

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y
JURIDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS
RECIENTES**

**TÍTULO: “El desafío de comprender el
ejercicio autónomo de los derechos de
niñas, niños y adolescentes”**

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: *Catera Camilo José – Mezzanzano Mariana*

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: *Derecho Internacional Público*

Encargado del curso Prof.: *Bertolé Cecilia*

Lugar: *Santa Rosa*

Año que se realiza el trabajo: *2019*

Resumen

Este trabajo tiene por finalidad realizar un análisis de la recepción del principio de autonomía progresiva en el derecho, haciendo referencia a su carácter internacional e interno y como se relaciona y es complementado con otros principios de importancia como el de interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta.

Parte 1

1. Introducción

Este trabajo de investigación tiene por finalidad abordar una temática de relevancia en nuestro derecho, la cual, fue receptada por primera vez en la Argentina con la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño en 1990, mediante la ley 23.849 y luego retomada por la reforma del Código Civil y Comercial.

El instrumento internacional, menciona en su artículo 5 una aproximación del principio de autonomía progresiva al disponer:

“Artículo 5: 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.”¹

El texto no toma al niño, niña o adolescente como objeto de protección o cuidado por parte del Estado, sino, como un sujeto de derechos. Si bien no lo menciona expresamente, recepta el principio de autonomía progresiva al establecer, que los responsables legales deben impartir dirección y orientación para que estos ejerzan sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”.

Este principio se encuentra sostenido y relacionado con el principio contenido en el artículo 12 de la Convención, que acoge el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado, como también el derecho a tener en cuenta el interés superior del niño en toda decisión que lo afecte, establecido en el artículo 3.

¹ "ACNUDH | Convención sobre los Derechos del Niño - OHCHR."
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Fecha de acceso 16 may.. 2019.

En el código actual se habla, no solo de la capacidad de derecho y de ejercicio, sino que también, incluye el concepto de autonomía progresiva dentro de esta última.

Su incorporación tiene como objetivo darle la correspondiente participación al colectivo de personas menores de edad, en adelante niños, niñas y adolescentes, que en principio tienen capacidad restringida. En este aspecto, a partir de la reforma, el Código, dentro de la categoría mencionada entiende que, hasta los 13 años se es niño/a y a partir de allí comienza la categoría de adolescente hasta los 18 años, donde se adquiere la mayoría de edad, así lo establece su artículo 25.

Podríamos decir que se produce de esta manera una flexibilidad en las normas en torno a capacidad e incapacidad, haciendo referencia a cuestiones como edad y grado de madurez, restricciones a la capacidad legalmente previstas, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, lo que permite un mayor desarrollo en el actuar autónomo de los niños y niñas, pero especialmente de los adolescentes.

Este trabajo se centrará en definir y analizar ambos conceptos de trascendencia para el desarrollo de las facultades de ejercicio propias de los niños, niñas y más precisamente de los adolescentes, centrándonos en temas como el derecho a la salud, derecho a la identidad, y mencionando en el transcurso algún otro derecho personalísimo.

Parte 2

2. Conceptualización

Antes de abordar el tema principal de este trabajo, debemos conceptualizar ciertas cuestiones que se vinculan íntimamente con el mismo.

2.1 Nociones básicas

Empezaremos definiendo el concepto de *capacidad* que es: “*el grado de aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican dichos deberes*”.²

Este concepto puede analizarse desde dos ángulos distintos. Por un lado, encontramos la capacidad de derecho a la que el código define como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos; por otro lado, encontramos la capacidad de ejercicio que es la facultad de poder ejercer por parte del propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales se es titular.

Esta segunda visión de la capacidad otorga la posibilidad a las personas no solo de ejercer los derechos de contenido patrimonial, que ya se regulaban en el Código de Velez, sino también poder desarrollarse con mayor o menos autonomía dentro de un grupo familiar.

En la capacidad de ejercicio es donde se presenta un cambio de paradigma en el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), impulsado por los tratados de derechos humano, entre ellos, la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes y además por la ley 26.061, siendo uno de los aspectos que muestran la constitucionalización y humanización del derecho privado.

Así abarca las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, la libertad, la honra, privacidad, imagen y en general todos los derechos personalísimos.

² Manual de Derecho Civil Parte General, Rivera Julio Cesar, Editorial: Abeledo Perrot, Edición: 2016, Capítulo 8, página 237.

El Código Civil de Vélez, se sostenía sobre la doctrina clásica referente a capacidad e incapacidad jurídica de las personas menores de edad, en él se planteaba una incapacidad de ejercicio o capacidad relativa rígida para los menores de edad.³

En relación a este aspecto, se consideraba persona menor de edad a quien no tuviera cumplidos los 18 años, diferenciando en menores impúberes a los menores de 14 años, quienes tenían una incapacidad absoluta para ejercer sus derechos, y menores adultos, quienes estaban entre los 14 y 18 años, a los que solo se les permitía ejercer aquellos actos que la ley le autorizaba. Bajo este sistema la ley determinaba, a priori y en abstracto, a quienes se les prohibía ejercer determinados derechos, estando dentro de ese grupo niños, niñas y adolescentes.

Es evidente que con este sistema no se respetaban los derechos consagrados en la Convención y en la Constitución Nacional por ello fue necesario hacer un cambio de paradigma y así lograr la adecuación del derecho privado interno al derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, en el CCyC se implementa un sistema de capacidad progresiva mediante el cual cambia la forma de relacionar a niños y adultos referente a la capacidad de los primeros. Así, ante mayor madurez o comprensión de los niños, niñas y adolescentes, menor será la intervención de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares los primeros.

La idea predominante del CCyC en materia de capacidad, es afirmar la autonomía de los individuos para participar de las decisiones que hacen a su persona y en su caso proteger a los que son incompetentes de los efectos que puede ocasionar una mala elección mediante un sistema amplio de asistencia donde se contemple su intervención y no se desplace su opinión, teniendo en cuenta que en el CCyC la regla va a ser siempre la capacidad y no la incapacidad.

³ Manual de Derecho Civil Parte General, Rivera Julio Cesar, Editorial: Abeledo Perrot, Edición: 2016, Capítulo 8, página 239

Parte 3

3. Autonomía progresiva en el derecho interno.

3.1 Antecedentes normativos - Ley 26.061

En el año 2005 con la sanción de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la legislación interna se adecuo en gran medida al derecho internacional de los derechos humanos en relación a infancia.

Desde su artículo primero tiene como objetivo proteger de manera íntegra los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina y garantizar así el ejercicio pleno de aquellos reconocidos en el plano nacional e internacional.

También presenta gran importancia el artículo 2 que consagra la obligatoriedad de la convención debido a que hasta entonces no teníamos la reforma del CCyC. En este se presenta un carácter inalienable, interdependiente e indivisible de los derechos y garantías contenidos en ella.

La ley resalta la denominación de niño para hablar de todas las personas menores de 18 años, e introduce, aunque sin delimitar la edad, el termino adolescente.

También hace mención en su articulado de los principios de interés superior del niño, derecho a ser oído y ratifica el principio de autonomía progresiva.

3.2 Autonomía progresiva en el código civil y comercial.

Podemos definir a la capacidad o autonomía progresiva como aquella que tiene como objetivo reconocer la aptitud de obrar de los sujetos, no ya en función exclusiva de la edad, sino a medida que van adquiriendo madurez suficiente para celebrar ciertos actos o tomar alguna decisión.

No alcanza con que reconozcamos que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos, sino que, además pueden ejercer esos derechos por si mismos en determinadas

circunstancias de acuerdo a su etapa de evolución, por ello se requiere que no existan límites fijos de edad que nos determine cuando si y cuando no pueden ejercer esos derechos.

El principio que aquí tratamos parte del presupuesto de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

El CCyC al clasificar a las personas incapaces de ejercicio, incluye dentro de esta categorización, a quienes no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, omitiendo referirse a los menores de edad, lo cual significa que el grado de madurez debe apreciarse conforme al régimen de capacidad que el CCyC prevé para los niños, niñas y adolescentes.

