

Comisión 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

“AUTONOMÍA PROGRESIVA Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS”

Autores: Patricio Jesús Curti* y Mariana Elisabeth Gonzalez*

Resumen:

El concepto de autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes preconizado por nuestras normas, supone su reconocimiento frente al ejercicio de los derechos personalísimos, ligados a la existencia misma del individuo y vinculados directamente con el ámbito de su desarrollo personal e integral.

El punto conflictivo se genera en aquellas personas menores de edad, que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente para ejercer por sí mismos estos derechos insusceptibles de ser ejercitados por otros. Con el fin de evitar que queden en expectativa, proponemos como alternativa posible la actuación de los progenitores o, en subsidio, del Ministerio Público, basada en el interés superior de estos sujetos plenos y desde una readecuación superadora del alcance de la representación.

1. Niños, niñas y adolescentes: abordaje al sistema actual de ejercicio de derechos

Tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (*en adelante, CDN*) se gesta una mirada diferente acerca de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes¹ (*en lo posterior, NNA*), superando la concepción de “objetos” para configurarse en “sujetos de derecho”-con todas las acepciones posibles-. En esta calidad, resulta crucial su participación en las múltiples decisiones que atañen a su vida, ya que como personas plenas, no siempre deberá esperarse que alcancen la mayoría de edad para ejercer los derechos que titularizan.

El desarrollo científico-técnico, cultural y social alcanzado por la humanidad va abriendo paso al reconocimiento de la “capacidad natural” de las personas y, consecuentemente, a la participación de los NNA en la determinación de su propio interés; un aspecto esencial que inevitablemente debe comportar un nuevo régimen de asistencia a las personas que aún no han arribado a la capacidad civil plena, garantizándoles de esta forma un efectivo ejercicio de sus derechos.

Cuando hablamos de NNA, nos encontramos ante sujetos que progresivamente van adquiriendo una mayor autonomía, desarrollando su voluntad, sus querencias, sus

* Abogado. Profesor Adjunto, Universidad de Palermo. Ayudante de 2º, Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

* Abogada. Alumna de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

¹ Esta Convención representa una nueva concepción en torno a la situación jurídica de las personas menores de edad. La mirada “tutelar y asistencialista” es sustituida por la de “protección integral”, a partir del reconocimiento de la persona menor de edad como verdadero “sujeto de derecho”. Sustentada en este paradigma, enarbola el principio del interés superior: premisa fundamental para la interpretación y la aplicación de todo el espectro de normas jurídicas.

intereses, sus emociones y afectos. En definitiva, conformando paulatinamente su personalidad; derivando en la facultad para tomar decisiones sobre asuntos que los afectan directamente.

El Código Civil y Comercial de la Nación (*en lo sucesivo CCyC*), siguiendo tales lineamientos, tomando como base el interés superior del niño y la autonomía progresiva (principios fundamentales en la materia), preceptuados en los artículos 3° y 5° de la CDN, y receptados por el artículo 3° de la Ley 26.061 de Protección Integral de los NNA; en su artículo 26 establece como principio general que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. Seguidamente, sin perjuicio de la regla trazada, refiere que si el NNA cuenta con edad y grado de madurez suficiente podrá ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

Como puede observarse, el CCyC prevé un sistema mixto, ya que por un lado establece un criterio rígido o herramienta objetiva que es la edad y, por el otro, un criterio flexible o herramienta subjetiva (a evaluar en cada persona en concreto), enrolándose de esta forma con la noción de progresividad en el ejercicio de los derechos.

Limitando nuestra mirada al tema tratado, nos parece importante señalar que la proyección externa que implica la ejercitación de estos derechos de la personalidad no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando y requiere una evolución en la medida que la persona va desarrollándose.

Bajo esta perspectiva, se debe analizar si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar².

Haciendo uso de la noción de “competencia”³ el CCyC en su artículo 26 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, estableciendo tres franjas etarias y brindando pautas genéricas al respecto: 1) niños y niñas por debajo de los 13 años, 2) adolescentes entre 13 y 16 y 3) adolescentes a partir de los 16 años.

