los compartimientos rígidos de “capaces e incapaces” – sustentados en bases sólo etarias- por criterios graduables que propicien el

ejercicio de la autodeterminación en un marco que brinde la mayor protección con el acompañamiento, a su vez, de la mayor libertad.

- Los principios rectores de la protección son los de necesidad, subsidiaridad y proporcionalidad.

De acuerdo con Herrera, Caramelo y Picasso (2015) el tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior, en los dieciocho años. Toda persona, por debajo de dicha edad, se considera menor. El Código Civil y Comercial elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En dicho sistema, la edad de catorce años, piso del discernimiento para los actos lícitos -art. 921 del Código Civil de Vélez-, establecía dos rangos de menores de edad -carentes o titulares, respectivamente- de la posibilidad de ejercicio de actos jurídicos. El nuevo Código mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario, pero modifica su piso etario, estableciéndolo en los trece años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento:

(...) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.⁵

De esta manera, Highton (2015) expresa que lo novedoso en nuestro país, desde el punto de vista legal, doctrinario y jurisprudencial, es que el nuevo Código Civil y Comercial incluye expresamente normativa que otorga al menor de edad autonomía progresiva y le reconoce sus aptitudes a medida que evoluciona y se va desarrollando.

2.4 Ley N° 26.061

A nivel nacional, se encuentra la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁶, sancionada el 28 de septiembre del año 2005. La misma tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para

⁵ Artículo 261, inc. C) del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶ Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. B.O. 26/10/2005.

garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Asimismo, adopta un enfoque integral de las políticas públicas dirigidas a las niñas, niños y adolescentes y sus familias, constituyendo un instrumento legal que convierte en operativas las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el establecimiento de procedimientos explícitos que las entidades de atención y protección públicas y privadas y los ámbitos judiciales deben respetar.⁷

En su artículo 14, establece sobre la salud de las niñas, niños y adolescentes, quienes tienen derecho a la atención integral de la misma, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. El Decreto Reglamentario N° 415/2006, expresa que el derecho a la atención integral de la salud del adolescente, incluye el abordaje de su salud sexual y reproductiva previsto en la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Por otro lado los artículos 24 y 27 de la Ley N° 26.061, se refieren al derecho a opinar y a ser oído y a las garantías mínimas de procedimiento respectivamente. El Decreto Reglamentario de dicha normativa, sostiene que el derecho a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

⁷ Decreto Reglamentario N° 415/2006 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. B.O. 18/04/2006.

2.5 Ley N° 9944

En este contexto, la Ley N° 9944⁸, “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, fue sancionada el 4 de mayo del 2011 -casi seis años después que la Ley N° 26.061- y comprende, de la misma manera que la ley nacional, a todas las personas menores de dieciocho años de edad. La misma crea un sistema en el marco de las convenciones internacionales y pone a la sociedad toda frente a un compromiso importante. En su art. 2 define el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, prescribiendo que es la máxima satisfacción de los derechos y garantías que son reconocidos por la ley y los que en el futuro se les pudieran reconocer. También refiere en el mencionado artículo que:

La determinación del interés superior debe respetar: a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos; b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tomada en cuenta; c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, y f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida de la niña, niño y el adolescente a la residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por otro lado, la citada ley establece que la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional N° 26.061 y su Decreto Reglamentario N° 415/06 son de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de dieciocho años de edad. Asimismo instituye como Autoridad de Aplicación de la Ley y del “Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba”, a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.

⁸ Ley N° 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. B.O. 03/06/2011.

El artículo 17 refiere al derecho a la salud y aquellos programas, campañas y accesos que los organismos del Estado deben garantizar. Prescribe que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

Además, el artículo 31 establece las garantías en los procedimientos judiciales o administrativos:

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

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente, de manera directa o por medio de sus padres o tutores cuando por su madurez y desarrollo no lo pudiere hacer por sí mismo, y con la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda);

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

c) A ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, personalmente o en sus padres o tutores que lo representen, cuando no haya intereses contrapuestos, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, sin perjuicio de la intervención del ministerio pupilar cuando corresponda. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado debe asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento, por sí mismo o por sus representantes, siempre que no existan intereses contrapuestos, y

e) A oponerse o a recurrir ante el superior frente a cualquier resolución que lo afecte.

El art. 34 refiere a la conformación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba y manifiesta que está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas de gestión estatal o privadas en el ámbito provincial, municipal o comunal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino, la Ley Nacional N° 26.061, la presente Ley, la Constitución Provincial y el ordenamiento jurídico vigente.

2.6 Conclusiones parciales.

En este segundo capítulo, se pudo desarrollar la legislación relacionada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que fueron y son fundamentales a la hora de analizarlos. Se deja en claro cuál es la normativa internacional y nacional que nos permite acercarnos al tema principal de este trabajo de grado. Por un lado, la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer instrumento internacional que le brindó una protección integral a las niñas, niños y adolescentes, siendo los mismos titulares de todos esos derechos contenidos en la Convención. Asimismo, se comparó el derogado Código de Vélez con el actual Código Civil y Comercial de la Nación en materia de capacidad en general, y de los menores de edad en particular. La Ley N° 26.061, que a nivel nacional brindó una protección a los niños y adolescentes, además de garantizarles su condición de sujetos de derecho. Por último, se analizó la Ley N° 9944, estableciendo el concepto del interés superior del niño, el derecho a la salud y las garantías de los menores de edad en los procedimientos judiciales:

CAPITULO 3

Capacidad de los menores para disponer sobre su cuerpo.

En este capítulo se analizarán las importantes modificaciones que trajo aparejada la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las cuales influyen directamente en temas relacionados con el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y más específicamente en lo referente a la capacidad de los menores de edad respecto del cuidado de su propio cuerpo.

3.1 Los grupos etarios de los menores.

Para comenzar a analizar el tema específico de este trabajo final de grado, es necesario desarrollar la etapa de la adolescencia, tal y como lo manifiesta el Código Civil y Comercial de la Nación.

Herrera, Caramelo y Picasso (2015) expresan que la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes, es el piso de los trece años. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del Código Civil en lo atinente a la pubertad -condición del desarrollo personal-, que fue traducida y elevada a condición jurídica. Adoptar la distinción entre niños y adolescentes es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia. Las regulaciones de la misma, o con impacto o referencia en los derechos de sus integrantes, venían haciendo mención concreta a la necesidad de distinción, dentro de este universo, entre niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, podemos mencionar, entre otras, la ya nombrada Ley N° 26.061, la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud, el Decreto Reglamentario 1089/2012, la Ley N° 26.743 de Identidad de Género, la Ley N° 26.657 Nacional de Salud Mental. Vayan las transcriptas como muestra de la recepción legislativa preexistente de la conceptualización diversa destinada a niños y adolescentes, respectivamente. Este lenguaje cuidadoso de la diversa condición se observaba también en las producciones de la doctrina más moderna y especializada en materia de niñez y familia.

Asimismo, la distinción que introduce el Código Civil y Comercial con la categoría adolescentes para diferenciar una franja etaria dentro del universo de personas

menores de edad es, además, reflejo de regulaciones extranjeras latinoamericanas, que contienen esta diferenciación. Así, por mencionar solo unos pocos ejemplos, en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069, de 1990), considera niño a la persona hasta los 12 años de edad y adolescente a la persona entre 12 y 18 años (art. 2º). En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 17.823) entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (art. 1º). El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (Ley 7739) define como niño a toda persona desde la concepción hasta los 12 años cumplidos y adolescente al mayor de 12 y menor de 18 años. En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) entiende por niño o niña a toda persona con menos de 12 años y adolescente a la persona mayor de dicha edad y hasta los dieciocho años (art. 2º).