Este principio de incapacidad que parece consagrar el art. 24 se ve afectado por el art. 26 cuando después de establecer que los menores actúan a través de sus representantes continúa diciendo que: *“no obstante la persona que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por si los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.”*

La capacidad o autonomía progresiva que el CCyC consagra no genera una capacidad absoluta de ejercicio para todos los actos de la vida civil en los menores de 18 años, por lo cual, aunque el menor de 18 años cuente con un grado de madurez suficiente, solo podrá ejercer los actos que el ordenamiento jurídico le permite.

Lo que hace el CCyC recepcionando a la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 es, consagrar en términos generales, la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes pero limitada al ejercicio de sus derechos personalísimos y la autonomía en la relación al cuidado de su propio cuerpo, como así también para que sus opiniones sean tenidas en cuenta en el ámbito judicial y extrajudicial.

Parte 4

4. Autonomía progresiva en el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos

En el derecho internacional de los Derechos Humanos específicamente destinados a la niñez comenzó a hablarse de autonomía progresiva mucho antes que en nuestro derecho, e incluso fue base para el cambio de paradigma del Código Civil y Comercial.

En nuestro país el gran progreso comenzó con la ratificación en 1990 de la Convención de los Derechos del Niño que luego adquirió jerarquía Constitucional con la incorporación de los tratados de derechos humanos en la reforma Constitucional de 1994.

La Convención lo que hace no es solo reafirmar los derechos del niño como persona humana, sino que también es fuente de derechos y principalmente un conjunto de principios que regula la protección de los derechos de los niños y adultos y sus derechos y deberes recíprocos.

En ella, el principio de autonomía progresiva está receptado en el artículo 5, el mismo establece:

“Artículo 5: 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.”

Como se puede observar no habla expresamente de tal principio, aun así, al establecer que los responsables legales deben impartirles dirección y orientación para que los niños, niñas o adolescentes ejerzan sus derechos en “consonancia con la evolución de sus facultades” lo consagra implícitamente.

Históricamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes estuvo gobernado por el llamado complejo tutelar, al que podemos definir como un sistema de protección de aquellos niños que eran considerados peligrosos, abandonados o disfuncionales, quienes no se encontraban en esa situación no eran amparados por las leyes porque la familia era la encargada de su cuidado y protección.⁴

Tal como se ve los niños, niñas y adolescentes, no eran pensados como sujetos de derechos, sino que eran considerados objeto de protección y control por parte del Estado, la familia y la sociedad.

Esto se mantuvo así, hasta el nacimiento de la Convención de los derechos del Niño, que fue el primer instrumento internacional que modificó esta perspectiva que se encontraba arraigada en casi todos los países del mundo, al menos desde el punto de vista normativo. Lo que hace este instrumento es reconocer específicamente a los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos y ya no, como objeto de represión por parte del Estado y los adultos. Así, pone a los niños, niñas y adolescentes en un pie de igualdad con los adultos siendo titulares de los mismos derechos y estableciendo el goce y ejercicio de ellos en cabeza de los propios niños, niñas y adolescentes, a su vez, pone en cabeza del Estado la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo esos derechos, como también el que puedan ser ejercidos por los propios titulares.

Podemos decir también, que la Convención no solo se encarga de reafirmar los derechos del niño, niñas o adolescente como persona humana, sino que también recepta una serie de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de los niños y de los adultos, actuando como una ordenadora entre las relaciones que se generan entre los niños, niñas y adolescentes, el Estado y la familia.

⁴ Revista electrónica Cuestiones de Derecho N°3, año: 2012, Título: Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente, Autora: Sabrina Viola

Para lograr esto último, la Convención establece como principio rector la Autonomía progresiva, que a su vez es completada y está relacionada con otros dos principios mencionados en el mismo instrumento, que son el *interés superior del niño* y el *derecho a ser oído*, que más adelante serán definidos y desarrollados de acuerdo a la importancia que presentan para el tema.

Los tres principios, son rectores del cambio de paradigma y establecen a su vez, un límite a las decisiones que los adultos toman sobre los niños garantizando así sus derechos.

Como podemos ver la Convención, sienta la base de que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no son derechos que van a quedar suspendidos hasta que alcancen la madurez y puedan ejercerlos ellos mismos sino, por el contrario, estos deben ser ejercidos por los niños de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentran. Esto es lo que intenta garantizar el artículo 5 de la Convención, obligando a los adultos a crear las condiciones necesarias para que los niños, niñas o adolescentes alcancen su grado máximo de autodeterminación para que puedan ejercer sus derechos.

De esta forma se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes, el protagonismo de sus propias vidas, sin pasar por alto, que esa autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que el niño, niña y adolescente se encuentre, ya que, si no se tuviera en cuenta la misma, también implicaría dejarlo en un estado de desprotección.

A medida que los niños, niñas y adolescentes adquieren mayor autonomía, menor será la participación de un tercero.

Parte 5

5. Principios trascendentales que complementan el principio de Autonomía Progresiva.

5.1 Derecho del niño a ser escuchado.

Como ya se dijo anteriormente, la autonomía progresiva implica que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer ellos mismos los derechos de los cuales son titulares conforme a su etapa de evolución y desarrollo, que es lo mismo que decir conforme a su edad y grado de madurez, de lo cual deriva, que en la medida que sea posible y siempre tratando de que así sea, los mismos ejerzan sus derechos con la menor participación posible de sus padres o tutores.

Este principio consagrado en el art. 5 de la Convención de los Derechos del niño está complementado por otro derecho, esencial en el tratamiento del tema que venimos desarrollando, ya que para la consagración de la autonomía progresiva y lograr lo antes mencionado, se requiere, entre otras cosas, lograr la participación del niño, niña o adolescente.

Hablamos aquí del derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, el cual se encuentra definido en el artículo 12 de la Convención el cual estipula lo siguiente:

“Artículo 12: 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 procedimientos de la ley nacional.”⁵

La norma nos muestra que, si bien no existe una plena autonomía del niño, niña o adolescente, si permite resaltar que los mismos son sujetos de derecho.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 expresa uno de los cuatro principios generales de la Convención, sumado a el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Por ello, debemos decir que no solo se está consagrando un derecho autónomo, sino que también el mismo debe tenerse en cuenta para la interpretación y el respeto de todos los demás derechos.

Respecto a éste principio, el Comité de los Derechos del niño, emitió la observación general N° 12. En la misma menciona que en la mayoría de las sociedades, la observancia y respeto del derecho del niño a expresar su opinión sobre cuestiones que lo afectan y que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue obstaculizada por muchas prácticas arraigadas y también por barreras económicas y políticas.

La observación siguiendo la distinción que efectúa el Comité, desarrolla, por un lado, el derecho a ser escuchado de cada niño considerado individualmente y el derecho a ser escuchado propio de un grupo de niños.

Para la aplicación de este principio es primordial evaluar la edad y grado de madurez, ya sea de un niño individualmente o de un grupo de niños. La autonomía progresiva y el derecho a ser oído son ambos, derechos que serán ejercidos en tanto el desarrollo y la evolución del niño, niña o adolescente lo torne conveniente para ellos mismos.

⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

Eso no implica una actitud pasiva del Estado ya que el mismo debe alentar y lograr de que todos los niños, niñas y adolescentes formen una opinión libre y con ella ejercer el derecho a ser escuchado y así lograr una aplicación efectiva del artículo 12.

El artículo es claro, y así, remarca que todo niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todo asunto o proceso que lo afecte y va más allá al exigir que esa opinión sea tomada en cuenta, siempre considerando la edad y grado de madurez.

La Convención consagra un derecho, no una obligación para el niño, por ello, éste debe contar con toda la información y asesoramiento necesario para decidir si expresarse o no, como también, para el caso en que decida expresar su opinión, ésta haya sido emitida acorde a su interés superior y libremente.

Libremente significa que no exista injerencia de terceros en esa opinión, aunque también, tener todos los elementos y datos que le permitan conocer que es lo que se está decidiendo y que lo afecta y en definitiva que es lo más conveniente para él y conforme a su interés superior.

