

# UNIVERSIDAD SIGLO 21



## Trabajo Final de Graduación

La capacidad progresiva de los menores de edad respecto  
a la disposición sobre su cuerpo

**Agustina Vries**

**Legajo: VABG 3972**

**DNI: 33.360.932**

**Abogacía**

**2019**

*Lo que importa es cuánto amor  
ponemos en el trabajo que realizamos.*

Madre Teresa de Calcuta

## Resumen

El problema de investigación de este trabajo final de graduación consiste en conocer ¿Cuál es el alcance que debe darse al artículo 26 del Código Civil y Comercial respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo? Este problema surge debido a que el ordenamiento jurídico establece que las personas menores de edad deberán ejercer sus derechos por medio de sus representantes, ya que los niños no cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente como para ejercerlos por sí mismos. Frente a esto y respecto a las cuestiones vinculadas con la salud y la toma de decisiones sobre el cuerpo el Código de fondo incorpora el concepto de autonomía progresiva para recalcar que un niño de la misma edad puede tener un mayor o menor grado de capacidad pudiendo comprender de mejor manera el alcance de sus actos. La codificación vigente le otorga al menor de entre trece y dieciséis años la posibilidad de decidir respecto a todos aquellos tratamientos médicos no invasivos y a partir de los dieciséis años se lo considera un adulto al momento de tomar decisiones sobre el cuidado de su cuerpo.

Palabras claves: Autonomía de la Voluntad- Derechos personalísimos- Autonomía progresiva- Derecho sobre el cuerpo y la salud.

**Abstract**

The research problem of this final graduation work is to know what is the scope that should be given to Article 26 of the Civil and Commercial Code regarding the progressive autonomy of the child of sixteen years against the decision making on his own body? This problem arises because the legal system establishes that minors must exercise their rights through their representatives, since children do not have the age and the degree of maturity sufficient to exercise them by themselves. Faced with this and with respect to issues related to health and decision-making about the body, the Basic Code incorporates the concept of progressive autonomy to emphasize that a child of the same age may have a greater or lesser degree of ability to understand in a better way, the scope of their actions. The current coding gives the child between thirteen and sixteen years of age the possibility of deciding on all those non-invasive medical treatments and from the age of sixteen he is considered an adult when making decisions about the care of his body.

Key Words: Autonomy of the Will - Personal rights - Progressive autonomy - Right to the body and health.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	6
<b>CAPITULO I LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD</b>	9
Introducción	10
1.1. Concepto de autonomía de la voluntad	10
1.2. La autonomía de la voluntad en la Constitución Nacional	13
1.3. Autonomía de la voluntad y el derecho sobre el cuerpo	16
Conclusión parcial	17
<b>CAPITULO II DERECHOS PERSONALISIMOS</b>	19
2.1. Concepto	20
2.2. Características	22
2.3. Recepción en el Código Civil y Comercial	24
Conclusión parcial	25
<b>CAPÍTULO III LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO</b>	27
Introducción	28
3.1. Diferencia entre niño y adolescente	28
3.2. La autonomía progresiva del niño	34
3.3. La autonomía progresiva y el poder decidir sobre el propio cuerpo	37
3.4. La ley 26.061 y los derechos de los niños	42

Conclusión parcial _____	44
<b>CONCLUSIÓN FINAL</b> _____	47
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> _____	50
Doctrina _____	50
Legislación _____	53
Jurisprudencia _____	53

## **Introducción**

Las personas mayores de edad cuentan con la posibilidad de autodeterminarse y decidir por ellos mismos lo que creen que es más acertado para sus vidas. En pocas palabras puede decirse que dentro del espacio de intimidad que el Estado les otorga sin que existan interferencias de su parte como así tampoco de terceros las personas establecen la manera de gobernar sus vidas. Pero en el caso de los menores de edad serán sus progenitores quienes tomen decisiones por ellos y a medida que vayan alcanzando una mayor autonomía podrán hacerlo por sí mismos.

Hasta hace algún tiempo los niños y adolescentes se veían destinados a cumplir con las decisiones que sus progenitores o representantes legales tomaban en su nombre respecto al cuerpo y la salud del menor de edad. El Código Civil y Comercial modifica ampliamente la situación antes descripta otorgando una mayor autonomía a los menores de edad conforme a su capacidad.

La importancia de esta investigación radica en conocer el alcance de la autonomía progresiva del niño al momento de decidir sobre su propio cuerpo y en contribuir con herramientas jurídicas válidas que sirvan al momento de resolver estas situaciones evitando su judicialización.

Respecto a la posibilidad de que los menores de edad tengan derecho a decidir sobre su cuerpo y a su salud el Código Civil y Comercial ha incorporado la autonomía progresiva, la cual consiste en que a medida que un niño crece puede ir tomando un mayor conocimiento de sus decisiones y responsabilizarse frente a ellas.

Tras lo expuesto surge el problema que motiva esta investigación y que consiste en saber ¿Cuál es el alcance que debe darse al artículo 26 del Código Civil y Comercial respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo? El objetivo general de investigación radica en analizar el artículo 26 del Código Civil y Comercial a los fines de determinar su alcance respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo.

La hipótesis de trabajo que se buscará demostrar consiste en reconocer que el artículo 26 del Código Civil y Comercial otorga un mayor alcance respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo por considerar que existe una madurez para la realización de determinados actos que permiten su ejercicio como si fuera una persona mayor de edad pero siendo aún un niño.

Dankhe (1986) ha sostenido la existencia de cuatro tipos de estudio o investigación: exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo. En esta investigación el tipo de estudio a utilizar es el descriptivo; éste consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Hernández Sampieri, 1997).

El método que se utilizará en este trabajo, dado su temática, es el cualitativo, ya que la presente investigación pretende analizar el artículo 26 del Código Civil y Comercial a los fines de determinar su alcance respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la tomo de decisiones sobre su propio cuerpo.

El período temporal que se ha fijado para esta investigación tendrá su inicio en el año 2015, en que entra en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación introduciendo modificaciones sobre la autonomía progresiva de los menores de edad, y se extenderá hasta el presente con la finalidad de alcanzar un nivel de conocimiento actual.

El presente trabajo de investigación tendrá como ejes centrales tres capítulos de análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial sobre el tema en marras. En el primer capítulo se trabajará sobre la autonomía de la voluntad primeramente brindando una conceptualización para luego analizarla dentro de su regulación en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En el segundo capítulo se ahondará respecto a los derechos personalísimos, su incorporación al Código Civil y Comercial y el derecho sobre el cuerpo. El tercer capítulo estará dedicado al análisis de la autonomía progresiva del niño y la posibilidad de disponer de su propio cuerpo. Al finalizar se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado y se confirmará o rebatirá la hipótesis de investigación.