Es importante resaltar que la incorporación de la categoría diferenciada adolescente en el Código Civil y Comercial de la Nación no es una mera cuestión nominal, sino que provoca efectos jurídicos concretos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

3.2 Ejercicio de derechos y toma de decisiones en el campo de la salud.

Para comenzar con este apartado, es necesario comenzar a hablar sobre los tratamientos en general, tal y como se refiere el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para Castro y Montalto (2015) la ley se refiere en general a “tratamientos”, sin limitaciones respecto de la naturaleza del tratamiento, quedando incluidos entonces tanto los preventivos, los terapéuticos o curativos, los rehabilitantes y los estéticos. La norma habla de tratamientos que, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su cuarta acepción significa: Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad. Semánticamente, la palabra supone una serie de actos médicos que pueden ser o no considerados invasivos y ser todos parte del mismo tratamiento. Un

procedimiento invasivo es aquel que se vale de una o varias técnicas médicas que invaden el cuerpo, con un fin diagnóstico o terapéutico. Por lo general, los métodos utilizados son cortar o punzar la piel o insertar instrumentos dentro del cuerpo. Técnicamente una inyección o una transfusión de sangre puede considerarse como invasiva.

El Código Civil y Comercial regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad. En forma coherente con la distinción establecida entre niños y adolescentes, el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo se concede en favor de estos últimos. En efecto, el piso etario para la aplicación del art. 26 son los trece años. En el otro extremo, la edad de dieciséis años se introduce como el tope a partir del cual el régimen de menor edad ya no es aplicable en función de la presunción que la norma establece en favor del adolescente mayor de dieciséis años: él es considerado como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo. En esta franja etaria -trece a dieciséis años- la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio de los actos personalísimos por el adolescente se regula considerando la complejidad y/o efectos eventuales de los tratamientos médicos.

El sistema se estructura a partir de presunciones: 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. En cambio, 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 que pueda surgir entre ambos se resuelve teniendo en cuenta el interés superior del menor, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. Que el régimen admita la competencia o aptitud del adolescente para la toma de decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos, no importa consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico. El primer aspecto refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad; claramente, el adolescente carece de capacidad para el segundo, pero no necesariamente para el primero (Herrera et. al., 2015).

Escudero de Quintana (2014) expresa que al fijar los límites de edad en el artículo en comentario, no se ha tenido en cuenta que en la generalidad de los niños argentinos de trece o dieciséis años no se han desarrollado las capacidades que el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF ha señalado como esenciales a la hora de definir la competencia del niño en el campo de la salud:

- Capacidad de comprender y comunicar informaciones pertinentes. El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas posibles, expresar sus preferencias, manifestar sus preocupaciones y plantear preguntas relevantes.

- Capacidad de pensar y elegir con un cierto nivel de independencia. El niño debe ser capaz de efectuar elecciones sin ser obligado ni manipulado y debe estar en condiciones de reflexionar por sí mismo sobre lo que significan las cuestiones en discusión.

- Capacidad de evaluar los beneficios, peligros y daños potenciales. El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, a qué riesgos lo expondrán y cuáles serán las implicaciones a corto y largo plazo.

- Posesión de una escala de valores relativamente estable. El niño debe contar con un cierto sistema de valores en base al cual pueda tomar una decisión.

Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física -y psíquica-, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar. Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. Es importante aclarar que no se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante. Siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quienes asienten, ello se resuelve judicialmente, debiendo la decisión considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro, la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto. A partir de los dieciséis años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica.

Destaca el Dr. Del Valle (2016) que se hace referencia a los tratamientos y se interpreta que se ha querido hacer referencia a todo acto médico. Si no fuese así, quedarían excluidos, por ejemplo, todos los métodos diagnósticos. La contraposición del concepto de tratamiento “no invasivo o no riesgoso” al de “invasivo o riesgoso” amerita distintas interpretaciones, ya que algo que puede parecer inofensivo -o no invasivo- para ciertas personas puede no serlo para otras. Por lo tanto, se deberá observar con cautela la distinción entre ambos conceptos. En este sentido, hay quienes consideran que no debería hacerse referencia a tratamientos invasivos o no invasivos, sino considerar la gravedad de la decisión y no de diferencias en la toma de decisiones, conforme con el método sea invasivo o no invasivo.

Tal como señala Salituri Amezcua:

Se observa que la norma ha recurrido a conceptos jurídicos indeterminados, como las nociones de “tratamientos invasivos” y “no invasivos”, que abarcan una gran cantidad de actos relativos al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en virtud del dinamismo propio de las cuestiones médicas y bioéticas (Salituri Amezcua, 2015, p. 65).

Como bien sostiene Viola (2012), la diferenciación establecida entre tratamiento invasivo de uno no invasivo se considera un tanto vaga en cuanto no surge expresamente de la norma qué se entiende por estos conceptos. En términos clínicos, existen procedimientos que podrían llevarse a cabo a través de técnicas invasivas, mínimamente invasivas o no invasivas. Además, la interpretación del concepto invasivo contiene un componente subjetivo importante que dependerá de la discrecionalidad del profesional de la salud a cargo. La diferencia entre ambos conceptos no deja claramente expresado cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. En la normativa, lo que está en juego es la atención sanitaria del niño y su autonomía para ejercer por sí mismo sus derechos. Sin embargo, en caso de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, será el médico quien deba decidir, discrecionalmente, acerca de la caracterización del acto médico del que se trate. Esto podría significar un conflicto en términos de derecho a la salud de los adolescentes en cuanto la realidad nos demuestra que un médico precisa de seguridad jurídica para poder llevar adelante cualquier procedimiento. Por lo tanto, en la práctica, en caso de que un adolescente menor de dieciséis años quiera ejercer por sí mismo su derecho a la salud será muy difícil que un médico acceda a realizar cualquier

tipo de procedimiento, ya que probablemente en esos casos será extremadamente cuidadoso a la hora de considerar un tratamiento como no invasivo.

Kemelmajer, Herrera, Lamm y Fernández (2015) se proponen, mediante la elaboración de un trabajo, colaborar con la interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan el ejercicio de ciertos actos que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes en el ámbito de los derechos personalísimos. Es por ello que con relación a los derechos relativos a la salud de los menores de edad, se preguntan cuál es la regulación que se debe aplicar en cada caso concreto. Para arribar a una solución, elaboraron un cuadro en el que contemplan, de manera enunciativa, varios actos que afectan a los menores de dieciocho años, indicando cuál sería la interpretación correcta y cuál sería la legislación aplicable. Así, a modo de ejemplo, establecen que una extracción de sangre es un tratamiento no invasivo, por lo que se presume la autonomía del menor. Una operación quirúrgica, por otro lado, entraría dentro de los actos invasivos, por lo que el adolescente entre trece y dieciséis años debe prestar consentimiento con el asentimiento de uno de los representantes legales. Expresan que una cirugía estética no reparadora o una ligadura de trompas, exceden el cuidado al propio cuerpo, debe ser mayor de edad.