Es dable destacar que en los dos últimos supuestos el ejercicio de estos derechos encontraría una posible solución, dado que, entre los 13 y los 16 años, 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 comprometan la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad, sin perjuicio de la facultad del adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada en el supuesto de que se gesticione un conflicto de intereses.

² Conf. a las valoraciones extraídas de: Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*El derecho del menor a su propio cuerpo*”, en *La persona humana*, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001, pág. 249 y sig.

³ La admisión de la posibilidad de NNA -tradicionalmente incapaces- de opinar, evaluar, razonar y finalmente brindar consentimiento frente a actos personalísimos que involucran el cuidado de su salud y su cuerpo, se remonta a precedentes del derecho comparado, en particular el conocido caso *Gillik* de Inglaterra (Cámara de los Lores, Gran Bretaña, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 1986) que desarrolló el concepto sintetizado en las referencias doctrinarias como “*Gillik competent*”, para referir una categoría de NNA que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en la generalidad de la vida civil, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, en el derecho comparado se construye la doctrina que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez -que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud-, incorporando el parámetro de “mayoría anticipada” para actos médicos.

Por último, a partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, considerándose al adolescente como un adulto para tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Volviendo a uno de los dos principios centrales del artículo referenciado, podemos señalar que el esquema de la “edad y madurez suficiente” se aproxima a un sistema más ajustable a la esencia de los derechos personalísimos, vinculado con la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata.

De este modo, el eje central para considerar como valedera la toma de decisiones que implica el ejercicio de estos derechos, será la evaluación del grado de madurez suficiente alcanzado por cada NNA.

2. Derechos personalísimos: el cruce entre autonomía progresiva y representación

La autonomía progresiva configura la faz dinámica de la capacidad, facultando a las personas que no han arribado a la mayoría de edad para tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona. Es por ello que responsabilidad parental y capacidad progresiva van de la mano, y son los pilares de la formación y maduración de los NNA, que transitan el adiestramiento en el ejercicio de los derechos de que son titulares⁴.

Un tratamiento especial requieren los derechos personalísimos, que como tales, *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*⁵ y “por naturaleza, son 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”⁶.

A esta altura, no es posible ignorar lo afirmado oportunamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que los NNA tienen los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “agregado” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo⁷.

En virtud de estas consideraciones, reconocer a las personas menores de edad la titularidad de los derechos de la personalidad para luego negarles su ejercicio, resulta un absurdo que afecta el libre desarrollo. La “capacidad natural” habilita el ejercicio de derechos en forma directa por su titular, aún cuando éste no posea la capacidad civil que se deriva de la mayoría de edad y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra⁸. Desde esta óptica, la autonomía progresiva independiza al niño competente de la

⁴ Lloveras, Nora y Salomon, Marcelo, *“El derecho de familia desde la constitución nacional”*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009, pág. 418 y 419.

⁵ Rivera, Julio C., *“Instituciones de Derecho Civil. Parte General”*, Cap. XVIII: Derechos Personalísimos, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, pág. 704.

⁶ Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, Sentencia del 14/10/2003, del voto de la Dra. Conde, consid. II.

⁷ Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de agosto de 2002), ap. 15.

⁸ Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa (coord.), *“Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR”*. Lexis Nexis pág. 255.

voluntad y/o decisión de sus representantes legales; preservando un “marco personalísimo” de titularidad del hijo, cuyo ejercicio no cabe al representante legal⁹.

Así, volviendo a la naturaleza de estos derechos, es importante mencionar que, en principio, solo podrán ser ejercitados en forma exclusiva por los NNA de acuerdo a sus condiciones de madurez, excluyendo en todo momento el ejercicio por sustitución¹⁰.

Lo afirmamos de este modo (“en principio”) porque si bien no desconocemos el ejercicio personal y autónomo de los derechos personalísimos, la construcción no puede derivar en el absurdo de que se diluyan o queden en expectativa, cuando se trate de NNA sin la edad o madurez suficiente para ejercitarlos. Cabe anticipar, que no abogamos por el ejercicio de derechos en NNA que encuentre su falla en la desprotección total de ellos¹¹. En definitiva, toda valoración que concierna a estos sujetos de derecho, deberá enmarcarse en el superior interés, como el eje rector a considerar.