Haciendo un análisis del artículo 12 se pueden ver cuestiones trascendentales, entre ellas:

a- “Los Estados Partes garantizaran”: esto, muestra el compromiso que los Estados deben asumir frente a este derecho, no solo deben permitir que se ejerza el derecho a ser oído, sino que, deben emplear todos los medios y recursos posibles para que ese derecho sea efectivamente ejercido por los niños, niñas y adolescentes, hay en definitiva una obligación de hacer de los Estados.

b- “Al niño que esté en condiciones de formar un juicio propio”: La observación claramente menciona que esto, no debe verse como una limitación, sino, en consonancia con el párrafo anterior, se debe tomar como una

obligación para los Estados partes de evaluar cuál es la capacidad del niño, niña o adolescente de formarse una opinión autónoma, y siempre deberán partir de la presunción de que cuentan con esa capacidad y que podrán formar sus propias opiniones, por ello deberán proveer los medios y herramientas para que puedan lograrla, expresarla y ser con posterioridad tenidas en cuentas.

c- “El derecho de expresa su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño”: Anteriormente ya se mencionó que “libremente” hace referencia, no solo la posibilidad u opción que tiene el niño, niña o adolescente de ejercer el derecho sino también, que si decidió ejercerlo, lo haga con una total falta de injerencia de terceros, sean padres, tutores o el mismo Estado, los que solo intervendrán para hacer posible, como se dijo, que el niño, niña o adolescente forme su propia opinión y la exprese.

Algo más que requiere la norma mencionada es que sea en “asuntos que afecten al niño”, como una condición más para el ejercicio del derecho. Pero deberá interpretarse ampliamente, una consideración restringida o estricta podría llevar a imposibilitar el derecho ante supuestos en los que si se debería haber permitido.

d- “Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”: Muestra el artículo, que la opinión debe ser tenida en cuenta para la resolución del asunto que afecta al niño, niña o adolescente. Sin embargo, deberá evaluarse conforme a la edad y la madurez de los mismos. Solo mencionar la edad haría estricta y rígida la evaluación y podría llevar a los Estados a establecer un régimen de capacidad para ejercer este derecho basado solo en la edad biológica, claramente contrario al principio

de autonomía progresiva. Por ello, menciona también la madurez como elemento a tener en cuenta. La posibilidad de los niños, niñas y adolescentes de prestar su opinión de manera autónoma requiere de un nivel de comprensión de los mismos sobre los asuntos que lo afectan y esa comprensión no va acompañada estrictamente de la edad.

Por eso la madurez, como capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los respectivos asuntos, debe siempre estar presente al tener en cuenta la opinión. La observación expresa, y estamos de acuerdo, en que es difícil definirla, pero en definitiva se puede considerar como la capacidad de expresar las opiniones de forma razonable e independiente y para ello no es necesaria determinada edad.⁶

El artículo que estamos analizando cuenta con un segundo párrafo del cual también corresponde hacer el análisis, el cual dice:

a- “se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecta al niño”: la redacción de la primera parte del artículo que consagra en definitiva el derecho del niño a formar su opinión y ser escuchado, se especifica en esta segunda parte, determinando que el niño, niña o adolescente deberá ser escuchado, especialmente en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten.

Un ejemplo de los primeros, pueden ser los procesos donde se debate la custodia y cuidado por parte de los padres, procesos de adopción, procesos que deriven de violencia física o psicológica, abuso sexual u otros delitos.

⁶ Observación general N°12, año: 2009 del Derecho al Niño a ser escuchado, página: 11.

Ejemplo de los segundos procesos pueden ser aquellos relativos a la salud y la educación.

Como se ve en los ejemplos, los procesos judiciales y administrativos en los cuales debe existir el ejercicio de este derecho son no solo aquellos iniciados por los propios niños, niñas y adolescentes sino también los iniciados por terceros, como los padres o proceso de adopción, que afecten a los mismos.

Se repite que, siempre, los padres o tutores y especialmente el Estado deberán adoptar las medidas necesarias no solo para lograr que formen su opinión autónoma sino también puedan expresarla en estos procesos y se genere un clima o entorno adecuado para ello. No se logra el fin de tal derecho si el ambiente donde el niño, niña o adolescente deben formar su opinión o expresarla es hostil, intimidatorio o inadecuado para su edad, claramente se verá afectada la libertad necesaria para un correcto y eficaz ejercicio del derecho.

b- “*ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*”: Como se dijo, este derecho siempre es una opción para el niño, niña o adolescente, quien no tiene la obligación de ejercerlo. En el caso de haber decidido emitir su opinión, también puede decidir si hacerlo él personalmente en el respectivo procedimiento judicial o administrativo y en definitiva en todo asunto que lo afecte, o bien decidir si prefiere que su opinión sea emitida a través de un representante u órgano apropiado, como puede ser alguno de sus progenitores, un abogado o hasta puede llegar a ser en muchos supuestos un trabajador social.

Hay que tener presente que en muchas ocasiones puede existir un conflicto de intereses, lo cual impediría que alguna de las personas mencionadas anteriormente con quien existe conflicto, pueda expresar la opinión del niño, niña o adolescente, por ejemplo, con sus progenitores.

La Observación resalta que el Comité de los Derechos del Niño recomienda que siempre que sea posible se brinde al niño, niña o adolescente, la oportunidad de ser él, quien exprese su opinión.⁷

Esto claramente, responde no solo a que es el niño, niña o adolescente el titular del derecho, sino también, porque, puede que el representante no exprese correctamente la opinión a quien tiene que tomar la decisión, claro está que debe pronunciar, además de clara, exactamente la opinión del niño.

c- “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”: nunca esas normas deberán ser utilizadas para restringir o impedir el ejercicio de ese derecho, y en tal caso si así fuera, el Estado deberá adaptar la legislación para evitarlo y lograr su efectividad.

Como venimos remarcando, el Estado deberá adoptar las medidas y acciones tendientes al ejercicio del derecho, ese es el fin principal de la observación. La misma menciona cinco medidas exigidas por el artículo 12 para lograr que el niño, niña o adolescente preste su opinión, ellas son:

Preparación: las personas intervinientes, representantes del Estado y demás deben asegurarse que el niño, niña o adolescente tenga información total, clara y exacta de que es lo que se debate y lo puede afectar. Para eso, antes debe tener la información de su derecho a expresar su opinión en todo asunto que lo afecte y especialmente en todo

⁷ Observación general N°12, año: 2009 del Derecho al Niño a ser escuchado, página: 12

proceso judicial o administrativo cuyos efectos puedan alcanzarlo, como también la información de las consecuencias que tendrán sobre él el resultado de esos procesos.

Se deberá explicarle como, cuando, donde y quien lo escuchará.

Audiencia: el contexto y situación donde para ejercer éste derecho deber ser de confianza, propicio para formar la opinión de manera libre y manifestarla, no debe ser, como ya se dijo, un ambiente hostil, amenazante, de modo tal que genere en el niño la sensación de que en verdad su opinión será escuchada y tenida debidamente en cuenta.

Evaluación de la capacidad del niño: para tener debidamente en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente, deberá evaluarse su capacidad, su grado de madurez y comprensión de la situación, analizándose caso por caso si lograra formar su juicio propio. Siempre teniendo en cuenta que debe realizarse lo posible para que se ejerza el derecho.

Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño: para tener la certeza de que las opiniones han sido escuchadas y tenidas en debidamente en cuenta, se debe informar al niño, niña o adolescente como fueron consideradas y como influyeron en el resultado del proceso o asunto que lo afecta.

Quejas, recursos y desagravio: la legislación debe ofrecer a los niños, niñas y adolescentes los medios para llevar a cabo no solo denuncias sino también, recursos cuando no pudo ejercer su derecho a ser escuchado o bien cuando su opinión no haya sido tenida en cuenta.

La observación resalta además algo que ya se dijo en este título, lo cual es que los Estados partes tienen la obligación de revisar o modificar su legislación, y así, introduzcan mecanismos, procesos y demás cuestiones necesarias para el ejercicio del derecho a ser escuchado, permitiendo que el niño, niña o adolescente, tenga la

información pertinente, el apoyo necesario para ejercerlo, información sobre cómo se tuvo en cuenta su opinión y los recursos necesario en caso de ser vulnerado.