Por otro lado, Lorenzetti (2014) manifiesta que el artículo 26 del Código Civil y Comercial presume que el menor de dieciséis años y mayor de trece tiene derecho a decidir sobre los tratamientos médicos que requiera su estado de salud, y aquí la norma hace una distinción en función de la naturaleza e importancia médica de dichos tratamientos. El interés superior del adolescente prima para la resolución del conflicto que pueda plantearse entre el mismo y sus progenitores, teniendo como base de dicha resolución la opinión médica con relación a las consecuencias que apareje la realización o no del acto terapéutico conflictivo, debiendo priorizarse en la resolución de los conflictos que puedan plantearse, el bienestar del menor, el derecho de vivir, etcétera.

La doctora María Susana Ciruzzi, miembro del Comité de Bioética del Hospital Garrahan, sostuvo que para quienes trabajan en pediatría esta norma no hace más que plasmar un principio bioético fundamental que es el de autonomía progresiva y doctrina del menor, respetando el derecho de participación y el mejor interés que reconoce la Convención de los Derechos del Niño. A su vez, agregó que desde el campo de la Bioética siempre se ha tendido a permitir la participación activa del niño conforme su

grado de madurez y comprensión, y la gravedad de la decisión a tomar, ya que no es lo mismo decidir sobre el uso de un anticonceptivo o una transfusión sanguínea. Desde su campo, la experta prefiere hablar de gravedad de la decisión y no de diferencias en la toma de decisiones conforme el método sea invasivo o no invasivo, pero destacó que la disposición sobre el propio cuerpo a partir de los dieciséis años está en consonancia con la mayoría de las legislaciones de los países avanzados. (Abud, 2015)

Sostiene Viola (2012) que con respecto a las cuestiones que se relacionan al derecho a la salud del niño, se establece un sistema mixto de interpretación de la capacidad de ejercicio del derecho. En este sentido, establece por un lado la madurez y el grado de desarrollo y por el otro establece presunciones basadas en la edad.

El texto genera interrogantes en cuanto a considerar qué sucede en los casos donde está en juego el derecho a la salud de niños menores de trece años. En este sentido, no se contempla expresamente esa situación por lo que se debería interpretar que ejercerán sus derechos a través de sus representantes, tal como lo indica el primer párrafo de la norma. Es decir, que en lo relacionado al derecho a la salud, se presumirá que un niño menor de trece años no tiene edad ni grado de madurez suficiente para ejercer ningún derecho que se relacione con el cuidado de su propio cuerpo, salvo que el niño pruebe lo contrario.

De esta manera, Frisicale y Girotti Blanco (2015) manifiestan que los dos puntos en que el Código se apoya son la edad y el grado de madurez, esto quiere decir que iguales edades no significará iguales competencias. Un adolescente puede comprender acabadamente su estado de salud y otro de igual edad, que se encuentre con una patología mental temporánea a consecuencia de su enfermedad o ya sea un proceso madurativo diferente, puede que no entienda de igual manera su situación. Y, a su vez, la misma persona podrá tener competencia para decidir sobre ciertas cuestiones, pero para otras que requieran un mayor grado de madurez y comprensión no podrá ejercer por sí sus derechos.

Afirman además que en las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo se ejercen distintos derechos que son considerados derechos personalísimos como lo es el derecho al respeto por la integridad física y psíquica, el derecho a la dignidad, a la libertad, a la intimidad y a la vida, entre otros. Entre ellos existe una mutua interdependencia, es decir que uno no puede ser ejercido sin el respeto del otro. Por un

lado, el derecho a la integridad física implica la preservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente. El reconocimiento del derecho a rechazar un tratamiento médico es una forma de respetar la integridad física del sujeto. Por otro lado, el derecho al rechazo del tratamiento se identifica con el derecho a la salud. En función al derecho a la autodeterminación, la toma de decisiones sobre el cuidado del cuerpo está determinada por lo que cada persona considera el mayor estado de bienestar físico y psíquico.

Escudero de Quintana (2014) sostiene que una regulación ajustada al interés superior del niño y a los principios universalmente aceptados debió haber consagrado ciertamente el derecho de los niños a ser debidamente informados y oídos según su grado de maduración, pero no delegar en ellos la responsabilidad de decidir someterse o no a un tratamiento por el solo hecho de haber alcanzado una determinada edad.

En el Derecho Comparado, la jurisprudencia ha elaborado pautas para determinar el interés superior del niño. En un caso resuelto por la Suprema Corte de Canadá, “A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)”⁹, se fijaron los siguientes parámetros:

- La naturaleza, propósito y utilidad del tratamiento médico recomendado, además de sus riesgos y beneficios;
- La capacidad intelectual del adolescente;
- El grado de sofisticación para entender la información relevante para decidir y para apreciar las consecuencias;
- La estabilidad de la opinión del adolescente;
- La verdadera reflexión de sus valores y creencias;
- El potencial impacto de su estilo de vida, sus relaciones familiares y sociales sobre su habilidad de ejercer con independencia un juicio propio;
- La existencia de alguna vulnerabilidad emocional o psiquiátrica;
- El impacto de la enfermedad del adolescente en su capacidad de decisión.

Todos estos parámetros deben ser tenidos en cuenta y ser analizados en cada caso en concreto, ya que permiten conocer el grado de madurez del menor de edad.

⁹ A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services) (2009).

Se deberá considerar desde un enfoque bioético, tal como señala el Dr. Del Valle (2016), que la competencia o grado de madurez no depende solamente de aspectos cronológicos. Esto significa que no siempre la capacidad -visión jurídica- coincide con la competencia –madurez-, por lo que la competencia para tomar decisiones podría adquirirse aún por debajo de los trece años de edad. En ese caso, y de acuerdo con las circunstancias, la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta en relación con su racionalidad y aún en diferencia con la de sus padres. En caso de disenso, una vez agotadas todas las instancias de negociación entre el adolescente y sus progenitores, deberá considerarse la intervención del Comité de Bioética y -como último y no deseable recurso- la intervención legal.

3.3 El rol del abogado del niño.

En la actualidad se ha consagrado el rol del abogado del niño para aquellos casos en los que surjan conflictos de intereses con sus representantes legales.

Herrera y Graham (2014) refieren que la representación procesal de los niños y/o adolescentes víctimas, su protección y el respeto de sus derechos en sede judicial es un tema que abarca tanto cuestiones civiles como penales. Manifiestan que es interesante apreciar cómo el concepto de defensa de derechos se ha ido planteando en distintos ámbitos y con distintas características. Hace años, cuando se hablaba de defensa en juicio y/o de violación de derechos respecto de adolescentes infractores a la ley penal, aparecía la necesidad de otorgarles mecanismos adecuados para el resguardo de sus derechos. Así, el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, entre otras disposiciones y serie de garantías procesales para el niño infractor o supuestamente infractor de leyes penales; las Directrices de Riad, se refieren a reglas para la prevención de la delincuencia juvenil; y las Reglas de Beijing, un importante cuerpo que reconoce los derechos específicos que tienen los menores. Estos tres importantes instrumentos sobre los derechos de los niños tratan la temática de la participación en juicio del niño infractor a la ley penal. Luego, se trasladó esta defensa en juicio a otros ámbitos más propios de la Justicia Civil y se le fue dando mayor entidad. Se tomó como base el articulado de la Convención sobre los Derechos del

Niño, en especial los artículos 3 y 12. Ambos posibilitaron la participación de los niños, niñas y adolescentes, en los juicios de derecho de familia. Esta evolución no debe detenerse en la mera defensa tutelar de los derechos de los niños; ellos deben ser defendidos porque son sujetos de derecho, pero el ejercicio de esa defensa no debe ser siempre delegado: puede ser ejercida personalmente. Se le debe reconocer su autonomía, tanto como que no es siempre suficiente ni necesaria la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento se fue avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento de éste como parte en todo proceso en el que esté involucrado y en la Ley N° 26.061. Este reconocimiento de los niños como sujetos de derecho les allana el camino para que no sólo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir, sino también para reclamar por los derechos que le corresponden, lo que incluye derechos económicos y sociales, como derechos de salud y educación, entre otros.