**CAPITULO I**

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

## **Introducción**

En este primer capítulo se comenzará por hacer referencia a uno de los principios más importantes del derecho como es la autonomía de la voluntad. Esta es una máxima dentro del derecho que se encuentra reconocido a nivel constitucional como también convencional la cual permite que la persona pueda gozar de un espacio en donde conseguir su autodeterminación, siempre que ello no resulte contrario ser de carácter absoluto.

Se iniciará este capítulo buscando otorgar una definición que permita comprender el real alcance de la autonomía de la voluntad y posteriormente, se analizará lo que la Constitución Nacional, como ley suprema, establece en torno a la regulación de este derecho.

En los últimos tiempos ha sido un tema muy cuestionado y abordado desde múltiples perspectivas el hecho de poder decidir respecto al propio cuerpo y más aun cuando se trata de menores de edad. Es por lo expuesto, que en este tercer punto se analizará la autonomía de la voluntad respecto al propio cuerpo.

### **1.1. Concepto de autonomía de la voluntad**

Al hacer referencia a la autonomía de la voluntad en un primer momento puede presentarse como una expresión hasta contradictoria si se lo observa desde la perspectiva de que la voluntad siempre emana de la autonomía de la persona, de lo contrario, se estaría haciendo referencia a una coacción que resultaría una imposición.

Autonomía en palabra que tiene sus raíces en el latín y se encuentra formada por dos partes, por un lado “*autos*” que quiere decir propio y por otro, “*nomos*” que es ley (Garay, 2003). Si se intentara dar una definición de autonomía con a razón de lo antes expuesto podría sintetizarse en que es la posibilidad que tiene la persona de darse sus propias leyes dentro del marco de su intimidad.

La autonomía de la voluntad puede ser definida al sostenerse que es: “la capacidad del individuo de darse su propia ley y que si no afectan derechos de terceros, debe ser respetada por el Estado” (Donna, 2006, p.50). El individuo dentro de un marco de intimidad que le concede el Estado puede ser capaz de dictarse sus propias normas y regirse a partir de ellas. Esta autonomía de la voluntad es un derecho que permite que el individuo sea libre de crear las reglas con las que quiere que se rija su vida y a partir de ellas desarrollar su proyecto sobre el cual basará su forma de vivir.

La autonomía de la voluntad es un principio que tiene su génesis en la teoría kantiana donde se pensaba que la autonomía de la voluntad privada consistía en “determinarse siempre de tal suerte que la voluntad pueda considerar las máximas que rigen su elección como leyes universales” (Zannoni, 2007, p.25).

Para Kant el principio de autonomía de la voluntad o también conocido como libertad jurídica planteaba la idea de que el hombre debía ser considerado como un ser pensante y que podía en base a su racionalidad decidir y actuar en consecuencia. Se consideraba que el hombre podía presentarse como el gobernador de su propia vida y que solamente él era capaz de establecer aquellas cuestiones que podían llegar a afectarlo. Si una decisión tomado por el mismo hombre era considerada como buena no existía otra influencia que pudiera establecer lo contrario (Donna, 2006).

Si bien puede reconocerse que la teoría esbozada por Kant no resulta tan desacertada a pesar de los años que han pasado, debe de decirse que el hombre puede autodeterminarse conforme a sus propias decisiones pero no de una manera absoluta. La autonomía de la voluntad al ser un derecho inherente a la persona humana resulta imposible de tener carácter absoluto, ya que encuentra sus limitaciones en el orden público, la moral y los derechos de terceros.

Locke dentro de su moralidad también presentó una teoría respecto a la autonomía de la voluntad y consideraba que el hombre es un ser libre por naturaleza que no puede vivir bajo las reglas que otros le imponen, es por ello que es él mismo quien las crea y conforme a ellas vive. Esta fue una teoría bastante cuestionada ya que permitió que tuviera su inicio la idea de los derechos negativos, los cuales aludían a la idea de que la persona tiene el derecho a que nadie pueda interferir en su vida como tampoco así en sus decisiones (Garay, 2003). Respecto a esta teoría no se la comparte de manera absoluta justamente porque al no existir limitaciones el hombre podría hacer lo que quisiera y en muchas ocasiones esto afectaría a terceros.

Al reconocerse que el hombre goza de autonomía de la voluntad, aunque sea de manera relativa, se está dando importancia a la persona, como ser humano y respetando dos importantes derechos de los que también goza como son: la libertad y la intimidad. Los cuales como lo entienden Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya (2009, p.154) son los que: “valoran la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y vedan la interferencia en esa libre elección”.

Respecto a esto la jurisprudencia ha establecido la existencia de un vínculo entre la autonomía de la voluntad y la libertad de la persona y lo ha dejado plasmado al argumentar que:

El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana<sup>1</sup>.

De alguna manera, puede considerarse que la autonomía de la voluntad faculta al hombre para que pueda dictarse sus propias reglas, vivir conforme sin que el Estado o terceros puedan tomar intervención. Esto sucederá siempre que esa autonomía de la voluntad no resulte perjudicial respecto a otros y sus derechos.

## **1.2. La autonomía de la voluntad en la Constitución Nacional**

La autonomía de la voluntad puede considerarse como un permiso que desde el ordenamiento jurídico se le permite a las personas para que puedan autodeterminarse y convertirse en quien toma las decisiones respecto a su vida. Es por ello que “El Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CIDH. “Artavia Murullo vs. Costa Rica”. (2012)

<sup>2</sup> CSJN “Bazterrica”(1986)

El principio de autonomía de la voluntad encuentra su regulación dentro de la Constitución Nacional en la primera parte del artículo 19 donde se regula que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Este artículo en su primera parte es donde alude a la existencia de derechos propios de la persona humana como son la intimidad y la privacidad, los cuales al confluir van a dar por resultado a la autonomía de la voluntad. La cual mientras la persona actúe conforme a lo que establece el orden público y no perjudiquen a terceros no mediará intervención por parte del Estado en esa zona de privacidad. Gelli (2001, p.167) sostiene que la normativa en esta parte “reconoce y protege un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado y de terceros, al que sólo se puede acceder si lo abre voluntariamente la persona involucrada”.

En cambio, dentro de su segunda parte en que establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”<sup>3</sup>, fija un precepto en donde se exige que se cumpla aquello que la ley manda y que lo que no se encuentra prohibido pueda realizarse sin ningún tipo de privaciones.

Puede reconocerse que el artículo 19 de la Carta Magna es donde confluyen y se aúnan los principios de reserva y de la libertad que tiene la persona respecto a su autodeterminación. Mediante el principio de reserva se logra que la persona humana pueda gozar de un espacio de intimidad en donde sus conductas no resultaran perseguidas por el Estado, debido a que siempre que no resulten contrarias a la moral,

---

<sup>3</sup> C.N. Art 19

el orden público y los derechos de terceros el Estado se encontrará impedido de juzgarlas y quedará a conciencia de cada persona considerar si están bien o están mal. En cambio, cuando se transgreda el límite que la legislación establece el Estado podrá juzgar esas conductas. Frente a esto Nino (2007, p. 441) sostiene que:

Una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, ni incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.