Entre algunas obligaciones básicas que la observación menciona encontramos, revisar y retirar cualquier medida o declaración restrictiva del derecho, establecer instituciones de derechos humanos, como el defensor del niño, llevar a cabo capacitaciones para todos los operadores del Estado y todos aquellos que intervengan en los procesos antes mencionados no solo del artículo 12 en cuanto que alcance tiene, sino también a su aplicación en concreto.

5.1.1 Vínculo con otros derechos de la Convención.

El derecho del niño a ser escuchado, así como es un derecho fundamental y base para el principio de autonomía progresiva, tiene vínculos con otros derechos consagrados en la Convención.

5.1.2 Interés superior del niño.

Con el que mayor relación o vínculo tiene el derecho a ser escuchado, tal vez, sea con el artículo 3 de la Convención, el cual determina que en todas las medidas que se adopten en procedimientos judiciales, administrativos en los cuales intervengan niño, niñas o adolescentes o asuntos que los afecten, deben darse siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.

La vinculación, se debe a que no solo debe lograrse que el niño, niña o adolescente forme su opinión de manera autónoma, la exprese y sea debidamente tenida en cuenta para lograr que ejerza en la mayor medida posible los derechos de los cuales es titular, sino, además, que todas las decisiones que se tomen teniendo en consideración esa opinión, sean las más adecuadas y satisfactorias del interés superior del niño. La resolución debe tener en cuenta lo que verdaderamente el niño, niña o adolescente

necesita o requiere para la satisfacción de sus necesidades y el pleno goce de sus derechos.

5.1.3 Derecho a la no discriminación.

El artículo 2 de la Convención determina que todo niño, niña o adolescente, tiene el derecho de no ser discriminado en el ejercicio de sus derechos, entre ellos, el mencionado en el artículo 12.

Lo que nos lleva a entender que, los Estados garantizaran que luego de haber formado su opinión, los niños, niñas o adolescentes puedan ejercer su derecho a ser escuchado sin ninguna exclusión por razones de sexo, raza, religión, color, idioma, opinión política, impedimento físico o alguna otra cuestión utilizada como fundamento para impedir que se exprese.

El derecho a no discriminación se verá también al ser tomada en cuenta la opinión. El agente que resuelva no deberá basarse en alguna de las cuestiones anteriores para evitar considerar lo expresado por el niño, niña o adolescente.

5.1.4 Derecho a la libre expresión y derecho al acceso a la información.

Para el ejercicio del derecho a ser escuchado y con ello garantizar la autonomía progresiva, es necesario que se avale una libre expresión y el acceso a la información necesaria para que la opinión emitida sea acorde a las necesidades del niño, niña o adolescente o mejor dicho a su interés superior.

Todo niño, niña o adolescente, debe ejercer por si, en nombre propio sus derechos, conforme a la evolución de sus facultades. Lo dicho implica que pueda expresarse, declarar lo que crea conveniente de manera libre, sin restricciones.

No es posible una libre expresión y ejercer el derecho a ser escuchado sin tener la información necesaria, la cual le deberá ser facilitada, en lo concerniente a como, cuando, frente a quien, y que consideración tendrá su opinión emitida.

Los medios para expresarse y la manera de brindar la información deberán ser acordes a la evolución o el grado de madurez que el niño, niña o adolescente tenga.

Todo lo referente al derecho a ser escuchado, las obligaciones de los Estados partes y demás personas intervinientes en los procesos o asuntos que afecten al niño y la vinculación, a su vez, con otros derechos, son cuestiones imprescindibles para consagrar y efectivizar el principio de autonomía progresiva.

Permitir que, de acuerdo con el grado de madurez, el niño, niña o adolescente forme de manera autónoma y exprese sus opiniones en asuntos que lo puedan afectar es, en definitiva, una expresión de la autonomía progresiva. Lo que implica que no sean, otros sujetos o actores quienes ejerzan ese derecho en nombre de ellos, como pueden ser sus progenitores y consolidar así la idea de que el niño, niña o adolescente es un sujeto de derecho, no un objeto de protección.

5.2 Interés Superior del Niño.

Otro de los principios de la Convención de los Derechos del Niño que se relaciona y además complementa al principio de Capacidad progresiva, es el interés superior del niño, al cual lo encontramos definido en el artículo 3, párrafo 1° de dicho texto, que establece:

“Artículo 3: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁸

⁸ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

Este principio garantizado convencionalmente tiene como objetivo el disfrute pleno y efectivo por parte de los niños, niñas y adolescentes de todos los derechos reconocidos por la Convención. De esta forma, los mismos, responden al interés superior del niño y no deben ser interpretados de manera negativa por un tercero.

La Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial señala al interés superior del niño como un triple concepto. De esta forma establece que puede considerarse como:

1. **Un derecho sustantivo:** que promueve el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho sea puesto en práctica siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a los niños.
2. **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que más satisfaga el interés superior del niño.
3. **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a los niños, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en los niños o niño interesado.⁹

Con respecto a la implementación de este principio en el ámbito de derecho nacional se obliga a los Estados partes de la Convención a poner en práctica este derecho a través de tres tipos de obligaciones establecidas en el artículo 3, primer párrafo.

⁹ Observación general N°14, año: 2013 sobre Derecho al Niño a que su interés superior sea una consideración primordial, página: 4.

En primer lugar, se establece como obligación del estado la de garantizar que el interés superior se integre y aplique adecuadamente en toda medida adoptada por instituciones públicas y procedimientos administrativos y judiciales que afecten directa o indirectamente a los niños.

Además, para asegurar el efectivo cumplimiento de esta primera obligación, teniendo como objetivo velar por que todas las decisiones judiciales, administrativas, políticas y legislativas satisfagan el interés superior del niño, se obliga a explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño y la importancia que se le ha atribuido a la decisión.

Por último, se hace referencia a la obligación de garantizar que el interés superior del niño sea evaluado y tenido en consideración primordialmente en las decisiones y medidas tomadas en el sector privado.

Para poder comprender correctamente este principio tan importante para la protección del niño, niña o adolescente es fundamental hacer un análisis jurídico del artículo de la Convención en cuestión, que expondremos en los párrafos siguientes:

a- “en todas las medidas concernientes a los niños”: en relación a esta cuestión, el artículo tiene como objetivo que este derecho sea observado en todas las decisiones y medidas que involucren a los niños, siempre siendo una consideración primordial.

Estas medidas a las que hace referencia el texto pueden afectar de forma directa o indirecta a los mismos. Todas las decisiones que tome el estado que de alguna manera afecten a los niños en general, un grupo de niños o la totalidad de ellos, y que tengan repercusiones importantes para los mismos deben adoptar un mayor nivel de protección.

Cuando el párrafo hace referencia a “los niños” debemos tener en cuenta que se refiere a todas aquellas personas menores de 18 años que estén sujetas a la jurisdicción de un estado parte de la Convención, sin discriminación alguna. Además, el derecho se debe aplicar tanto a los niños en su carácter individual, general o como grupo, como ya se ha expresado. El Comité concibe al interés superior como un derecho colectivo y como un derecho individual.

b- “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”: se establece como un deber general del Estado la aplicación de éste principio en el derecho interno, que se hace a través de las siguientes instituciones:

- Instituciones públicas o privadas de bienestar social: no se debe limitar la interpretación a las instituciones sociales stricto sensu, sino que debe comprenderse en el concepto a toda institución cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos.

Respecto de las instituciones privadas de bienestar social se incluyen a los organismos del sector privado que intervienen en la prestación de servicios esenciales para que los niños ejerzan sus derechos.

- Tribunales: alude a todos los procedimientos judiciales de cualquier instancia, ya sea que estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean y todas las actuaciones conexas relacionadas con los niños como ser: arbitraje, mediación y conciliación.

Con respecto a la ley penal el principio se aplica a los niños en conflicto con la ley (condenados, autores presuntos, acusados) o bien en contacto con ella.

- Las autoridades administrativas: en este sentido, el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades es muy amplio y abarca las decisiones relativas a la salud, educación, cuidado, medio ambiente, etc. Las decisiones particulares tomadas en esa esfera son las que deben ser evaluadas según el interés superior del niño, al igual que todas las medidas de aplicación.