La Opinión Consultiva 17/2002¹⁰ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescribe que:

(...) el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

El propósito del abogado del niño es garantizar que su derecho a ser oído cuente con la debida consideración, asegurando la posibilidad de efectuar oportunamente, y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, contradecir las contrarias y recurrir toda decisión contraria a sus intereses.

Jalil (2016) sostiene que el Código Civil y Comercial de la Nación constituye un paso más en relación a la figura del abogado del niño. Como punto de partida, cabe mencionar que en relación a la materia, el nuevo Código significa un avance en relación al de Vélez Sarsfield, que nada regulaba al respecto. En consecuencia, si bien todas las

¹⁰ Opinión Consultiva 17/2002 de fecha 28/08/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

garantías y derechos procesales deben ser aseguradas a todas las personas, los niños, por su especial condición de desigualdad física y mental, merecen que los Estados adopten medidas procesales específicas que les permitan gozar efectivamente de tales derechos.

El abogado del niño no se trata de una nueva forma de representación, que reemplace o concurra con la representación necesaria de padres o tutores, con la representación complementaria del Ministerio Público o con la representación propia del tutor *ad litem* que pueda designar el juez en circunstancias especiales. Supone la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados. Ello tiene fundamento en la garantía convencional y legal de que todo niño tiene derecho a ser oído en todos los procesos en los que se hallen en juego sus derechos. Y esto sólo se puede ejercer de modo útil y eficaz con asistencia letrada especializada. En este sentido, la defensa técnica directamente posibilita, introducir válidamente las manifestaciones o postulaciones del niño, sus peticiones, formulaciones e impugnaciones en los respectivos procesos con un acorde o suficiente correlato técnico y procesal. Con aptitud, en definitiva, para hacer valer sus derechos, que de lo contrario serían sacrificados o invalidados por carecer de los mentados requisitos técnicos.

Los abogados que desempeñen esta misión deben mostrar fácil comunicación con sus jóvenes clientes, compromiso serio y profundo con el niño o adolescente al cual patrocinan, lo cual implica comunicación de todo lo que haga al derecho del niño, asesorándolo siempre en resguardo de su dignidad y desarrollo.

En la Provincia de Buenos Aires, por medio de la Ley N° 14.568¹¹, se creó la figura del Abogado del Niño, quien debe representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

En Córdoba, se ha presentado un proyecto de ley por el legislador Juan Fresneda, que establece la creación de la figura procesal del Abogado del Niño, Niña y Adolescente a los efectos de que los menores tengan quien represente sus intereses en los procesos judiciales o administrativos de los que sean parte. El objetivo de fondo es

¹¹ Ley N° 14.568, de fecha 27/11/2013.

hacer efectivo el cumplimiento de todos los derechos reconocidos a nivel local, nacional e internacional. Tanto la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos del Niño y la Ley Provincial N° 9944 establecen como garantías el hecho de que los niños y adolescentes puedan comparecer acompañados de un abogado especializado en materia de infancia. Lo que procuran esas normas es que los niños sean escuchados y que su voz sea tomada en cuenta en el proceso judicial. El texto establece además que los abogados deberán figurar en un registro de letrados especializados en infancia, que elaborará el Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba.

3.4 Conclusiones parciales.

Este capítulo en particular y el más importante del presente trabajo, se pudo comprender, en primer lugar, cómo el nuevo Código Civil y Comercial divide en grupos etarios a los menores de edad. Se observa que esta distinción es de gran importancia para el tema específico de este trabajo, ya que el artículo 26 del mencionado cuerpo legal expresa cuáles son los tratamientos que pueden realizar los adolescentes dependiendo de la edad que posean.

Por otro lado, se advierte que hay claras dificultades prácticas para poder distinguir los conceptos de tratamientos invasivos o riesgosos de aquellos que no lo son. Asimismo, es significativo destacar que no sólo la edad es un factor clave en esta norma, sino también el grado de madurez del menor. Resultaron manifiestos los conflictos que se pueden producir entre los adolescentes y sus progenitores, y las formas de resolución de los mismos, ya sea de manera extrajudicial o judicial. Si se llega a la última opción, es de suma importancia el derecho de los menores a ser oídos y el rol que en la actualidad cumple el abogado del niño, defendiendo sus derechos.

CAPITULO 4

Normativa referida a la salud de los menores y aplicación jurisprudencial.

El capítulo final que se desarrollará a continuación, pretende por un lado hacer un análisis de la normativa referida a la salud de los menores, y por otro lado examinar la jurisprudencia internacional que ha dado origen a esta temática y la nacional que se ha comenzado a aplicar en nuestro país referida al interés superior del niño, el derecho a ser oídos, el rol del abogado de los menores de edad y la capacidad de los mismos en el nuevo Código Civil y Comercial.

4.1 Leyes referidas a la salud de los menores.

La Ley N° 22.990¹², conocida como “Ley de Sangre”, del año 1983, expresa en su artículo 43 que la donación de sangre o sus componentes es un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, por el cual una persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior, ni cobro alguno. Posteriormente, prescribe que podrá ser donante toda persona que tenga entre dieciséis y sesenta y cinco años, aclarando que los menores de dieciocho años deberán contar con la autorización de sus padres o de sus representantes legales.

Por otro lado, la Ley N° 24.193¹³ promulgada en el año 1993, de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos establece en su Capítulo V, artículo 15, que sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Aclara que este lapso se reducirá a dos años si de esa relación hubieren nacido hijos. Por otra parte, prescribe que en los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas. Los menores de dieciocho años, con previa autorización de su representante legal, podrán ser dadores

¹² Ley N° 22.990 de Sangre. B. O. 23/11/1983.

¹³ Ley N° 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos. B. O. 26/04/1993.

sólo cuando los vincule al receptor una relación de parentesco. Asimismo, el art. 19 bis expresa que la ablación se puede efectuar respecto de toda persona capaz mayor de dieciocho años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

En nuestro Código Civil y Comercial, específicamente en el artículo 56, 2do párrafo, la norma prescribe que la ablación de órganos para ser implantados en otras personas, se rige por la legislación especial, por lo que el mismo cuerpo legal remite a la Ley N° 24.193.

Continuado con el análisis referido a la salud de los menores, se encuentra la Ley N° 26.529¹⁴, “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”. La misma expresa que constituye un derecho esencial en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, la asistencia. Prescribe en su art. 2, inc. a), que:

El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición.

Por otra parte, en el inc. e), la mentada normativa enuncia como otro derecho fundamental la autonomía de la voluntad, estableciendo que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Asimismo, 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. Por otra parte, el art. 11 manifiesta que toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo aquellas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas. En este

¹⁴ Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. B. O. 20/11/2009.

caso, se deja en claro que con respecto a las directivas anticipadas es necesario tener dieciocho años de edad.