Esta cuestión que parece una inconsistencia, genera algunos replanteos vinculados con el ejercicio de los derechos y la responsabilidad parental. La relectura de la actuación de los progenitores se torna determinante: no lo harán en carácter de representantes legales universales, pero sí como responsables de la protección, desarrollo y formación integral¹². En principio, cabría decir que la exclusión de la representación legal de los progenitores en el ejercicio de los derechos personalísimos no supone la exclusión absoluta de su intervención como titulares de la responsabilidad parental. Su fin queda emparentado en los deberes-derechos reconocidos a los progenitores por el ordenamiento interno con el solo fin de que los NNA logren el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos de acuerdo a su madurez y desarrollo.

El rol que le corresponde a los progenitores no puede ser el de representación -de actuar por otro, sustituyendo la voluntad- por el contrario, se concreta en un deber de asistencia, entendida como el acompañamiento vigilado para la toma de decisiones de manera autónoma, permitiendo así su desarrollo personal y madurativo. Es decir, la autoprotección aparejará el ejercicio directo del titular de estos derechos, dada su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre el logro del interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, si el titular de los mismos carece de

⁹ CCCom San Isidro, sala 1, 7/4/2002, LL 2002-E-324.

¹⁰ En nuestro país varios precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por personas menores de edad. Enunciativamente: J. Flia N° 1 Mendoza, “B., L. A.” (16/09/2008); Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de 2a Nominación de Villa Dolores, “C. J. A. y otra s/ solicitan autorización” (21/09/2007); JFlia., Ninez y Adolesc. N° 2 Neuquén, “N. N.”, (20/03/2006); JCiv. y Com. 9a Nom. Rosario, “S. M. E. y otros” (15/08/2008); entre otros.

¹¹ Esta solución sería, además, francamente violatoria de la doctrina internacional, establecida tiempo atrás por la propia Corte IDH que, en la ya referida OC 17/2002 sostuvo: “... al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que ‘no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana’. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en ‘los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos’, advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aun, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (pto. 46). Prosigue, refiriendo: “Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño...” (pto. 55).

¹² En consonancia con lo previsto por el art 638 del CCyC.

madurez y capacidad para asumir su contenido y consecuencias, será necesaria la heteroprotección¹³.

Esta figura de asistencia dista bastante de ser una mera presencia o compañía, sino que propiamente debe ser entendida como un asesoramiento y apoyo con un sentido tuitivo y pedagógico, en tanto que los titulares de la responsabilidad parental tienen la obligación de velar por el bienestar y desarrollo de sus hijos.

Es elemental tener en claro que tanto asistencia como representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad, mientras que la primera prevé un acompañamiento justificado con miras a la protección del NNA en el desarrollo de su personalidad¹⁴.

Bajo ningún aspecto se puede perder de vista la perspectiva del carácter personalísimo de estos derechos. Como regla principal, el ejercicio es exclusivo de sus titulares, de ahí que no quepa su ejercicio por representación o sustitución y por ello la intervención de los responsables parentales debe ser incardinada desde la asistencia y el acompañamiento.

3. El punto de conflicto: personas menores de edad sin posibilidad de ejercitar sus derechos personalísimos

Conforme a la regla del artículo 26 del CCyC y la naturaleza de los derechos de la personalidad, el problema principal surge cuando nos posicionamos frente a aquellos casos de NNA que no disponen de la autonomía suficiente para ejercer autónomamente estos derechos, quedando apartados de su goce y tornándolos abstractos.

En estos supuestos, queda la actuación de los progenitores como los principales responsables de la protección de sus hijos y, subsidiariamente, la intervención del Ministerio Público, de conformidad con las facultades otorgadas por el art. 103 del CCyC¹⁵.

En miras de arribar a una solución para el caso de supuestos excepcionales, en las cuales el ejercicio del derecho conlleva a determinadas circunstancias, a veces irreversibles (como puede ser el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos, tal como lo propone la Ley 26742), es posible esbozar una respuesta tomando como base la “teoría del interés”¹⁶; conforme a la cual se alteraría el principio que no

¹³ Citando a Alaéz Corral, Benito (por Tutor, Aránzazu Bartolomé, *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Ed. Aranzadi SA, 1º Edición, abril 2015, España, pág. 166).