- Los órganos legislativos: como el interés superior del niño se aplica, como ya dijimos no solo a los niños en particular, sino también en general, de esta forma, la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio debería regirse por el principio.

c- “interés superior del niño”: este es un concepto complejo que debe determinarse en cada caso. Las autoridades de las distintas instituciones esbozadas anteriormente deberán adecuar este concepto a su área específica para ponerlo en práctica, interpretando el artículo 3, párrafo 1 de la Convención.

De esta forma, podemos decir que esta es una noción flexible y adaptable según las circunstancias. La misma debe ajustarse en forma individual según las situaciones concretas del niño, niña o adolescente o grupo de estos afectados y, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales del niño en particular o grupo, según el caso.

d- “una consideración primordial a que se atenderá”: esto significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que el resto de las consideraciones ya que los niños, niñas o adolescentes tienen menos posibilidades que los adultos de defender sus propios intereses, por lo tanto, las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta sus intereses, ya que si los mismos no se ponen en relieve muchas veces son descuidados.

Para aplicar el principio en cada caso, se debe hacer una evaluación y determinación del mismo, que consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo.¹⁰

Las circunstancias a evaluar pueden consistir en edad, sexo, grado de madurez, experiencia, contexto social, etc.

Los elementos que se deben tener en cuenta para la evaluación pueden ser:

- La opinión del niño, garantizada por el artículo 12 de la Convención, lo cual fue tratado anteriormente.
- La identidad del niño, garantizada en el artículo 8 de la Convención. La misma abarca características como el sexo, la orientación sexual, la religión y la creencia, la identidad cultural y personalidad. Aunque los niños y jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales.
- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad son elementos importantes del régimen de protección del niño. La separación del niño de sus padres solo debe producirse como último recurso
- Cuidado protección y seguridad del niño, garantizado por el artículo 3, 2º párrafo, que establece que se deben tener en cuenta la obligación del estado de asegurar la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar.

¹⁰ Observación general N°14, año: 2013 sobre Derecho al Niño a que su interés superior sea una consideración primordial, página: 12.

- Situación de vulnerabilidad: es un elemento importante. El objetivo de determinar el interés superior del niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no se refiere solo al efectivo goce de los derechos garantizados en la convención, sino también otros derechos humanos de la convención de las personas con discapacidad.

Parte 6

6. Ejercicio de la autonomía progresiva en derechos particulares.

6.1 Derecho a la salud.

6.1.1 Ámbito internacional.

Como punto de partida en el desarrollo de este derecho, debemos recordar que la Convención de los Derecho del Niño define a los niños como: “aquel ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de alguna ley que le sea aplicable haya alcanzado la mayoría de edad”. De esta forma los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención, tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos.¹¹

El periodo de la adolescencia se caracteriza por generar en las personas cambios físicos, cognoscitivos y sociales, que van acompañados de la adquisición gradual de capacidad para adquirir comportamientos de adultos, que a su vez implican nuevas obligaciones para ellos. Esto genera que sea vulnerables a pesar de ser un grupo sano, ya que la adolescencia plantea nuevos retos a la salud.

Acá tratamos lo relativo al Derecho a la Salud respecto a los niños, niñas o adolescentes y la Convención se ocupa de ello en el artículo 24 que determina:

“Artículo 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y

¹¹ Observación general N°4, año: 2003 sobre la Salud y el Desarrollo de los Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derecho del Niño, página: 1.

la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

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

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”¹²

El derecho definido en este artículo es un derecho inclusivo que abarca la atención de la salud oportuna y apropiada y también, los factores determinantes de la misma, como, por ejemplo, el acceso al agua potable, el suministro de alimentos sanos, una nutrición y vivienda adecuada y el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas a la salud en general, salud sexual y reproductiva, entre otros.

Para interpretar esta norma es necesario tener en cuenta al realizar un análisis, el artículo 5 de la Convención, base de este trabajo. También el artículo 3.2, relativo al interés superior del niño.

Haciendo una interpretación de los tres textos, se puede sostener que, en la Convención, no solo se establece una obligación del Estado de conferir una capacidad para consentir actos médicos a los niños, sino que se enfatiza, también, la importancia de la orientación de los padres y obliga a cada legislación a plasmar una regulación que armonice el respeto a los deberes y derechos de la familia, el interés superior del niño y el ejercicio de los derechos por sí de los niños, niñas y adolescentes. Con la reforma del Código Civil y Comercial, lo mencionado trata de cumplirse a través del artículo 26 que trataremos posteriormente.

¹² Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

Los Estados partes, no han prestado, en muchas ocasiones, atención a las distintas preocupaciones que generan los adolescentes como titulares de derecho, ni a la promoción de su salud y desarrollo. Los principales derechos que deben protegerse, para garantizar al adolescente el disfrute de su salud plena, su desarrollo en forma equilibrada y una preparación adecuada para entrar en la vida adulta y asumir las obligaciones y los comportamientos de adultos son los siguientes:

- Derecho a la no discriminación: garantizado en el artículo 2 de la Convención, que establece:

“Artículo 2: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”¹³

Cuando los adolescentes sufren alguna discriminación enumerada en el artículo, son más vulnerables a los abusos, distintos tipos de violencia y explotación, por lo tanto, su salud y desarrollo corre grandes peligros, por eso es

¹³ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

que tienen derecho a una protección especial en los distintos ámbitos de la sociedad.

- Orientación adecuada en el ejercicio de sus derechos: garantizado en el artículo 5 de la Convención, el cual determina:

“Artículo 5: 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.”¹⁴

Esta es una obligación dirigida a los padres, tutores o responsables del niño para que le otorguen todos los conocimientos necesarios para poder ejercer sus derechos, en relación a esto los mayores, tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes de acuerdo con su edad y grado de madurez.

A su vez, tienen que otorgarle un entorno seguro y adecuado para que los adolescentes puedan desarrollarse.

- Respeto a las opiniones del Niño: establecido en el artículo 12 de la Convención.

También es fundamental para la salud y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes el derecho de expresar su opinión libremente y a que sean tenidas debidamente en cuenta.

¹⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

- Derechos civiles y libertades: Estos están garantizados en la Convención en los artículos 13 a 17.

Los mencionado aseguran, principalmente, el derecho de los adolescentes a tener acceso a la información adecuada como un derecho fundamental.

Respecto a esto, el artículo 17 establece que:

*“Artículo 17: Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. (...)”.*¹⁵

Para lograr este acceso, los Estados deben promover diferentes medidas, ya sea, a través de leyes, políticas o programas, con respecto a numerosas situaciones relacionadas con la salud como la planificación familiar, prevención de accidentes, protección contra prácticas tradicionales peligrosas, abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias perjudiciales, etcétera.

Los Estados partes, por otro lado, con el objeto de promover la salud y el desarrollo adolescente deben respetar estrictamente el derecho a la intimidad y confidencialidad, incluso con el asesoramiento acerca de cuestiones de salud. En relación a esto, los trabajadores de la salud, tienen la obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a los adolescentes, las cuales, solo pueden divulgarse con consentimiento de ellos.

¹⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

- Protección contra toda forma de abuso, descuido, violencia y explotación: con respecto a esta cuestión los Estados partes, tienen que adoptar medidas para proteger la integridad, física, sexual y mental de los adolescentes impedidos, que son los más vulnerables a los abusos. Para adoptar estas medidas, se debe tener en cuenta la autonomía progresiva de los adolescentes y el Derecho a ser oído.

Para que los adolescentes gocen de salud, y tengan un desarrollo adecuado, además de estar obligados los Estados a respetar los derechos descritos anteriormente, es necesario que garanticen la creación de un entorno sano y propicio, ya que es éste el que condiciona fuertemente esos aspectos.

La creación de un entorno seguro y propicio supone desarrollar actividades tanto en el entorno inmediato de los adolescentes, que se refiere a la familia, otros adolescentes, la escuela y los servicios, como así también en un entorno más amplio formado por la comunidad, dirigentes religiosos, medios de comunicación, políticas y leyes.

La tarea de los Estados es, según el comité, la elaboración y aplicación de normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes, pero teniendo en cuenta la evolución de las facultades de los mismos.

Para esto, es necesario, proporcionarles a los padres información adecuada y apoyo para que puedan crear una relación de confianza en temas relacionados a la sexualidad y comportamiento sexual, o los abusos, como las drogas o el alcohol.