El decreto N° 1089/2012¹⁵ que reglamenta la Ley de Derechos de los Pacientes insiste en que los profesionales deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, según la competencia y discernimiento de los menores, y que si de la voluntad expresada por el menor se genera 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. (Zelaya y Arrué, 2015)

Con respecto a la identidad de género, la Ley N° 26.743¹⁶, promulgada en el año 2012, establece como requisito que toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, deberá acreditar la edad mínima de dieciocho años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5° de la presente ley. El mismo expresa que si la persona es menor de dieciocho años, 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 de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno de los representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los jueces resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño. Por otro lado, el art. 11 expresa que todas las personas que sean mayores de dieciocho años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

¹⁵ Decreto Reglamentario N° 1089/2012 de la Ley N° 26.529. B. O. 06/07/2012.

¹⁶ Ley N° 26.743 de Identidad de Género. B. O. 24/05/2012.

Respecto a los procedimientos invasivos sobre el tejido de la piel, se realizará una comparación entre las leyes de la provincia de Córdoba y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la primera normativa, Ley N° 9012¹⁷, se observa que la actividad regulada se define en su artículo 2do como todas aquellas acciones no médicas, sobre la piel humana con fines estéticos, como ser tatuajes, inserción de aros y sellos en diversas partes del cuerpo. Seguidamente expresa que los menores de edad deberán contar con autorización expresa de los padres o responsables para acceder a tal servicio. Por otro lado, la Ley N° 1897/05¹⁸, tiene por objeto establecer normas sanitarias básicas para la práctica del tatuaje y perforaciones, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la finalidad de prevenir y proteger la salud de los usuarios de este servicio y también a aquellos profesionales que la realicen. Manifiesta que serán personas susceptibles para la aplicación de las técnicas de tatuaje y perforación, aquellas capaces, mayores de dieciocho años. En el artículo siguiente establece que podrán efectuarse tatuajes y perforaciones indistintamente los menores de dieciocho años no emancipados, cuando acompañen autorización por escrito con firma fehacientemente acreditada del padre, madre o tutor para la realización de la práctica pretendida; o con autorización expresa del padre, madre o tutor, quien deberá presentarse en el establecimiento en cuestión, adjuntándose copia del documento que acredite el vínculo.

Es decir que ambas leyes establecen que para la realización de tatuajes o perforaciones en el cuerpo, se debe contar con la mayoría de edad, por lo tanto la persona debe haber cumplido los dieciocho años. Pero a su vez crean una excepción, manifestando que los menores de edad pueden realizarse estas prácticas con una autorización emanada de sus progenitores.

Por su parte, el Decreto Reglamentario N° 1135/08¹⁹ de la mencionada ley de la provincia de Córdoba, regula sobre los usuarios menores de edad, y dice que queda prohibido tatuar y/o perforar a menores de catorce años de edad. Por lo tanto, el mismo decreto establece el mínimo de edad para llevar a cabo estas prácticas. Asimismo aclara que los padres o tutor deberán presentarse en el establecimiento que se lleve a cabo la práctica, además de la autorización ya mencionada.

¹⁷ Ley N° 9012 de Procedimientos invasivos sobre el tejido de la piel – Regulación de las prácticas del arte sobre el cuerpo humano. Provincia de Córdoba. B. O. 16/07/2002.

¹⁸ Ley N° 1897/05 de Regulación de la práctica de tatuajes en la piel, perforaciones, micropigmentación y otras similares. B. O. 24/01/2006.

¹⁹ Decreto Reglamentario N° 1135/08 de la Ley N 9012. B. O. 13/11/2008.

Ante la problemática de establecer cuál es la ley que se aplica en cada caso concreto, Kemelmajer, Herrera, Lamm y Fernández (2015) elaboraron un cuadro sobre las bases de normas y principios en el que contemplan algunos de los actos que afectan de manera directa a los niños, niñas y adolescentes, indicando cuál sería la interpretación correcta. Así, establecen que los tratamientos integrales hormonales se rigen por la Ley N° 26.743, por lo que se requiere el consentimiento de la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez y asentimiento de ambos progenitores. Asimismo, con respecto a la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante se aplica la Ley N° 24.193, debiendo la persona ser mayor de edad. Por otra parte, las directivas anticipadas requieren que las personas sean plenamente capaces, mayores de edad, según lo establece la Ley N° 26.742. Los demás actos no invasivos o invasivos de cuidado al propio cuerpo se rigen por el art. 26, última parte, del nuevo Código por el cual se requiere sólo el consentimiento del adolescente entre dieciséis y dieciocho años. De esta manera, se deben interpretar las legislaciones especiales con el Código Civil y Comercial, de manera armónica entre sí, analizando cada caso en particular.

4.2 Jurisprudencia internacional.

Es importante analizar en primer lugar, el precedente internacional que marcó un antes y un después en el tema tratado por este trabajo. Highton (2015) explica que el caso Gillick²⁰ del año 1985, decidido por la Cámara de los Lores, marca un hito. En Inglaterra había comenzado a plantearse el problema de la distribución de anticonceptivos a personas que no habían llegado a los dieciséis años. En 1980, el Departamento de Salud emitió una circular dirigida a las autoridades sanitarias a fin de hacer saber a los médicos que fueran consultados por una menor que no hubiera cumplido dicha edad, que no sería ilegal prescribir anticonceptivos a la niña para protegerla contra los efectos perjudiciales de las relaciones sexuales. Agregaba además que aunque un médico debe actuar en materia de asesoramiento y tratamiento con métodos anticonceptivos a pacientes menores de dieciséis años con consentimiento de

²⁰ Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1985)

los progenitores, se acepta que las consultas entre médicos y pacientes son confidenciales.

Victoria Gillick, la actora en este caso, era una madre de cinco hijas menores de dieciséis años, quien a principios del año 1981 envió una carta donde intentó obtener seguridades de la autoridad sanitaria en el sentido que a las niñas no se les recetarían anticonceptivos sin su conocimiento y consentimiento. La autoridad se negó a dar tal tipo de garantías ya que la decisión de prescribir anticonceptivos sin informar a los progenitores debía tomarse de acuerdo al criterio clínico del médico involucrado en el tratamiento. En consecuencia, la actora se presentó ante los tribunales a fin de obtener la declaración pretendida. En última instancia, la Cámara de los Lores decidió que un médico en el ejercicio de su criterio clínico puede prescribir anticonceptivos a una menor de 16 años sin el consentimiento de sus progenitores porque constituye el ejercicio de buena fe del criterio profesional en el mejor interés de su paciente. A partir de este caso, tomado como modelo por distintas legislaciones, se configuró una nueva categoría de niños "*Gillick competent*" (capaz en los términos del caso Gillick) constituida por quienes, sin contar con la edad que los ordenamientos legales establecen para prestar un consentimiento válido, pueden hacerlo en función de su grado de madurez o desarrollo. Un menor es *Gillick competent* si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender y madurez para expresar su voluntad respecto al tratamiento específicamente propuesto.

El decisorio se interpretó como un precedente que realineó las relaciones de poder entre las generaciones, vía la reducción del "poder de los padres" y extensión del "poder de los hijos". Pero el derecho de los menores no es absoluto. Pese a que no se dice en la norma, siempre podrán judicializarse los casos por oposición de los progenitores.