La normativa hace referencia a ese ámbito en donde la persona ejerce sus derechos a la intimidad y la privacidad pudiendo establecer sus propias reglas y hacerlo conforme a lo que voluntariamente decida. Muchas veces cuando se intenta comprender la primera parte de la normativa suele presentarse una complicación al hacer referencia a las “acciones privadas de los hombres”, frente a esto debe entenderse que se hace referencia a todas aquellas acciones que la persona es capaz de realizar voluntariamente y que le permiten decidir la elección de su vida.

Debe tenerse en cuenta que las acciones privadas pueden ser tanto externas como internas. Las primeras son aquellas que si bien emanan de la voluntad de la persona de manera privada pueden llegar a ser de conocimiento público. En cambio, las acciones privadas internas se originan en el interior de la persona y finalizan en ella misma (Sagues, 2003).

### 1.3. Autonomía de la voluntad y el derecho sobre el cuerpo

La autonomía de la voluntad puede ser representada de alguna manera como el poder con el que cuenta la persona para decidir y dentro de esas decisiones también están las que quiera realizar sobre su propio cuerpo. Puede hacerse referencia simplemente a la posibilidad de querer ser donante de órganos, de desear la práctica de una anticoncepción quirúrgica o también hacerlo respecto a la posibilidad de morir dignamente.

Aunque el Código Civil y Comercial otorgue la posibilidad de que se le respete la autonomía de la voluntad personal también establece los actos de disposición que se encuentran prohibidos:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable<sup>4</sup>.

De la normativa se desprende la posibilidad con que cuenta toda persona de poder disponer de su cuerpo, pero frente a ese derecho personalísimo también se crea una limitación a los fines de poner en resguardo la dignidad humana. Tal como lo afirma Adorno (2012, p. 232) el deseo de una persona de disponer de su cuerpo no

---

<sup>4</sup> CCyCN Art 56

resulta suficiente cuando “esto causa una disminución permanente de su integridad. Así por ejemplo, ni la voluntad de vender un riñón, ni el deseo de verse amputado un miembro sano sin ninguna necesidad terapéutica, se consideran compatibles con la dignidad humana”.

La autonomía de la voluntad respecto al cuerpo tiene principalmente su fundamento en la dignidad de la persona, la cual puede ser analizada desde una doble perspectiva: moral y ontológica. Frente a esto Viar (2017, p. 1) entiende que:

En virtud de la dignidad ontológica, respetamos a cada persona humana desde la concepción por el solo hecho de serlo. En virtud de la dignidad moral, a medida que la persona crece y va madurando, va desplegando su libertad para desarrollarse y lograr sus fines. Esa libertad puesta en actos puede ser entendida como autonomía, en el sentido de una capacidad de gobierno sobre la propia persona en la toma de decisiones.

A los fines de que pueda disponerse del propio cuerpo la persona debe de prestar su consentimiento, el cual resulta “admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”<sup>5</sup>.

### **Conclusión parcial.**

La autonomía de la voluntad es un principio que permite a la persona humana tener un espacio o ámbito en donde tomar sus propias decisiones sin que pueda existir intervención por parte del Estado o de terceras personas que puedan condicionarlas.

---

<sup>5</sup> CCyCN art. 55

Dentro de este espacio la persona logra establecer normas que le permitan regir su vida conforme a ellas, convirtiéndose en su propio gobernante. El hombre crea para sí determinadas reglas, se rige por ellas y alcanza la autodeterminación.

La autonomía de la voluntad permite que el hombre pueda actuar en libertad, motivado por sus propias inquietudes y que esa libertad no vaya tener que ser regida por ningún formalismo. El hombre podrá manifestar su voluntad de múltiples maneras.

Esta posibilidad con la que cuenta la persona humana de autodeterminarse no resulta ilimitada, sino que más bien es de carácter relativo, ya que podrá gozar de ella siempre que no se vulneren límites establecidos constitucionalmente como son la moral, el orden público y los derechos de terceros. Cuando existen una transgresión de límites el Estado interfiere en las decisiones del hombre y podrá juzgarlas, de lo contrario, solamente podrán ser juzgadas bajo la mirada de Dios y del propio hombre que mediante su voluntad determinará lo que considera que esta bien o mal.

El Código Civil y Comercial establece que el hombre pueda tener autonomía respecto a las decisiones que toma sobre su cuerpo pero ante ello deberá de prestar su consentimiento el cual puede ser revocado. La autonomía sobre el cuerpo va a depender de las decisiones que la persona tome respecto al mismo pudiendo incluso hasta decidir en determinadas situaciones morir de manera digna.

**CAPITULO II**

**DERECHOS PERSONALISIMOS**

## **Introducción**

Después de mucho tiempo de esperar que pudiera concretarse esta realidad el Código Civil y Comercial logra unificar a los derechos personalísimos en un mismo cuerpo normativo y de esta manera dejan de encontrarse dispersos en distintas normativas del derecho vigente. En este capítulo se procederá a conocer los derechos personalísimos, no solo a los fines de tener una definición sobre los mismos, sino que también para que pueda delimitarse su alcance.

Para ello se presentarán distintas definiciones doctrinarias sobre los mismos, se analizarán sus características principales y se procederá a conocer las razones de peso que permitieron su incorporación al código de fondo.

### **2.1. Concepto.**

El derecho vigente cuenta con un sinnúmero de normas que permiten amparar los derechos que resultan propios de la persona humana, todos aquellos derechos que son considerados como fundamentales para su existencia como persona. Dentro de estos derechos fundamentales se encuentra la vida, la libertad, la salud, entre tantos otros que están directamente vinculados con la dignidad humana. El derecho civil es el que regula estos derechos fundamentales a los cuales se los conoce como personalísimos.

Los derechos personalísimos o también llamados derechos de la personalidad "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que

pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral" (Rivera, 2010, p.704). Estos derechos subjetivos resultan propios de la persona humana por su simple condición de ser tal.

Por otra parte, Font (2016, p.111) al referirse a los derechos personalísimos considera que son "aquellos derechos extrapatrimoniales cuyo fin consiste en proteger la personalidad humana en sus distintos aspectos. Son libertades y derechos propios del hombre, sin los cuales no sería posible su existencia como tal".

Es decir que los derechos personalísimos no se encuentran dentro del patrimonio de la persona y tienen como objetivo brindar protección a la personalidad. Resultaría casi ilógico pensar que a los derechos personalísimos pudiera otorgárseles un valor cuando en realidad el mismo no podría dimensionarse debido a la importancia que tales derechos revisten.

Los derechos personalísimos han sido considerados como que constituyen una forma preventiva de amparo que cuenta con dos sentidos: primero que sean las personas las que puedan tener concomitancia de que existen estos derechos personalísimos de los que ellos son titulares y por otra parte, realizar una demarcación respecto a la obligación estatal de garantizarlos y de que no pueden bajo ningún punto de vista resultar vulnerados (Mendoza Martínez, 2014).

En los últimos tiempos los derechos personalísimos han logrado posicionarse de una forma mucho más estable dentro del reconocimiento de la dignidad humana y han logrado que la persona se constituya como el eje principal del ordenamiento

jurídico, desplazando de esta manera a la idea que sostenía que debía ser el patrimonio ese eje fundamental. Los derechos personalísimos cuentan con la particularidad de ser innatos de la persona humana, acompañándola durante toda su vida y permitiendo que pueda gozar al máximo de sus atributos a los fines de lograr su realización personal y el amparo de su dignidad.

Los derechos personalísimos, se sustentan principalmente por aquellos principios tanto constitucionales como convencionales que ponen la protección en la persona humana y principalmente en su simple condición de tal.

## **2.2. Características**

En el punto anterior y sin intención de adelantar las características con las que cuentan los derechos personalísimos se han dejado entrever algunas de ellas, como son: su carácter extrapatrimonial, el hecho de ser innatos de la persona humana y el ser vitalicios. En esta parte de la investigación ahondaremos un poco más en los mismos a los fines de poder delimitar más claramente estas características que le resultan propias.

Primeramente resulta importante poner de relieve que no siempre ha existido una interpretación consensuada respecto a los derechos personalísimos, ya que las líneas doctrinarias se encuentran divididas respecto a considerar si son bienes o atributos de la persona, de lo que surge entonces que no podría considerárselos como derechos subjetivos y esa es una de las principales características que se les atribuye.

Córdoba y Sánchez Torres (1996) sustentan la idea de que los derechos personalísimos no se serían derechos subjetivos principalmente porque por ejemplo la salud, el honor, la vida y el cuerpo son bienes que se encuentran tutelados y que frente a ellos existe una obligación de no vulneración y amparo.

Si se toma la definición que Rivera (1994.p.7) realiza respecto a los derechos personalísimos permite que de modo claro queden al descubierto todas sus características:

Las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por el Estado no por otros particulares porque ello implica un desmedro o menoscabo de su personalidad.

Lo primero que denota de esta definición es que el autor alude a los derechos personalísimos como prerrogativas, lo que indica que los considera como privilegios de la persona que carecen de contenido extrapatrimonial. Los derechos personalísimos carecen de la posibilidad de estar dentro de los elementos susceptibles de ser comercializados, pero ello no representa un impedimento para que frente a su quebrantamiento los mismos no puedan ser resarcidos (Astobiza, 2018).

Los derechos personalísimos resultan innatos, ya que acompañan a la persona durante toda su vida y le garantizan su amparo, no se requiere de ningún requisito especial para que esto sea así, ya que basta con el simple hecho de ser persona para poder gozar de ellos. Al ser derechos propios de la persona también guardan la

característica de ser inherentes, ya que no pueden separarse de la persona. También resultan intrasmisibles porque el ejercicio de los mismos resulta propio de su titular.

En cuanto al carácter vitalicio de los derechos personalísimos existen dos corrientes que abordan el tema. Si bien ambas coinciden en que son derechos que se encuentran presentes desde el inicio de la vida y hasta la muerte, una de estas corrientes argumenta que esos derechos podrían continuar aun después de la muerte si recaen en cabeza de los herederos de causante, principalmente en aquellos casos en donde se hubieran iniciado acciones con antelación a la muerte (Rivera y Crovi, 2018).

Los derechos personalísimos resultan ser *erga omnes* es decir que son oponibles contra todos y cuando así lo amerite podrán ser empleados ante una situación jurídica de manera preventiva.

Como todos los derechos, los personalísimos no resultan absolutos, sino que se encuentran condicionados por “las exigencias del orden moral y las del orden público, que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común” (Castán Tobeñas, 1952, p. 22).

### **2.3. La recepción de los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial**

Los derechos personalísimos tienen su verdadero génesis en la dogmática que surge una vez concluido las grandes guerras mundiales donde los países comienzan a dar relevancia a los derechos humanos y se entiende que existen una serie de derechos que resultan propios de la persona por el simple hecho de ser tal. Esta es la doctrina

que inspira a la República Argentina frente al reconocimiento de los derechos de la personalidad (Rivera y Crovi, 2018).

Con anterioridad al año 2015 los derechos personalísimos se encontraban dispersos en diferentes fuentes del ordenamiento positivo, pero carecían de un cuerpo normativo que los unificara. Tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial esa tan ansiada unificación dejó de ser un sueño para tornarse en una realidad tangible que permite una más fácil identificación de la normativa y de la comprensión en cuanto a la regulación de los derechos de la personalidad.

El logro que actualmente puede vivenciarse no ha resultado una tarea sencilla de desarrollar, ya que numerosos han sido los intentos por alcanzar este sueño. Pero en los últimos tiempos ha resultado importante el avance que se ha dado respecto al reconocimiento de los derechos individuales y la autonomía de la voluntad ha ido ganando cada vez más espacio dentro de un ámbito que parecía encontrarse casi cerrado para que la persona fuera capaz de autodeterminarse y lograr por sí mismo establecer las reglas que marcarían su vida.

La incorporación de los derechos personalísimos al Código Civil y Comercial se debe ante todo al reconocimiento de la dignidad humana y la protección que debe de recibir por parte del Estado.

### **Conclusión parcial**

Los derechos personalísimos son aquellos que corresponden a la persona humana por su simple condición de ser tal. Estos derechos durante mucho tiempo se encontraron sin ser regulados y fue recién con el reconocimiento de los derechos humanos que comenzó a otorgarse mayor primacía reconociendo a la persona como el centro del ordenamiento jurídico y alrededor de la cual todo debía girar.

Los derechos personalísimos permiten brindar protección a bienes que resultan esenciales en la vida de la persona humana y que el Estado busca garantizar. La incorporación de los derechos personalísimos al Código Civil y Comercial se presenta como un verdadero reconocimiento de los derechos de la persona humana.

La realidad indica que sería muy difícil que la persona pudiera desarrollarse como tal sin contar con derechos innatos y vitalicios que la ampararan a lo largo de su vida y que le permitieran de alguna manera desarrollar su vida ante el amparo de la ley.

**CAPÍTULO III**

**LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO**

## **Introducción**

En este último capítulo se comenzará por delimitar el concepto de niño, si bien puede parecer un término de uso cotidiano y de simple entendimiento resulta interesante conocer lo que la legislación y la doctrina han pronunciado al respecto y se establecerá la distinción que existe respecto a los adolescentes.

Seguidamente se procederá a hacer referencia a la autonomía progresiva del niño, esta es una capacidad que el niño va adquiriendo a medida que comienza a desarrollarse y adquirir un mayor grado de autonomía que le permite tomar decisiones respecto a su vida conforme su propia voluntad y asumiendo las consecuencias que de ellas nacen.

Se analizará seguidamente la manera en que la autonomía progresiva del niño y adolescente es considerada respecto a las decisiones que tome sobre su propio cuerpo y también se tomará en cuenta lo que dispone el Código Civil y Comercial respecto a este tema y la importancia que ha tenido la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

### **3.1. Diferencia entre niño y adolescente**

A lo largo de los años la mirada que se ha tenido sobre el niño ha ido sufriendo una evolución positiva, dirigida principalmente al reconocimiento y respeto por sus derechos como así también sobre el trato que deben de recibir por parte de la sociedad

en que viven. Al deshilar el cordel de la historia puede verse como el niño ha tenido que atravesar distintas maneras de ser entendido.

Dentro de la sociedad romana el niño vivía bajo el poder autoritario del *pater familias* y no contaba con ningún tipo de poder para decidir. Era el *pater* quien gobernaba la vida del niño como la de su madre. Era tal el poder que el *pater* tenía sobre sus hijos que al nacer el niño lo ponían en su presencia y si se inclinaba para alzarlo el niño tenía derecho a la vida, de lo contrario debía morir (Bolo, 2018). Durante etapas posteriores de la historia el niño no recibía suficiente valoración y hasta incluso llegó a tratárselo de la misma manera que a una persona adulta, sin tener en cuenta sus necesidades y sus capacidades.

Como se presentó en capítulos anteriores, dentro de la República Argentina también se ha tenido un concepto bastante rígido sobre lo que es un niño y que se ha logrado flexibilizar en las últimas décadas. El niño como objeto de tutela por parte del Estado, alude a la idea de un menor que no se encuentra capacitado a ejercer sus derechos, que debe de ser protegido y guiado.

El gran cambio, sobre la idea de niñez se dio con la Convención sobre los Derechos del Niño y las distintas leyes que el Estado ha sancionado en busca de continuar con las directivas que establece la Convención. Esta transformación se presenta al reconocer al niño como sujeto de derechos al que debe de tratárselo como una persona que a medida que madura y adquiere un mayor discernimiento irá teniendo mayor autonomía en sus decisiones.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha logrado otorgar una respuesta que desde mucho tiempo resultaba necesaria dentro del ámbito del derecho y que surgía a razón de la falta de consenso respecto a lo que debe comprenderse por niño. Frente a esto los pensamientos se encontraban bastante divergentes y la Convención puso luz al establecer en su artículo primero que: “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>6</sup>. Entonces, toda persona hasta cumplir los dieciocho años debe ser tratado como un niño y que se le respeten sus derechos. La jurisprudencia respecto a lo que debe comprenderse por niño ha entendido que:

Cabe recordar que la Convención define a los niños como ‘todo ser humano menor de dieciocho años de edad’ (cfr. art. 1o), de modo que no cabe duda alguna de que, de acuerdo al criterio del Comité, se trata de asignar a los menores de dieciocho años un derecho subjetivo a acceder a la información, a participar y a tomar decisiones. La base para adoptar esa posición es, justamente, la interpretación de los derechos a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los conciernen (art. 11), a la libertad de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo (art. 13), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14) y a estar libre de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), además del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, incluyendo el desarrollo de la atención sanitaria preventiva<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CDN ART 1

<sup>7</sup> TS CABA. “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 480/00. (2013)

La Convención en el artículo primero hace una importante salvedad al establecer que se es niño hasta los dieciocho años salvo que la ley aplicable permita alcanzar la mayoría de edad con antelación, así que si en algún país la mayoría de edad se alcanza a los dieciséis años deberá tomarse esa edad como límite para considerar a una persona niño.

Respecto a la edad fijada por la Convención, Fraquelli y Baños (2012, p. 3) han sostenido que:

Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que "corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de "menor" se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas.

En Código Civil y Comercial en el artículo 25 si bien no se refiere a lo que debe entenderse por niño si regula que: "menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años". De esta manera, si se toma en cuenta lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño podría constituirse una suerte de silogismo que daría a entender que es niño todo ser humano menor de dieciocho años y por ende, es menor de edad.

Dentro de lo que el código de fondo establece como menor de edad diferencia el adolescente que es "la persona menor de edad que cumplió trece años". Puede

considerarse que los trece años constituyen un límite entre lo que sería la infancia y la adolescencia sin que por ello deba dejar de considerárselos niños (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Al reconocerse al adolescente se deja atrás la distinción que realizaba el Código Civil respecto a los menores de edad impúberes que eran los que tenían menos de catorce años y los denominados adultos cuando superaran los catorce años. Sobre esta denominación de adolescente que incorpora la codificación se ha sostenido que “implica una innovación, ya que la misma no está contemplada en la Convención sobre los derechos del Niño” (Abella, Armella y García, 2015, p. 107).

Al referirse a la adolescencia tal como lo establece el Código Civil y Comercial Highton (2015, p.4) sostiene que:

Es esencialmente una época de cambios. Es la etapa que marca el proceso de transformación de "Niño" en adulto, es un período de transición que tiene características peculiares. Se llama adolescencia, porque sus protagonistas son jóvenes que aún no son adultos pero que ya no son niños. Es una etapa de descubrimiento de la propia identidad (psicología) "identidad psicológica, sexual" identidad sexual...) así como de la (filosofía y psicología) "autonomía individual. Los jóvenes experimentan un gran interés por cosas nuevas, el conocimiento y la búsqueda de independencia.

Para el ordenamiento jurídico nacional “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”<sup>8</sup>, pero establece una importante decisión respecto a los mayores de trece años a los que considera adolescentes. Esta modificación que incluye la codificación genera en torno a los adolescentes “una presunción de madurez para

---

<sup>8</sup> CCyCN Art 25

determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad” (Herrera, Caramelo y Piccaso, 2015, p. 66).

Esta importante diferencia entre niño y adolescente que realiza el Código permite que la legislación nacional pueda adaptarse a los estándares internacionales que regulan los derechos de los niños y adolescentes. La distinción realizada por el Código no resulta totalmente nueva, ya que con antelación la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud también la había marcado cuando establecía que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”<sup>9</sup>.

Otro ejemplo de la preexistencia entre niño y adolescente lo establecía el artículo segundo del Decreto Reglamentario 1089/2012 en donde se sostenía que: “Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores”.

Esta diferenciación permite dejar en claro que entre el niño y el adolescente existe un grado distinto de discernimiento y que el mismo debe ser tenido en cuenta. El adolescente al tener un grado mayor de desarrollo cognitivo es capaz de observar las cosas desde otra perspectiva y tomar decisiones conforme a sus intereses.

No solo la República Argentina ha optado por establecer esta distinción sino que también son muchas las legislaciones a nivel mundial que establecen dentro de la niñez una categoría de adolescente. Por citar algunos ejemplos en Uruguay la ley

---

<sup>9</sup> Ley 26.529 Art 2

17.823 en su primer artículo se sostiene que “se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad”. En cambio, en Brasil y Costa Rica se considera que es niño la persona hasta los doce años y de los doce a los dieciocho entra dentro de la categoría de adolescente.

### **3.2. La autonomía progresiva del niño**

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se comienza a establecer una nueva modalidad en cuanto a la capacidad de la persona, permitiendo que a medida que el niño se desarrolla pueda ir adquiriendo un mayor grado de capacidad, el cual se da de manera progresiva (Fillia, 2017).

Lo que se conoce como autonomía progresiva o capacidad progresiva no es otra cosa que “la capacidad del niño como un camino hacia la adultez en el que se le asegura, en forma gradual, el ejercicio por sí mismo de la mayor cantidad de derechos conforme la evolución de sus facultades” (Valente, 2016, p.2).

Los menores de edad van adquiriendo una mayor autonomía en la medida en que van desarrollándose tanto física como psicológicamente y pueden comprender las decisiones que toman respecto a su vida y los efectos que las mismas pueden tener. La edad y la madurez van a ser los parámetros que se van a tener en cuenta para determinar la autonomía progresiva en los niños y adolescentes. Respecto a esto los tribunales han comprendido que: “no será posible atar la capacidad de hecho

exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiere el niño”<sup>10</sup>.

El Código Civil y Comercial en el artículo 639 inciso b establece como principio a “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”, de esta manera los niños y adolescentes podrán ir tomando sus propias decisiones recurriendo cada vez menos a ser representados por sus padres.

Sobre lo antes expuesto Krasnow, Di Tullio Budassi y Radyk (2015, p. 282) entienden que:

La 'responsabilidad' implica el ejercicio claro de una función en cabeza de ambos progenitores y que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente; y se destaca que la mencionada autonomía progresiva de los niños conforma un 'límite' a las atribuciones de los padres.

Pero, más allá de lo expuesto, resulta una obligación de los padres atender al reconocimiento de la capacidad progresiva de sus hijos, y sostiene Medina (2014, p.4) que recae sobre los progenitores el deber de no equivocarse “en como reconocer la autonomía, y darles más capacidad que la que estén preparados, porque si erran en ello

---

<sup>10</sup> C. Nac. Civ., sala B, "K. M y otro c/ K., M. D. s/ autorización" (2009)

y el menor comete un acto ilícito los progenitores son objetivamente responsable sin que puedan liberarse demostrando la falta de culpa”.

La autonomía progresiva del niño tiene su base en la Convención sobre Derechos del Niño, la cual presenta por objeto el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos y que se asegure la protección de los mismos.

En su artículo 5 de la Convención se establece que:

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

La Convención ha cambiado la perspectiva respecto a la que se tenía sobre los niños dejando de considerarlos como objetos de protección estatal para pasar a ser considerados como verdaderos sujetos de derechos al mismo nivel del que tienen quienes ya ha llegado a la mayoría de edad. Como lo entiende Herrera (2015, p. 4) la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido que al niño:

Se le debe dar la debida participación en los procesos que conciernen a su persona e intereses, sin colocarlo en casilleros estancos sino más bien en una posición dinámica dentro del cauce procesal que lo puede encontrar como "parte" en el sentido tradicional o como portante de un núcleo de intereses cuya atención se recepta sólo a través de ser oída y ponderada su palabra.

La Convención permitió que los Estados Partes puedan respetar la responsabilidad parental que tienen los progenitores respecto a sus descendientes y que vayan cediendo autonomía al hijo conforme sea su autonomía (Clusellas, 2015).

El niño es ante todo persona y esa persona se encuentra en un camino que lo llevará hacia el desarrollo de su personalidad. Pero mientras alcanza su completa capacidad debe de recibir protección y se le debe ir guiando en ese camino. La autonomía progresiva puede ser entendida como un camino que el niño o adolescente va constituyendo hacia el alcance total de su autonomía, la cual le permitirá hacer uso de la misma conforme a su voluntad siempre que no vulnere los límites que establece el ordenamiento jurídico.

### **3.3. La autonomía progresiva y el poder decidir sobre el propio cuerpo**

En cuanto a las decisiones que los niños y adolescentes tomen respecto a su propio cuerpo el artículo 26 del Código Civil y Comercial dispone:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el

adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El artículo en análisis se presenta como clave para poder determinar el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. Si bien desde la doctrina se ha considerado que el mismo se encuentra signado de errores respecto a la interpretación de los principios constitucionales y convencionales que hacen al tema de la capacidad. Dentro de las principales falencias que se le encuentran al artículo 26 del Código Civil y Comercial está la de contradecirse con otras normas del mismo cuerpo legislativo y no seguir con el modelo diseñado por la Convención de sobre los Derechos del Niño (Abella, Armella y García, 2015).

El artículo primeramente establece como regla que la persona menor de edad va a ejercer sus derechos mediante la representación que realizan sus progenitores o representantes legales. Lorenzetti (2014) sostiene que en el primer párrafo de la normativa se alude directamente a la incapacidad de obrar y que la manera de suplir esta incapacidad se encuentra en que sean los progenitores de los menores no emancipados o sus tutores quienes la desarrollen.

Tal como lo afirma Abella, Armella y García (2015, p. 111): “Este primer párrafo determina a la representación como el medio en virtud del cual los menores de edad pueden ejercer derechos”. Como podrá observarse seguidamente esta regla que

establece primeramente el artículo va a carecer de validez ante determinados actos que los adolescentes podrán realizar sin que medie la autorización de sus progenitores.

El artículo hace un importante reconocimiento al establecer que el niño goza de autonomía progresiva, la cual va a ir siendo adquirida de manera gradual con el paso de los años y con el nivel madurativo que vaya alcanzando. Asimismo, se reconoce que cuando existiese conflictos de intereses con sus representantes legales se podrá recurrir a la participación de asistencia letrada a los fines de lograr el consenso.

También se establece el reconocimiento del derecho con el que cuenta el menor de edad de poder ser oído en aquellos procesos judiciales que lo involucren de manera directa. Este derecho se encuentra establecido en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. 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 o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

También la ley 26.061 establece el derecho del niño a opinar y ser oído, en el artículo 24 y reconoce que tienen derecho los niños a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al

ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

En adelante se procederá a centrarse en el reconocimiento que la codificación realice respecto a la aptitud que los menores de edad tienen para decidir respecto a su propio cuerpo. Si bien se dijo que la representación de los progenitores es la regla, la primera excepción que el Código de fondo establece es aquella en donde fija que:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico<sup>11</sup>.

De esta manera, lo que el codificador quiso hacer es establecer el ejercicio que los menores de edad pueden tener respecto a los derechos personalísimos que tienen que ver con su salud y las disposiciones que pueden realizar respecto a su propio cuerpo. Dentro de los trece a los dieciséis años el adolescente podrá decidir por sí mismo respecto a esos tratamientos que no resulten invasivos, es decir, que no terminen por ser agresivos como por ejemplo una radiografía o una litotricia en donde se eliminan los cálculos renales.

En cambio, cuando se trate de procedimientos invasivos como es el caso de una cirugía o una práctica de quimioterapia será necesario que el adolescente preste su

---

<sup>11</sup> CCyCN Art 26

consentimiento pleno, libre e informado. El consentimiento tal como lo establece el artículo 5 de la ley 26.529 es: “La declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”.

Puede que frente a esta situación en que se encuentra en juego la salud, la vida o la integridad física del adolescente exista una falta de consenso en la decisión que tomen los progenitores y lo que de acuerdo a su autonomía progresiva pueda considerar el adolescente, en estos casos la opinión brindada por el profesional de la salud será la que se tomará en cuenta al momento de decidir. Lorenzetti (2014) considera que siempre debe de primar el interés superior del adolescente al momento de tomar una resolución respecto en el conflicto que pueda darse entre este y sus progenitores debido a que lo más relevante es el bienestar del adolescente y su derecho a vivir.

La otra excepción que establece el artículo 26 respecto a la representación de los progenitores se refiere a que “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. En estos casos no existirá intervención de otra persona al momento de decidir y el adolescente podrá optar por aquellas decisiones que sienta resultan más adecuadas para su plan de vida.

Como lo afirman Rivera y Medina (2015) la codificación plantea una mayoría de edad anticipada que permite la toma de decisiones respecto del propio cuerpo en donde la persona mayor de dieciséis años cuenta con la posibilidad de decidir por sí mismo respecto de su propio cuerpo sin que esa decisión pueda ser cuestionada, ya que

lo realiza haciendo uso de su autonomía personal y logrando así su propia autodeterminación.

### **3.4. La ley 26.061 y los derechos de los niños**

Desde el año 2005 se encuentra vigente dentro del derecho positivo nacional la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. El surgimiento de esta ley marcó una diferencia dentro del sistema legislativo, ya que permitió dejar atrás la Ley de Patronato, la cual imperaba desde el año 1919. La nueva legislación como lo establece Reyes (2012, p. 23) puso su eje en:

La “doctrina de protección integral de la adolescencia”, receptó la concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos dignos de reconocimiento especial de derechos en su condición de ser humano en desarrollo, eliminó toda posibilidad de “disposición tutelar” y consagró el principio rector en la materia: “el interés superior del niño.

Con la sanción de la ley 26.061 el sistema normativo se comienza a adaptar a los lineamientos que los Tratados Internacionales establecen respecto a los derechos y la manera en que deben de ser tratados los niños y adolescentes. Se reconoce que la ley toma como antecedente directo a la Convención sobre los Derechos del Niño, y se deposita en ella como lo afirma Beloff (2006, p.31) “la esperanza -compartida por muchos- de que se produzca la traducción largamente reclamada en el plano jurídico doméstico de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyéndose en un instrumento eficaz”.

La Ley 26.061 permitió de cierta forma “incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales a favor de las niñas, niños y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten” (Kielmanovich, 2005, p. 1). La ley 26.061 se encuentra vigente dentro de todo el territorio nacional y guarda la característica de tener por objetivo principal brindar:

Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes para 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. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño<sup>12</sup>.

Uno de los reconocimientos más importantes que realiza la ley 26.061 es definir al interés superior del niño, el cual es uno de los principios rectores más trascendentales en cuanto a niñez y adolescencia se refiere. Para la ley el interés superior del niño es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”<sup>13</sup>. De cierta forma debe comprenderse que el interés superior del niño es una máxima del derecho que tiene la función de priorizar los derechos del niño cuando exista un conflicto de intereses en que pueda verse comprometido, priorizando los intereses del niño por sobre los de los adultos. La jurisprudencia al referirse a este principio ha argumentado que es:

La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de

---

<sup>12</sup> Ley 26.061 Art.1

<sup>13</sup> Ley 26.061 Art 3

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 por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño<sup>14</sup>.

Otro de los reconocimientos que realiza la ley 26.061 y que resulta importante para el tratamiento del tema que se aborda en este trabajo final de graduación es la autonomía progresiva del niño o adolescente. Al fijar los derechos que los menores de edad tienen la legislación los establece dentro de ella de la siguiente manera:

- a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales<sup>15</sup>.

Si bien se considera que la ley 26.061 es una de las más completas respecto a la protección de los niños y adolescentes también se realiza una fuerte crítica tras haber omitido modificar la capacidad de los menores de edad (Lafferriere, 2017).

### **Conclusión parcial**

La autonomía progresiva del niño, niña y adolescente es uno de los pilares sobre los que se sustenta el instituto de responsabilidad parental. Los progenitores

---

<sup>14</sup> CSJN, Fallos: 328:2870, 331:2047, causa 157.XLV I “NN o U., V. s/ protección de persona”, 12/06/2012.

<sup>15</sup> Ley 26.061 Art 3

tendrán el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad, pero en la medida que el hijo va adquiriendo un mayor grado de madurez los progenitores les van a ir cediendo espacio para que sean ellos quienes comiencen a tomar las decisiones que consideran que son las apropiadas para su vida.

Cuando el niño comienza a desarrollarse se va dando de manera automática la posibilidad de que pueda contar con nuevos instrumentos que le permiten tener una mejor comprensión respecto a sus actos y las consecuencias que pueden desarrollar. Esto es de alguna manera lo que se considera como autonomía progresiva, ya que el niño conforme a su grado de madurez va a poder discernir y decidir conforme a su voluntad. El niño al desarrollarse va a alcanzar un nivel madurativo que lo ayudará a tomar sus propias decisiones y esto también va a contribuir a que pueda en la adultez lograr su completa autodeterminación.

La autonomía progresiva del niño o adolescente es un proceso que se va adquiriendo de manera gradual conforme a su edad y la madurez cognitiva que vaya adquiriendo. Es por ello que resulta fundamental la compañía de los progenitores durante este proceso hacia la adquisición de la autonomía plena.

El artículo 26 del Código Civil y Comercial es una norma que primeramente establece como parámetro la representación de los progenitores frente a los actos que vayan a realizar sus hijos, pero posteriormente, deja de lado la regla al marcar una serie de excepciones en donde el hijo conforme a su edad y madurez podrá tomar decisiones respecto a su propio cuerpo.

En el artículo se reafirma que el niño, niña o adolescente va adquiriendo de manera progresiva una mayor autonomía y esto queda totalmente determinado al establecer una distinción entre el adolescente de trece a dieciséis años y el de dieciséis a dieciocho al cual considera como adulto frente a la toma de decisiones respecto de su propio cuerpo.