En la tarea de crear un entorno adecuado, la escuela también cumple un rol fundamental, ya que, es el lugar de enseñanza, desarrollo y socialización de los adolescentes. En relación a esto, la Convención establece que la educación del Niño

debe estar encaminada a desarrollar la personalidad, las actitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.¹⁶

En relación a la educación, debe tenerse como objetivo principal que los niños terminen su escolaridad contando con elementos básicos que le permitan hacer frente a las distintas dificultades que puedan presentárseles. Estos conocimientos básicos, deben incluir, llevar una vida sana, resolver conflictos de forma no violenta, tener relaciones sexuales satisfactorias, entre otros.

Una problemática en relación a la escuela, es que, durante la etapa de la adolescencia, cada vez más jóvenes comienzan a trabajar y abandonan su formación educativa. La participación de las actividades laborales de conformidad con las normas internacionales puede ser beneficiosos para el desarrollo de los adolescentes, en la medida que no se ponga en peligro el disfrute de otros derechos como la salud y la educación. En relación a esto, el comité, insta a los Estados partes para adoptar todas las medidas para abolir todas las formas de trabajo infantil.

Otra de las cuestiones que podemos visualizar en relación a la afectación del entorno propicio para el desarrollo de los adolescentes son los matrimonios u embarazos precoces, que constituyen factores importantes generadores de problemas sanitarios, relacionados con la salud sexual y reproductiva. Los Estados partes, deben facilitar a los adolescentes el acceso a la información sexual y reproductiva, peligros de embarazos precoces y la prevención de VIH y otras enfermedades de transmisión sexual.

Los adolescentes, corren peligro de sufrir el contagio de estas enfermedades, es por eso que, los Estados, deben garantizar la existencia y el acceso a los bienes, servicios y como ya se dijo, información adecuada, para prevenir y tratar estas infecciones. Para esto, los Estados

¹⁶ Artículo 29, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

deben elaborar programas de prevención efectiva, tomar medidas encaminadas a cambiar las actitudes culturales en relación a las necesidades de los adolescentes y adoptar medidas legislativas para luchar contra las prácticas que aumentan el riesgo de infección.

Otra de las preocupaciones actuales en relación a la salud de los adolescentes es la elevada tasa de suicidios en este grupo etario, generados por los desequilibrios mentales y enfermedades psicosociales comunes en esta edad. Estas enfermedades, generalmente, se relacionan con la violencia, los malos tratos, los descuidos por parte de los adultos y los abusos sexuales, entre otras cosas.

El artículo 24 de la Convención, se pide a los Estados partes, que proporcionen el tratamiento y rehabilitación adecuados a los adolescentes con perturbaciones mentales para que la comunidad conozca los primeros indicios y síntomas, como también la gravedad de estas enfermedades y así sea posible proteger a los adolescentes. Los menores con perturbaciones mentales tendrán derecho a una atención y tratamiento adecuado, en la medida de lo posible dentro de la comunidad en la que viven. Cuando sea necesario su hospitalización, la decisión debe ser adoptada de conformidad con el principio de interés superior del niño, como también el ejercicio de su derecho a ser oído.

6.1.2 Ámbito interno

Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, a partir de la sanción del CCyC, se produjo una modificación respecto a la minoridad. A diferencia del Código de Velez que hablaba de impúberes para hacer referencia a los menores hasta los 14 años y de menores adultos, quienes cumplían 14 años y hasta los 18 donde se adquiría la mayoría de edad.

Ahora, el CCyC, menciona en su artículo 25 que se considera menor de edad, como término genérico a quien no ha cumplido 18 años, pero del mismo, crea la categoría de adolescentes, diferenciándolos de los niños o niñas.

Así, el artículo 25, establece que se considerara adolescente al menor de edad que ha cumplido 13 años, el cual lo será hasta los 18, donde se mantiene como edad a partir de la cual se adquiere la mayoría de edad.

Como principio general, el artículo 24, incluye a los menores de edad dentro de la clasificación de personas incapaces y por ellas se refiere a quien no cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

Como dijimos anteriormente, en nuestro Código, hoy, se recepta el principio de autonomía progresiva, como también los demás vinculados al mismo. Así, el artículo 26 después de determinar que los menores actúan a través de sus representantes, dice: *“no obstante, la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí, los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”*.

Esto genera que igualmente los menores no tengan una capacidad plena, sino que el término madurez suficiente de todos modos solo habilita a las personas menores de edad para realizar los actos que le son permitidos por el propio ordenamiento jurídico.

Este artículo 26, se originó en un contexto de debates sobre el acceso de los adolescentes a los anticonceptivos, pero el Código Civil y Comercial extiende el alcance de esa capacidad al resto de los tratamientos médicos. *(Lafferriere, Jorge Nicolás, 2017).*¹⁷

Para una mayor comprensión acerca de los debates que se dieron vinculados con los adolescentes y la procreación responsable podemos hacer referencia a una sentencia inglesa denominada: “GILLICK”. En la misma, se determinaron criterios relativos a la competencia para decidir sobre anticoncepción para menores de 16 años, aclarándose que no es suficiente que la niña implicada en el caso entienda la naturaleza de la información que se le está brindando, sino que, además, tiene que tener la madurez suficiente para entender que es lo

¹⁷ http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932017000200067&script=sci_arttext

que está en juego. Además, se sostuvo que, los derechos de los padres ceden ante el derecho del niño a tomar sus propias decisiones cuando alcanza una comprensión suficiente y un discernimiento para ser capaz de formar su propia decisión en la materia que la requiera.

*(Lafferriere, Jorge Nicolás, 2017).*¹⁸

En Argentina, en correlación con el caso anterior, la temática de la salud sexual fue la primera en que se plantea una discusión sobre la capacidad de los niños para intervenir por sí mismos en temas médicos. El criterio que se impuso en estos casos, fue, permitir a los menores acceder a estos programas por sí mismos, de esta forma lo expreso el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires: “la limitación de la autoridad de los padres correlativa a la concesión de un derecho a los niños, niñas y adolescentes en edad fértil, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la ley”. Este fallo, citó la sentencia del caso inglés antes mencionado. *(Lafferriere, Jorge Nicolás, 2017).*¹⁹

Podemos ver como el Código Civil y Comercial, ha querido recoger las disposiciones de la Convención de los Derecho del Niño, consagrando en términos generales la capacidad progresiva de los menores de edad, pero solo para el ejercicio de los derechos personalísimos y en relación al cuidado de su propio cuerpo, como así también, para que sus opiniones sean tenidas en cuenta en el ámbito judicial y extrajudicial.

Respecto al tema que desarrollamos en este título, el artículo 26 del Código Civil y Comercial, es el que hacer referencia al ejercicio de los derechos de los menores sobre su propio cuerpo. La disposición, determina que actos se toman en cuenta para establecer la madurez del menor que le permite ejercer esos derechos.

¹⁸ http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932017000200067&script=sci_arttext

¹⁹ http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932017000200067&script=sci_arttext

Antes de comenzar el análisis del artículo, podemos ver a modo de resumen, que el mismo comprende cuatro situaciones:

- a- Menores de 13 años, los padres o tutores son quienes brindan el consentimiento para los tratamientos médicos, sin perjuicio de que se efectivice el derecho del niño o niña a ser oído.
- b- Adolescente entre 13 y 16 años, se presume que cuenta la aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
- c- El adolescente entre 13 y 16 años, debe prestar el consentimiento con la asistencia de sus progenitores si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida. En este caso, el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta el interés superior del niño sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no de un acto médico.
- d- El adolescente, a partir de los 16 años, es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Los actos mencionados en el artículo, refieren a tratamientos médicos sobre los que el menor puede decidir.

La norma distingue, por un lado, adolescentes, que tienen entre 13 y 16 años y por otro lado aquellos que tienen entre 16 y 18 años, que son adolescentes a los cuales califica como adultos para las decisiones que pueden tomar sobre su propio cuerpo.

Comenzando con los menores, entre 13 y 16 años, el Código Civil y Comercial, presume que éste grupo tiene aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos tratamientos que no son

invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. De lo contrario, si el tratamiento es invasivo, compromete su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores.