4.3 Jurisprudencia nacional.

El antecedente que se encuentra en nuestro país por el cual se reconoció el ejercicio del derecho personalísimo a la salud por parte de niños, niñas y adolescentes se

remonta al año 2003, con el fallo: “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”²¹ resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia promovió demanda contra la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la Ley N° 418, y su modificatoria 439, de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, cuyas disposiciones autorizan a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos a personas menores de edad sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto, del Ministerio Pupilar, al entender que esta regulación contraría o significa una injerencia estatal en el ejercicio de la patria potestad resguardado en el art. 264 y siguientes del Código Civil de Vélez. El Tribunal de Justicia rechazó la demanda argumentando:

- Los derechos personalísimos son, por naturaleza, insusceptibles de ser ejercidos por representante pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad, que implica, en esencia, la facultad de decidir y elegir por sí mismo, en tanto no afecte derechos de terceros.
- Una forma razonable de reconocimiento de los derechos personalísimos es el respeto de las diferentes etapas de evolución de las personas menores de edad. Es propio del proceso de crecimiento que el niño evolucione acorde con su edad y madurez.
- La concesión de un derecho a informarse y a decidir sobre cuestiones de salud reproductiva a los niños y adolescentes en edad fértil no hace más que extender a niños y adolescentes el deber general de respeto por la persona del paciente -mandato medular de la bioética contemporánea-.
- Conceder a niños en edad fértil un derecho autónomo a recibir información y a tomar decisiones propias en lo relativo a su propia salud reproductiva, sin necesidad de consulta previa obligatoria con los padres, no sólo no viola sino que es compatible con la Convención de los derechos del niño y, más allá aún, se trata de un mecanismo de realización de ella.

²¹ Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (2003)

- En el camino hacia la autonomía se verifican diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño, operativas en función de la madurez psicofísica de los menores. Así, el primer escalón está constituido por el principio 'del mejor interés del niño', en un nivel inmediatamente superior se encuentra el derecho a la información, luego el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y, por último, la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Dentro de este régimen, cada una de las secuencias implica que se ha respetado la anterior, desde el primer nivel, en el cual la decisión será del representante hasta llegar a la posibilidad de que el menor pueda actuar conforme a su propio criterio.

- En la hipótesis de conflicto extremo, allí donde los padres se imponen coactivamente a la voluntad del niño o del adolescente, serán los jueces los que decidan acerca del caso, cuando el niño opta por otra solución, como sucede también cuando los padres, irrazonablemente, privan a los niños de una intervención médica que aparece como conveniente para su salud.

Por otra parte, resulta importante destacar el valor que en la actualidad se le atribuye en la jurisprudencia nacional al interés superior del niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un fallo en el año 2012, "N.N o U., V. s/ protección y guarda de personas"²² en donde la misma ha manifestado que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. En tal sentido, se ha considerado que la regla jurídica del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres, por más legítimos que éstos resulten.

²² N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas (2012)

De esta manera, lo fundamental que se destaca en este caso para su análisis es cómo se prioriza el interés del niño ante el del adulto, inclusive ante los intereses de sus progenitores. Es importante dejar en claro que el art. 26 del Código Civil y Comercial manifiesta que ante situaciones de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, éstas se resuelven teniendo en cuenta el interés superior.

Siguiendo con esta línea, es trascendente recalcar la importancia que se le debe que proporcionar al derecho a ser oído, el cual ha sido reconocido expresamente a los menores de edad. Un reciente fallo del año 2016, “D., R. s/cambio de apellido”²³, aplica el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con relación a este tema. Pone de manifiesto que entre los intentos de justificar que tal afectación no es propia de la niña, encuentran su agravio atinente a escucharla y tener en cuenta su opinión, tanto por su edad como por las circunstancias personales entre las partes que harían que dicha opinión no se encuentre libre de la influencia de sus padres. Al respecto, cabe destacar que es necesario que el juez escuche a aquél al que afectará la decisión, si la persona es capaz de manifestar su opinión, ya que su derecho a ser oído constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no como mero objeto de derecho. Además, escuchar la opinión del menor no implica aceptar incondicionalmente su deseo, máxime si puede encontrarse enfrentada a su superior interés, sino que debe ser analizada cuidadosamente de acuerdo a su edad y madurez y a las distintas circunstancias que las rodean, ponderadas con relación a los elementos obrantes en el caso y la índole del derecho en juego.

Otro fallo más reciente que se encuentra relacionado con el mismo tema tratado, del año 2017, es “R. J. A. Y OTRO DEMANDADO: G. C. M. G. s/ AUTORIZACION”²⁴ el cual entiende que no puede dejarse de lado la opinión del adolescente, en este caso de quince años de edad, que ha sido oído por los magistrados y por la defensora de menores de primera instancia, así como por los integrantes de este Tribunal en presencia de la Sra. Defensora Coadyuvante. Si bien la opinión de A. no es vinculante y su deseo debe ser respetado siempre que coincida con el interés superior del menor, no lo es menos que aquella resulta de suma importancia en una decisión tan trascendental para su vida.

²³ D., R. s/cambio de apellido (2016)

²⁴ R. J. A. Y OTRO DEMANDADO: G. C. M. G. s/ Autorización (2017)

La figura del abogado del niño, analizada en el capítulo anterior, debe ser examinada jurisprudencialmente ya que en el caso que el médico no determine si el tratamiento es invasivo o no y se produzca un conflicto de intereses entre el menor de edad y sus progenitores, el caso se llevará a la justicia y el adolescente, tal y como lo regula el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede contar con un representante legal que defienda sus derechos. Un fallo del año 2016, "Recurso de casación contra Resolución n° 492 de fecha 12/05/2015 interpuesto por la Dra. Marta Susana Marcore"²⁵, expresa que se le deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya. Manifiesta además que su intervención no es obligatoria, pero a pedido de parte, en éste caso solicitado por la defensa, habilita al juez a designar un abogado del niño, lo cual dejaría a salvo la capacidad jurídica del menor para realizar actos jurídicos, y de éste modo también garantizar la imparcialidad de éste profesional especializado en la niñez y adolescencia. Por último es importante resaltar que en este caso se trasluce de las presentaciones efectuadas por el niño que independientemente de la intervención del ministerio público, solicita la participación de un letrado, como defensor de su interés particular, privado y propio. Interés que demás está decir si bien es hijo, es un interés distinto del interés propio de los padres.

Otra sentencia, en este caso de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea (Buenos Aires), "G. A. M. c/ L. M. Z. s/ Desalojo Falta De Pago"²⁶, define a la figura del Abogado del Niño como un letrado especializado en cuestiones de minoridad que asiste técnicamente a un menor de edad, actúa directamente en un proceso judicial que lo involucra, que aunque conforme la Corte Federal (CSJN, 26-10-2010, G.M. S. c.J.V.L." La Ley, 2011-A,215) no existiría una edad mínima para que pueda tener un abogado que lo asista, debe haberse establecido que cuenta con edad y madurez suficiente conforme la noción de capacidad progresiva en el ejercicio de los derechos que recepta la nueva codificación unificada (arts. 24, 26, 109 y concs. CC y C.).