## CONCLUSIÓN FINAL

Llegado a este punto de la investigación es importante volver sobre la pregunta que le dio origen y cuestionarse si se ha logrado encontrar una respuesta. La pregunta e investigación consistía en conocer ¿Cuál es el alcance que debe darse al artículo 26 del Código Civil y Comercial respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo? Frente a esto se va a dar una breve respuesta para luego ahondar más en el tema. Partiendo de que la autonomía de la voluntad es la posibilidad que otorga el Estado de que el hombre pueda autogobernarse y crear para sí las reglas con las que quiere regir su vida, se puede decir que el alcance del artículo 26 del Código Civil y Comercial no resulta absoluto, ya que siempre va a tener como límites impuestos por el Estado el respeto por el orden público, la moral y los derechos de terceros.

La autonomía de la voluntad implica un ámbito de intimidad y privacidad en donde ni el Estado ni terceras personas tienen intervención y donde el hombre es libre de tomar sus propias decisiones conforme a lo que cree que es mejor para su vida. La persona adulta goza de un mayor grado de autonomía, mientras que los niños y adolescentes la van adquiriendo de manera progresiva.

En cuanto a los menores de edad la autonomía se va adquiriendo de manera progresiva por lo que resultarán importantes dos parámetros a tener en cuenta como son la edad y el grado de desarrollo madurativo. El Código Civil y Comercial reconoce esta autonomía y es por ello que lo aplica respecto a los derechos personalísimos,

aquellos que resultan propios de la persona por su simple condición de tal, como son la salud, el cuerpo, entre muchos otros.

La hipótesis de trabajo que se buscará demostrar consiste en reconocer que el artículo 26 del Código Civil y Comercial otorga un mayor alcance respecto a la autonomía progresiva del menor de dieciséis años frente a la toma de decisiones sobre su propio cuerpo por considerar que existe una madurez para la realización de determinados actos que permiten su ejercicio como si fuera una persona mayor de edad pero siendo aún un niño. Frente a esta hipótesis debe reconocerse que la misma ha sido comprobada de manera afirmativa, ya que si bien el artículo 26 del Código Civil y Comercial instituye primeramente la representación de los progenitores respecto a los actos de disposición que vayan a realizar sus hijos. Pero a medida que avanza en el contenido del artículo realiza un reconocimiento importante al establecer expresamente las excepciones en las cuales los menores de edad podrán tener disposición respecto a su cuerpo.

La autonomía progresiva es el punto de quiebre respecto al poder de disposición sobre el cuerpo que marca la codificación, para quienes tienen entre trece y dieciséis años permite decidir de manera autónoma sobre los tratamientos médicos no invasivos. En cambio, cuando el tratamiento resulte invasivo el menor deberá prestar su consentimiento y mediar acuerdo con los progenitores.

Respecto a los mayores de dieciséis años la codificación permite que se pueda decidir conforme a la autonomía de la voluntad como si fuera una persona adulta respecto al propio cuerpo, ya que reconoce que el adolescente a esa edad tiene una

mayor comprensión respecto a sus actos y a las consecuencias que pueden derivar de los mismos.

## ***BIBLIOGRAFÍA***

### *Doctrina*

Abella, Adriana, Armella, Cristina, García, Daniel y otros (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea

Andorno, Roberto (2012) *La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil Comercial*. Revista de Derecho de Familia de las Personas. Año IV, n° 7.

Astobiza, Daiana (2018) *El consentimiento como eximente de responsabilidad*. La Ley. Cita Online: AP/DOC/744/2018

Beloff, Mary (2006) *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la 'Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26061*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n. 33. Ed. LexisNexis -.Abeledo-Perrot.

Bobrosky, Javier; Capolongo, María A.; Garmizo, Michelle; Novelli, María S.; Parodi, María C.; Pitasny, Tatiana; Radcliffe, María S.; Krasnow, Adriana N.; Di Tullio Budassi, Rosana G.; Radyk, Elena B. (2016) *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Boló, Horacio (2018) *El niño y su educación en la Edad Media*. Disponible en: <http://www.quenotelacuenten.org/2018/03/16/nino-educacion-la-edad-media>.

Castán Tobeñas, José (1952) *Los derechos de la personalidad*. Madrid: RGLJ,

Clusellas, Eduardo (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado, anotado y concordado. Tomo I. Buenos Aires: Astrea

Córdoba, Jorge E. y Sánchez Torres, Julio C. (1996) *Derechos Personalísimos*. Córdoba: Ediciones Alveroni

Donna, Edgardo A. (2006) *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Buenos Aires: Astrea

Fillia, L. (2017) *La intervención del niño en el proceso judicial*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/11/2017

Font, Miguel A. (2016) *Guía de estudio. Civil Parte General*. Buenos Aires. Editorial Estudio

Fraquelli, Ileana y Baños, Alberto (2012) *Acerca de la edad de la inimputabilidad de los menores*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1239/2012

Gelli, María A. (2001) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley

Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Piccaso, Sebastián. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo I. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus.

Herrera, N. (2015) *Responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1586/2015

Kielmavonich, Jorge (2005) *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. La Ley.

Lafferrière, Jorge N. (2017) *La capacidad de ejercicio en el nuevo código civil y comercial: entre la autonomía y la protección*. La Ley. AR/DOC/591/2017

Lorenzetti, Ricardo (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni

Mendoza Martínez, Lucia A. (2011) *La acción civil del daño moral*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Nino, Carlos S. (2007) *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires. Astrea

Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel y Cenicacelaya, María (2009) *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni

Rivera, J. y Medina, G. (2018) *Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Rivera, Julio C (2012) *Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial*. Revista Pensar en Derecho. N° 0. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/derechos-y-actos-personalisimos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial.pdf>

Rivera, Julio y Covi, Luis. (2018) *Derecho Civil y Comercial. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Rivera, Julio y Medina, Graciela (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: La Ley

Vasile, V.; Reyes, F.; Perriello, A Y Olaeta, H (2012) *Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Un aporte hacia el desarrollo de políticas públicas en la materia*. Buenos Aires: Infojus

Viar, Ludmila. A. (2013). *Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna”* [en línea] Documento inédito perteneciente a la asignatura Bioderecho de la carrera de grado de Abogacía. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>

Zannoni, Eduardo A. (2007) *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea

### Legislación

Constitución Nacional de la República Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño

Código Civil

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

### Jurisprudencia

CIDH. “Artavia Murullo vs. Costa Rica”. (2012)

CSJN “Bazterrica”(1986)

CSJN, Fallos: 328:2870, 331:2047, causa 157.XLV I “NN o U., V. s/ protección de persona”, (2012)

C. Nac. Civ., sala B, "K. M y otro c/ K., M. D. s/ autorización" (2009)

TS CABA. "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 480/00. (2013)