El conflicto que pueda suscitarse entre ambos, progenitores y adolescentes, se resuelve teniendo en cuenta el interés superior de los segundos, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Para poder determinar la capacidad del menor para decidir sobre los tratamientos médicos, el criterio es determinar si los mismos son, invasivos o no invasivos.

Podemos definir tratamiento como un conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad, con lo que no se refiere a actos aislados.

También es importante definir que se considera por tratamiento invasivo. Un servicio de la biblioteca de medicina de Estados Unidos define, a los tratamientos no invasivos como aquellos que no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetren físicamente en el cuerpo. De ésta forma, cualquier tratamiento que implique romper la piel o tejidos sería un acto médico que el adolescente no podría tomar por sí.²⁰

Por otro lado, el CCyC exige que los tratamientos no comprometan la salud, ni provoquen un riesgo grave en la vida o integridad física del adolescente.

Por último, la norma dispone que en caso de conflicto entre el representante que preste la asistencia y el menor, se resuelva teniendo en cuenta el interés superior del niño, sobre la base de las opiniones médicas.

²⁰ Manual de Derecho Civil Parte General, Rivera Julio Cesar, Editorial: Abeledo Perrot, Edición: 2016, Capítulo 9, página 261.

El problema se presenta cuando un menor se opone, por ejemplo, a un tratamiento quirúrgico urgente, mientras que sus representantes quieren que se realice. En este caso, habría que buscar la solución en la ley 26.529 sobre los derechos del paciente donde se establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos que involucren su vida o su salud, pero posteriormente establece que el consentimiento informado para un tratamiento, luego de darse las explicaciones pertinentes para poder formarlo, puede ser dado por sus representantes legales.

Como conclusión podemos determinar que, para tratamientos médicos de relevancia el consentimiento puede ser dado por los representantes legales con intervención del menor cuya opinión debe ser tenida en cuenta. Pero cuando existe una urgencia médica de gravedad, el profesional, podrá optar por tomar en cuenta la voluntad de los representantes legales. En nuestra opinión, en estos casos hay una reducción del principio de autonomía progresiva, pero proporcionalmente debe darse un aumento en la consideración de los otros dos principios primordiales como son el interés superior del niño y el derecho a ser oído y que su opinión se tenga debidamente en cuenta.

Con respecto al otro grupo, el artículo 26 establece que, a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Esto implica que el mayor de 16 años puede decidir sobre el cuidado de su cuerpo, pero, ello no permite que pueda tomar decisiones sobre todo lo atinente a su cuerpo, algunas de las mismas estarán vedadas por disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la ley 24.193, establece que solo podrán ser donantes de órganos, las personas mayores de edad.

En definitiva, el artículo 26, lleva a la recepción en nuestro derecho interno del principio de autonomía progresiva, vinculado al interés superior del niño y el derecho a ser oído, consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Así, se permite que, en diferentes etapas previas a la llegada de la mayoría de edad, el niño, niña o adolescente pueda tener participación en cuestiones que deciden sobre ellos, tomando así la consideración de que son sujetos titulares de derecho y no objetos de protección.

6.2 Derecho a la identidad.

El principio de autonomía progresiva puede desenvolverse en diferentes aspectos del derecho a la identidad, al igual que pasa con el derecho a la salud, donde vimos que el ejercicio de los derechos de los cuales los niños, niñas o adolescentes son titulares se pueden dar de diferentes maneras dentro de distintos tipos de actos.

6.2.1 Ámbito internacional y ámbito interno

Dentro del derecho internacional es imprescindible comenzar con el artículo de la Convención de los derechos del niño que lo recepta. El artículo 8 determina:

“Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”²¹

Es correcto comenzar con una definición de identidad personal, a la cual podemos considerarla como: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno

²¹ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.

mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero traspasando el presente existencial, se proyecta a futuro” esta definición fue elaborada por Fernandez Sessarego.²²

La Corte interamericana de Derecho Humanos agrega que, respecto a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, el nombre y a las relaciones de familia, como también el derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad.²³

Por lo tanto, podemos decir que, el derecho a la identidad, representa la existencia de la persona frente a la sociedad, de manera particularizada, diferente al resto de las personas. Son atributos que permiten diferenciar a los sujetos, unos, de otros.

Siguiendo el artículo 8 de la Convención resulta una obligación de los Estados partes no solo garantizar y preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes, sino también lograr y permitirle el acceso a la información inherente a su identidad.

En nuestro derecho interno el derecho a la identidad puede verse establecido primero en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En su artículo 11 establece:

“Artículo 11 — DERECHO A LA IDENTIDAD: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su

²² FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992. Págs. 99 y ss.

²³ Corte Interamericana de Derecho Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.

identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.”²⁴

A partir de la sanción del CCyC el derecho a la identidad tuvo un gran desarrollo en nuestro derecho interno en lo referente a el derecho del niño, niña o adolescente de conocer sus orígenes, comprendido esto dentro del derecho a la identidad considerado en un carácter general.

²⁴ Ley 26.061, LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, Sancionada: Septiembre 28 de 2005, Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.

Una cuestión interesante para analizar tiene que ver con una innovación del CCyC, que es, incluir dentro de las fuentes de filiación a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Así el artículo 558 establece:

“Artículo 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”²⁵

Aparecen así, las TRHA, como una nueva forma de filiación, claro está, adaptándose nuestro derecho a una práctica habitual en la realidad social.

El artículo, equipara las tres fuentes de filiación en cuanto a los efectos que deriven de las mismas. Pero, no debe pasarse por alto la diferenciación que se establece el cuanto al derecho de conocer los orígenes de quien haya sido concebido por TRHA.

Siguiendo con esto el artículo 564, refiriéndose a la información a la que puede acceder una persona nacida por las TRHA establece:

“Artículo 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;

²⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994.

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.”²⁶

A partir del mencionado artículo podemos plantear distintas cuestiones a tener en cuenta, por ejemplo, como se protege y se hace efectivo el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes concebidos por TRHA, otra cuestión es en relación a si se puede conocer libremente la identidad del donante, a que información se puede acceder, entre otras.

Para comenzar con estos interrogantes, el artículo 563 dispone:

*“Artículo 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.”*²⁷

Esto constituye un acierto de la normativa. Permite garantizar de algún modo el derecho de las personas nacidas a través de estas técnicas a conocer su verdadera identidad y que fue de esa forma concebida.

El problema es que la norma anterior no parece ser suficiente, ya que las cuestiones que antes planteamos no quedan resueltas en su totalidad con la redacción del artículo. No basta con que una persona conozca que fue concebida mediante las TRHA, si bien se produjo un acierto, no es suficiente para tener por garantizado el derecho a la identidad que consagra el artículo 8 de la Convención de los Derecho del Niño.

Los niños, niñas o adolescentes necesitaran más que lo que el artículo 564 plantea para su derecho a la identidad, la disposición, solo permite conocer datos médicos y la identidad del donante siempre que existan razones debidamente fundadas y mediante un procedimiento judicial, que, aunque requiere que sea el más breve, no debe pasarse por alto que no todos los

²⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994.

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994.

niñas, niños y adolescentes podrán tener un acceso efectivo al procedimiento judicial, y, de tenerlo, no siempre encontrarán un juez que considere que conocer la identidad del donante sea una razón debidamente fundada, aunque para el niño, niñas o adolescente conocer su origen y su progenitor resulte algo primordial. Recordemos que, el niño, niña o adolescente, en consideración de su edad y grado de madurez suficiente, deben participar de dichos procesos, ser oídos y que su opinión sea tenida debidamente en cuenta.

Lograr un reconocimiento efectivo y total del derecho a la identidad, conlleva cumplir con el interés superior del niño, principio primordial y que ya desarrollamos. Éste debe ser puesto por sobre el interés del donante y de cualquier adulto.

El conocer sus orígenes genéticos, saber que fue concebido por TRHA y la identidad del donante, es solo una parte del derecho a la identidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que: *“puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”*.²⁸

A pesar de constituir solo una parte del derecho a la identidad, el artículo 564, no solo que no es suficiente, sino que, además, traduce una injerencia ilícita en el goce del derecho. El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño resalta que parte del derecho a la identidad lo constituyen las relaciones de familia. Es claro que la disposición del CCyC afecta esto último, además de resultar nocivo del interés superior del niño como también el negar el acceso a tal información no permite un reconocimiento, en esta cuestión, de la capacidad progresiva.

Cuestión interesante que vincula el derecho a la identidad y el principio de autonomía progresiva, es lo relativo al nombre.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

Nuestro CCyC, menciona en el artículo 62:

*“Artículo 62.- Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.”*²⁹

Consagra el uso del nombre como un derecho y un deber de usarlo para todas las personas, con ello, claro está, también abarca a los niños, niñas y adolescente.

La elección del prenombre lo harán, en casos normales, los progenitores y el apellido será el de estos con las opciones que hoy da la normativa. Pero tomando el artículo 66, que consagra: “La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando”³⁰, recepta la autonomía progresiva respecto al pedido de que se inscriba el apellido que está utilizando en caso de carecer de inscripción de alguno. Un niño, niñas o adolescente, con edad y grado de madurez suficiente, sumando la consideración del interés superior del niño podrá solicitar la inscripción respectiva.

Lo más interesante es lo determinado por el artículo 69:

“Artículo 69.- Cambio de nombre. El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez.

Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a:

- a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad;*
- b) la raigambre cultural, étnica o religiosa;*
- c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.*

Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima

²⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.”³¹

Los justos motivos establecidos en los incisos a, b y c, serán evaluados por el juez, en un proceso que será el más breve que la ley local prevea, donde deberá por la recepción del principio de autonomía progresiva establecido en la Convención de los Derecho del Niño y principio de nuestro CCyC, haber una participación del niño, niña o adolescente que solicite el cambio, deberá ser oído y su opinión tenida en cuenta, siempre apreciando la edad y grado de madurez con la que cuenta.

Más importante aún, será en los justos motivos mencionados en la última parte del artículo, no por ser más trascendentes, sino, porque, no hay intervención judicial y puede generarse un inconveniente si la persona responsable del cambio en su registro, no tiene incorporada la perspectiva que hoy muestra el principio que analizamos en este trabajo, es decir, la autonomía progresiva, mediante el cual el niño, niña o adolescente que cuente con edad y grado de madurez suficiente, podrá pedir, directamente en el registro, ante esos motivos el cambio de prenombre o apellido.

³¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994

Parte 7

7. Conclusión.

Culminando con el análisis del principio trascendental de *Autonomía Progresiva*, es necesario llegar a una conclusión. Decimos trascendental porque, no solo es un principio consagrado internacionalmente, sino que, además, desde agosto de 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se recepta en nuestro derecho interno.

Esta incorporación, permite darle la correspondiente participación a los niños, niñas y adolescentes, que, en principio, tienen capacidad restringida, produciéndose una flexibilización en las normas que genera la obligación en el juez y demás actores intervinientes en procedimientos que se relacionen con ellos de oír, tener debidamente en cuenta y valorar sus opiniones, de acuerdo a su edad y grado de madurez, permitiendo un mayor desarrollo en el actuar autónomo de éste grupo y con ellos un debido respeto de sus derechos fundamentales.

De esta forma, se reafirma la idea predominante en el Código Civil y Comercial en materia de capacidad, que es, afirmar la autonomía de los individuos, como regla, para participar de las decisiones que hacen a su persona y en su caso, proteger a los incompetentes de los efectos que puedan ocasionar una mala toma de decisiones, ello, mediante un sistema amplio de asistencia donde se contemple su intervención y no se desplace totalmente su opinión.

El principio bajo análisis, está directamente vinculado y complementado por otros dos principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y receptados, también, por nuestro derecho, los mismos son, el interés superior del niño y el derecho a ser oído, que en conjunto con el de *Autonomía Progresiva*, son rectores del cambio de paradigma en nuestro derecho interno y a su vez, ponen un límite a las decisiones que los adultos toman sobre los niños, niñas y adolescentes.

A lo largo de este trabajo también se han definido y desarrollado estos principios complementarios, necesarios para poder entender y consecuentemente comenzar a utilizar y darle importancia a la autonomía progresiva.

Para poder ejercer la misma es necesario que los niños sean oídos sin importar la edad que tengan y que esa opinión sea tenida en cuenta según la madurez que presenten en su desarrollo psicofísico. Aquí es donde entra a jugar el principio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Este es un principio fundamental porque nos permite conocer que es lo que piensan, sienten y quieren los menores de edad y fundamentalmente, nos brinda la información necesaria para poder llegar a soluciones que tengan en cuenta sus pensamientos autónomos.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta al momento de tomar decisiones respecto de los niños, niñas y adolescentes su interés superior, que garantiza que al momento de resolver las cuestiones relativas a los mismos se garantice el pleno goce de sus derechos, siendo este principio una herramienta para evitar también que los mayores limiten los derechos de los niños.

Las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, son las que sientan las bases interpretativas a nivel internacional de los principios desarrollados, marcando el camino a seguir por los distintos Estados partes en el cumplimiento y defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En nuestro derecho interno, se recepta la autonomía progresiva en el artículo 26, y refiere solo a los adolescentes y a cuestiones en materia de salud, uno de los derechos que fue analizado en particular en este trabajo, generando a lo largo de los diferentes párrafos un avance gradual en la capacidad de los menores para poder tomar decisiones respecto de su propio cuerpo y los tratamientos que sean necesarios para su persona.

Por otro lado, en relación a la autonomía progresiva también se realizó un análisis del derecho a la identidad y cómo influye la edad y el grado de madurez de los niños, niñas y adolescentes en relación a la toma de decisiones respecto de cuestiones referentes a sus derechos filiales y nombre.

Después de hacer un análisis de estas diferentes cuestiones mencionadas anteriormente, la conclusión final a la que arribamos, es que al momento de analizar nuestro derecho interno que debe hacerse una interpretación extensiva del principio de *Autonomía Progresiva*, aplicándose a niños, niñas y adolescentes y a todo procedimiento y decisión que los involucre; y a su vez que se extienda este principio de autonomía a todas las temáticas que los incluya y no solo con respecto al derecho a la salud.

Bibliografía

- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 20 de Noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.
- Fernandez Sessarego Carlos, Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.
- Ley de proteccion integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Sancionada: Septiembre 28 de 2005, Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.
- Manual de Derecho Civil Parte General, Rivera Julio Cesar, Editorial: Abeledo Perrot, Edición: 2016.
- Observación general N°4, año: 2003 sobre la Salud y el Desarrollo de los Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derecho del Niño.
- Observación general N°12, año: 2009 del Derecho al Niño a ser escuchado.
- Observación general N°14, año: 2013 sobre Derecho al Niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Revista electrónica Cuestiones de Derecho N°3, año: 2012, Título: Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente, Autora: Sabrina Viola
- <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Fecha de acceso 16 may.. 2019.

- http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932017000200067&script=sci_arttext

Índice

Parte 1

1. Introducción	2
-----------------------	---

Parte 2

2. Conceptualización	4
2.1.Nociones básicas.....	4

Parte 3

3. Autonomía progresiva en el derecho interno.....	7
3.1.Antecedentes normativos- Ley 26.061.....	7
3.2.Autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial.....	7

Parte 4

4. Autonomía Progresiva en el derecho internacional de los DD-HH.....	9
---	---

Parte 5

5. Principios trascendentales que complementan el principio de Autonomía Progresiva	12
5.1.Derecho del niño a ser escuchado.....	12
5.1.1. Vinculo con otros derechos de la Convención.....	20
5.1.2. Interés superior del niño.....	20
5.1.3. Derecho a la no discriminación.....	21
5.1.4. Derecho a la libre expresión y derecho al acceso a la información....	21
5.2.Interés superior del niño.....	22

Parte 6

6. Ejercicio de la autonomía progresiva en derechos particulares.....	29
---	----

6.1.Derecho a la salud.....	29
6.1.1. Ámbito internacional.....	29
6.1.2. Ámbito interno.....	37
6.2.Derecho a la identidad.....	43
6.2.1. Ámbito internacional y ámbito interno.....	43

Parte 7

7. Conclusión.....	51
8. Bibliografía	54