²⁵ Recurso de casación contra Resolución n° 492 de fecha 12/05/2015 interpuesto por la Dra. Marta Susana Marcore (2016)

²⁶ G. A. M. c/ L. M. Z. s/ Desalojo Falta De Pago (2016)

Adentrando específicamente en la capacidad de ejercicio del menor en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentra un fallo reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, de fecha 10/02/2016, “N., F. N. c. Editorial Televisa Argentina SA s/ daños y perjuicios”²⁷ en donde se hace referencia a que el art. 26 del nuevo Código establece que la persona a partir de los dieciséis años debe considerarse como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo. Por otro lado, la Cámara sostiene que el régimen admita la competencia o aptitud del adolescente para la toma de decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos, no importa consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico. El primer aspecto refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad, claramente el adolescente carece de capacidad para el segundo, pero no necesariamente para el primero.

²⁷ N., F. N. c. Editorial Televisa Argentina SA s/ daños y perjuicios (2016)

4.4 Conclusiones parciales.

En este último capítulo se pudo comprender y observar las distintas leyes que regulan en nuestro país la salud respecto de los menores de edad. Al analizar las legislaciones especiales, y comparándolas con la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, se advierte que en las mismas la edad de los menores para poder disponer de su cuerpo es cuando adquieren la mayoría de edad, es decir, a los dieciocho años. Sin embargo, en la generalidad de las leyes, a partir de los dieciséis con autorización de sus padres pueden realizarse tratamientos médicos. Se considera que se deberá interpretar armónicamente el nuevo Código con aquellas disposiciones sanitarias referidas a los niños, niñas y adolescentes, debido a la variedad de supuestos que podrán resultar aplicables. Corresponderá definir al juez en el caso que llegue a su judicialización, si deberá aplicar la ley especial referida a la salud o el Código Civil y Comercial, dependiendo del caso particular del que se trate. Es decir, se deberán interpretar de manera integral aquellas leyes con el actual Código, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Con relación a la jurisprudencia, fue importante analizar el fallo internacional que provocó a nivel mundial un gran impacto, el caso “Gillick”, ya que establece una categoría de menores que sin tener la edad legal pueden prestar su consentimiento frente a derechos personalísimos, teniendo en cuenta su grado de madurez.

A nivel nacional, con el caso de “Las ligas de amas de casa” sentó un precedente destacando la importancia de la capacidad progresiva de los menores, su autonomía y el derecho a ser oído.

Actualmente, se observa que la aplicación del artículo 26 del nuevo Código Civil y Comercial se interpreta siempre junto con el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído de los menores. Hasta el momento no se han judicializado casos respecto a la disposición del propio cuerpo de los mismos, conflictos que se pueden suscitar cuando los adolescentes tengan una opinión o adopten una decisión distinta a la de sus progenitores.

CONCLUSION

La capacidad de los menores de edad ha sido a lo largo del tiempo un tema de gran interés en la sociedad en varios aspectos. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los debates se acrecentaron ya que se incorporaron nuevas normas que traen aparejadas un cambio en la manera de ver a los niños, niñas y adolescentes, considerándolos íntegramente como sujetos de derechos.

Los conceptos generales desarrollados en el primer capítulo sirvieron para poder comprender de una forma más global el tema a tratar en el presente trabajo. En primer lugar fue necesario examinar la historia de los derechos de los menores para poder entender la evolución y los cambios profundos que han sufrido con el correr de los años. Se puede decir que con el transcurso del tiempo, los niños han adquirido cada vez más derechos y garantías, pasando de ser incapaces a la capacidad progresiva y autonomía que hoy poseen. El interés superior del niño resulta de mucha importancia, no sólo en la doctrina, sino también en la legislación y jurisprudencia. Se define como la máxima satisfacción de los derechos y garantías que son reconocidos por la ley, siendo un principio fundamental que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar cada caso concreto.

La evolución se vio reflejada en la normativa desarrollada a lo largo de todo el trabajo, ya sea analizando internacionalmente la Convención de los Derechos del Niño, la cual impuso un cambio de paradigma constitucional respecto de la niñez y la adolescencia, o de manera nacional y provincial con las leyes que actualmente protegen a los menores. En el caso de nuestro país, la Ley N° 26.061 introdujo un cambio importante, aportando y reconociendo derechos y garantías a los menores de edad. Avocándonos a la provincia de Córdoba, la Ley N° 9944 incorpora a su normativa la promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, regulando el derecho a ser oído y a la salud de los menores, entre otros. Por último, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se terminó de adaptar nuestra legislación a los paradigmas que actualmente rigen en el mundo, siendo los principales, el interés superior del niño y la autonomía progresiva del mismo.

Adentrando en el tema de este trabajo final de grado, se pudo desarrollar la nueva clasificación que atañe a los menores de edad. Tal como se manifestó, el actual Código se encargó de diferenciar a los niños de los adolescentes basado en la edad,

dividiendo a estos últimos en dos franjas etarias, por un lado los menores de trece años y por el otro los mayores de dieciséis, hasta los dieciocho años de edad. Esta distinción trae aparejada algunos cambios, entre ellos aquel que respecta a las decisiones que pueden tomar los menores con relación al cuidado de su propio cuerpo.

Se puede afirmar que existen dificultades para determinar cuáles son los tratamientos invasivos que comprometen el estado de salud del menor o que ponen en riesgo la integridad o la vida y cuales no lo son, ya que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Considero que es importante definirlos para que se eviten discusiones en torno a estas concepciones. De esta manera, quedaría claro desde un primer momento cuales son los tratamientos que los adolescentes pueden llevar a cabo por sí solos y cuáles son los que necesitan la asistencia de sus padres. En el caso de conflicto o duda, será el médico quien tendrá el deber de definirlos.

Es importante destacar que los conflictos que puedan llegar a suscitarse entre los menores y sus progenitores, deben, en un primer momento, tratar de evitar que se llegue a su judicialización. El profesional de la salud que pretenda realizar el tratamiento al menor, será quien, previa debida información al paciente, defina si se trata de uno invasivo o no. A partir de ese momento, corresponderá analizar si el adolescente puede prestar su consentimiento sin la asistencia de sus padres, o por el contrario, necesite de la misma. La intervención de los progenitores debe tener por objeto acompañar a su hijo/a, siendo un apoyo para el menor de edad. En caso de conflicto entre ambas opiniones, es decir, cuando no se pueda llegar a un acuerdo entre ellos, lo primordial es que en el juicio debe respetarse siempre el interés superior del niño, ya que se está discutiendo y debatiendo sobre algo tan importante como es la salud de un menor de edad.

Ante estos casos que lleguen a la justicia por conflictos entre adolescentes y sus padres, se deberá buscar un equilibrio para que el menor pueda dar su opinión, acompañado de un letrado especializado, sin desprotegerlo, brindándole todas las herramientas para la defensa de sus derechos. Nunca dejando de lado los principios rectores en materia de minoridad como la autonomía progresiva e interés superior.

En el último capítulo se buscó exponer cuales son leyes especiales que rigen en nuestro país la salud de las personas, y en particular se analizaron aquellos artículos referidos a los menores de edad. Al observar el Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente el mentado artículo 26, y las leyes referidas a la salud de los niños,

niñas y adolescentes, se pudo ver que la mayoría de estas leyes establecen como edad mínima para realizar tratamientos médicos la de dieciocho años, a diferencia del cuerpo legal mencionado. Por lo tanto, es necesario que se interprete de una manera armónica las leyes nacionales y provinciales junto con el Código Civil y Comercial, debiendo el juez analizar en cada caso concreto y dependiendo del tratamiento que el adolescente se deba realizar, si se aplica la ley especial referida a la salud de los menores o el nuevo Código. A modo de ejemplo se destaca que la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante se rige por la Ley N° 24.193, teniendo que ser la persona mayor de dieciocho años.