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, *La familia en el nuevo derecho*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, 2009, Santa Fe, pág. 349.

¹⁵ Art. 103.- Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: I. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; II. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; III. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

¹⁶ Citando a Alaéz Corral, Benito (por Tutor, Aránzazu Bartolomé, *Los derechos de la personalidad...ob.cit.*, pág. 166).

admite la representación en el ámbito de los derechos fundamentales, por lo tanto, pudiendo ser contemplados como habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro. Es decir, no tendría por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien tácticamente realiza parte de sus contenidos fueran personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe un solo interés. No se trataría, por tanto, de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante su identificación funcional. A ellos, se uniría la expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección, dirigido tanto a los progenitores como a los poderes públicos, que justificaría que la persona menor de edad, titular del derecho y de su ejercicio, lo haga a través de un representante, cuando no le sea posible ejercerlo personalmente.

La satisfacción de esta teoría, puede ser canalizada a través del aporte del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁷ que establece la triple perspectiva que ofrece el “interés superior del niño” (como derecho, como procedimiento y como regla de procedimiento) rompiendo, en cierta manera, con un principio general de derecho, permitiendo trabajarlo con una mayor flexibilidad en base al objeto de buscar la adecuación de su contenido a cada situación específica.

Esta configuración abierta, tiene como finalidad posibilitar su aplicabilidad a la diversidad de situaciones jurídicas y sociales, entendiendo que es imposible prever la variada realidad social de cada persona menor de edad, trasladándolo a una multiplicidad de situaciones bajo una misma premisa: “la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”.

Haciendo uso de estos preceptos, se ha brindado un criterio orientador en la toma de decisiones sobre NNA dado que, en definitiva, el objetivo del concepto del interés superior del niño no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos reconocidos y su desarrollo integral.

A su vez, el Comité se expresa con respecto a la singularidad que requiere la evaluación de la casuística, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada NNA y que se relaciona con sus características específicas, tales como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social-cultural (presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación). Asimismo, considera provechoso que quien resulte responsable de la evaluación, elaborar una lista de elementos que podrían formar parte de la configuración del interés superior del NNA, la cual tiene un carácter no exhaustivo ni jerárquico. Determinando que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en cada circunstancia específica.

A su vez, no debemos perder de vista que tanto en ámbito judicial como extrajudicial la decisión a la que se arribe debe tener en cuenta la opinión del NNA, concediéndole la

¹⁷ Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1), aprobada por el Comité en su 62° periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, respetando así la posibilidad de que participen en la determinación de su interés superior.

4. Conclusión

En base a las consideraciones expuestas y a los fines de ensayar una respuesta acorde, finalizamos nuestro planteo diciendo que, como regla, el ejercicio de los derechos personalísimos corresponde indefectiblemente a sus titulares.

Dado el especial lugar que ocupan los NNA como sujetos de derecho, protegidos particularmente por el ordenamiento jurídico en virtud de su condición de vulnerabilidad y en pleno desarrollo de sus potencialidades, será necesario que los ejerciten de acuerdo a la capacidad natural que poseen, en función de su edad y grado de madurez, con especial atención al rol derivado de la responsabilidad parental, reestructurada desde un lugar de acompañamiento y asistencia.

Además, hemos referido que para evitar la imposibilidad del ejercicio de esta clase de derechos por parte de las personas menores de edad sin la madurez suficiente, convertidos de esta forma en “abstractos” y sin desconocer el máximo respeto que exigen; será aplicable en los supuestos excepcionales la “teoría del interés”, que encuentra su contenido en el interés superior del niño, basándose en la existencia de un único interés y dejando de lado el desdoblamiento de la identidad entre titular y ejerciente, haciendo foco en la identidad funcional que ambos cumplen en pos de su finalidad y que justifica la actuación de un representante (progenitores o Ministerio Público, subsidiariamente).