Finalmente, la jurisprudencia internacional y nacional dejó en claro la importancia que se le atribuye al derecho a ser oído que posee el menor de edad. Se pudo observar que en los fallos analizados prima el principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva, destacando que es fundamental tener en cuenta el grado de madurez del menor y su proceso de crecimiento. Asimismo es significativo el rol del abogado del niño, siendo un letrado especializado que debe asistir y garantizar los derechos de los menores. Actualmente no se han encontrado fallos en nuestro país sobre el tema específico de este trabajo final de grado ya que es novedoso, pero seguramente llegarán casos a la justicia que deban resolverse conforme la normativa vigente.

Por último se quiere destacar que con la elaboración del trabajo, se logró comprender la evolución que han tenido los niños, niñas y adolescentes, y la importancia que trajo aparejada la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial en nuestro país. Más allá de que las leyes nacionales ya incorporaban a nuestro derecho las garantías a los menores, fue trascendental que el mencionado cuerpo legal se adecúe a dichas normas y se actualice con la legislación mundial, lo que implica reconocer un desarrollo pleno del individuo desde su niñez hasta su mayoría de edad incorporando un cambio paradigmático respecto a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFIA

I) Doctrina:

- Abbiati, L. E.; Almirall, R.; Colombato, L. C.; Cánepa I. (2015). *Condición jurídica básica de la persona menor de edad con grado de madurez suficiente*. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca. Recuperado de: <http://www.indebahiablanca2015.com>
- Abud, C. (2014). ¿Qué cambia en la Salud con el nuevo Código Civil? Recuperado de: <http://www.docsalud.com>
- Brandone, M. M. (2015) “La capacidad de las personas menores de edad ¿Una cuestión menor?” DFyP 2015 , 117
- Castro, S. B.; Monalto, A. M. (2015). La capacidad de los adolescentes para disponer sobre actos en su propio cuerpo. Recuperado de: <http://pensamientocivil.com.ar>
- Converset, J. M. (h) (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial - Procesos civiles*. Buenos Aires: Hammurabi
- Del Valle, M. A. (2016). El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica. Recuperado en: <http://www.sap.org.ar>
- Escudero de Quintana, B. (2014). “La capacidad de ejercicio de los menores en el Código Unificado” E.D. DC1E28
- Fass, P. (2014). Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño. Recuperado de: <http://www.humanium.org/es/historia>
- Fernández, S. E. (2015). “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿Cuánto de autonomía progresiva?” L.L. AR/DOC/1304/2015
- Fernández, S. E. (2015). La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com>

- Frisicale, M. L. y Girotti Blanco, S. V. (2015). El derecho de los adolescentes a rechazar tratamientos médicos. Recuperado de: <http://pensamientocivil.com.ar>
- Graham, M. y Herrera, M. (2014). *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Buenos Aires: Infojus.
- Hernández Sampieri, R.; Fernández-Collado, C.; Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación* (Cuarta Edición). México: McGrawHill
- Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Título Preliminar y Libro Primero*. Buenos Aires: Infojus
- Highton, E. I. (2015). “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial” L.L. 2015-B , 901
- Jalil, S. (2016). “El abogado del niño: a propósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” E.D. DC21F2
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm E., Fernández, S. E. (2015). El principio de la autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com>
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni
- Mayor, F. (1995). *La Convención sobre los Derechos del Niño. Contribución de la UNESCO*. Francia: UNESCO
- Minyersky, N. (2007). “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño.” *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Minyersky, N. (2014). “Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas.” *Derecho a las Familias, Infancia y Adolescencia*. Buenos Aires: Infojus.
- Pérez, A. (2016). Sobre cómo debe interpretarse el interés superior del niño previsto en Código Civil y Comercial a la luz de los estándares internacionales. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com>

- Rivera, J. C. (2004). *Código Civil Comentado – Títulos Preliminares. Personas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

-Salituri Amezcua, M. M. (2015). *¿Quién decide sobre el cuerpo?* Revista Derecho de Familia N° 72.

- Santi, M. (2013). “La persona menor de edad en el Proyecto de Código” L.L. 2013-C , 859

- Solari, N. E. (2011). “La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad” L.L. AR/DOC/1341/2011

- Viola, S. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. *Revista electrónica Cuestión de Derechos*. Recuperado de: <http://www.psi.uba.ar>

- Yuba, G. (2015). “Comentario al Decreto 62/2015 de la Provincia de Buenos Aires” ADLA 2015-15 , 63

- Zelaya, M. y Arrué F. (2015). La aptitud del adolescente a partir de los dieciséis años para consentir actos vinculados al cuidado de su propio cuerpo. Recuperado de: <http://www.aldiaargentina.microjuris.com>

II) Legislación:

a) Internacional:

1. Convención sobre los Derechos del Niño.

b) Nacional:

1. Constitución Nacional de la República Argentina.

2. Código Civil de la República Argentina.

3. Código Civil y Comercial de la Nación.

4. Ley N° 1897/05 de Regulación de la práctica de tatuajes en la piel, perforaciones, micropigmentación y otras similares.

5. Ley N° 9012 de Procedimientos invasivos sobre el tejido de la piel - Regulación de las prácticas del arte sobre el cuerpo humano. Córdoba.

6. Ley N° 22.990 de Sangre.

7. Ley N° 24.193 de Trasplante de Órganos.

8. Ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente.

9. Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

10. Ley N° 26.743 de Identidad de Género.

11. Decreto 415/2006 - Reglamentación de la Ley N° 26.061

12. Decreto 1089/2012 - Reglamentación de la Ley N° 26.529

13. Decreto 1135/2008 - Reglamentación de la Ley N° 9012

III) Jurisprudencia:

a) Extranjera:

1. “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” (1985)

2. “A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)” (2009)

b) Nacional:

1. CSJN, 12/06/2012: “N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia. “Interés Superior del Niño”.

2. STJ de Corrientes, 26/09/2016: "Recurso de casación contra Resolución n° 492 de fecha 12/05/2015 interpuesto por la Dra. Marta Susana Marcore" (Expte. 40410/16). En elDial.com - AA99F2. Publicado el 06/10/2016.

3. TSJ de la Ciudad de Buenos Aires, 14/10/2003: "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"

3. CNCiv., Sala B, N., 10/02/2016: "F. N. c. Editorial Televisa Argentina SA s/ daños y perjuicios". En La Ley. Publicado el 22/03/2016.

4. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 22/03/2016: "G. A. M. c/ L. M. Z. s/ Desalojo Falta De Pago" (Expte. 10488). En elDial.com - AA9640. Publicado el 27/04/2016.

5. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 22/03/2016: "D., R. s/cambio de apellido" (Expte. 146.372).

6. Cámara de Apelaciones, Sala A, de Trelew, 21/08/2015: "ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (S. S. B.)" (Expte. N° 145). Infojus.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|---|---|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | Porto, María de los Angeles |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 32.680.797 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | “La capacidad de los adolescentes para disponer sobre su propio cuerpo” |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | mariaporto87@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|----|
| Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO) ^[1]₂₈</i> | SI |
| Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Río Cuarto,

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

²⁸ [1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y
registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado