

Comisión n°1, Privado Parte General: "Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana"

CONDICIÓN JURÍDICA BÁSICA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD CON GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE

Autores: Luis Enrique Abbiati, Raúl Almirall, Lucía Carolina Colombato e Ivana Cajigal Cánepa*

Resumen:

Un atributo fundamental como la capacidad, exige realizar una interpretación integral del ordenamiento jurídico, la que necesariamente deberá efectuarse a la luz del “Sistema Internacional Protectorio de los Derechos Humanos de los N.N.A.”, en particular de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (de jerarquía constitucional desde 1994), y de las leyes que se han dictado en consecuencia, tales como la 26.061 y 26.579.

A partir de los cambios introducidos por el C.C.C.U. sobre la capacidad de la persona humana, analizamos la situación de los menores, en el entendimiento de que la incapacidad de ejercicio es su situación jurídica básica. A partir de allí, esbozamos algunas ideas de cómo conciliar esta normativa con la capacidad progresiva y el interés superior del niño.

1. Introducción

El instituto de la capacidad ha sufrido una transformación significativa a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. En este aspecto, el Código Civil de Vélez Sarsfield, signado por los principios capitales del Código Napoleón, sostuvo una concepción patrimonialista a la que no escapó la regulación de la capacidad. Criterio patrimonial fortalecido, a su vez, en el marco de una concepción individualista del derecho subjetivo.

Estos rasgos, configuraron a los incapaces como objeto y no como verdaderos sujetos de derecho y de derechos.

La Ley 17711 marcó un primer punto de inflexión incorporando institutos que flexibilizaban el régimen de capacidad (como la emancipación por habilitación de edad o la inhabilitación) que fue profundizándose luego, con el proceso de constitucionalización del derecho privado que, junto a los fenómenos del reconocimiento y la internacionalización de los derechos personalísimos, daría paso a un cambio paradigmático.

Es necesario destacar que, en relación a la subjetividad jurídica de niñas, niños y adolescentes, el campo disciplinar del derecho civil se ha visto transformado por “la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), que ha sido ciertamente un *turning point* que colocó en el centro de la escena la cuestión del sujeto y sus derechos asociados”¹.

* Cátedra de Derecho Civil I, Universidad Nacional de La Pampa.

¹ BUSTELO GRAFFIGNA, Eduardo (2012). “Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano”. *Salud Colectiva*, Buenos Aires, Volumen 8 (3), pp. 287-298, Septiembre – Diciembre 2012, p. 288.

Es de la mano del derecho internacional de los derechos humanos, que, tardíamente comienza el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Superada la primera etapa de consolidación de los derechos humanos, una vez adoptado el conjunto de instrumentos conocidos como la Carta Internacional de los Derechos Humanos², se desarrolla lo que se conoce como la etapa de especificación de los derechos humanos “(...) que consiste en el paso gradual hacia una determinación o concreción de los sujetos titulares de esos derechos, es decir, la vinculación de esos derechos a las personas concretas de sus titulares, que es una respuesta a los problemas concretos derivados de su condición social, cultural o física”³

Si bien los niños/as son, como todos los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos, se reconocerá en esta etapa su especial situación de desprotección y vulnerabilidad, lo que justifica la adopción en 1989 de un tratado específico: la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, que da nacimiento a una otra mirada y otro discurso sobre la infancia, desde los que se edifica un nuevo paradigma: el de la protección integral.

Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada *niño, niña y adolescente* como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ésta. Con base en algunos principios como el interés superior⁵, la autonomía progresiva⁶, el derecho a la no discriminación, entre otros, propone crear un nuevo patrón de tratamiento jurídico⁷.

Nos proponemos analizar de qué modo este cambio de paradigma influye en la consideración de la condición jurídica básica de la persona menor de edad con grado de madurez suficiente.

² La expresión Carta Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de instrumentos internacionales integrado por: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), sus dos Protocolos Facultativos referidos al procedimiento de denuncias individuales y la abolición de la pena de muerte, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

³ ALVAREZ DE LARA, María Rosa, (2011). “El Concepto de Niñez en la Convención sobre Derechos del Niños y en la Legislación Mexicana”. En: Pérez Contreras, María Monserrat y Macías Vázquez, María Carmen (Coord.) *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes* (1-11). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, p. 1

⁴ En adelante ‘La Convención’, no es el primer instrumento internacional que reconoce a los niños/as como titulares de los derechos humanos, pero sí el primero de carácter vinculante para los estados signatarios. Entre sus antecedentes se mencionan la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, conocida como Declaración de Ginebra y adoptada en el seno de la Sociedad de las Naciones, y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, adoptada en el seno de la Organización de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

⁵ La Ley N° 26.061 art. 3° nos aproxima, si bien recurriendo a pautas generales, a que debe entenderse por “interés superior”: “...la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”; indicándose que debe reconocerse especialmente –entre otros– “su condición de sujeto de derecho” y “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

⁶ “La autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad (...) 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 titulares”, conforme LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 418/419

⁷ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (2011). “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”. En: Pérez Contreras, María Monserrat y Macías Vázquez, María Carmen (Coord.) *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes* (35-49). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, p. 43

2. La capacidad en el nuevo Código

En el CCCU, la capacidad es referida como *atributo* y no como *presupuesto* de la personalidad, al prescribir el artículo 22 que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos...”

Del texto resulta claramente el *reconocimiento -no el otorgamiento-* que el ordenamiento jurídico hace de un atributo que, como tal, lo considera ínsito a la naturaleza humana.

Se ha observado, con razón, que el reconocimiento de la capacidad de derecho se ha hecho sobre la base del concepto tradicional de derecho subjetivo, siendo que habría sido conveniente adscribir tal capacidad a la aptitud de ser titular de “*intereses jurídicamente protegidos*”, con lo cual se habría trascendido de los “*derechos de la persona*” (derechos subjetivos) a los “*derechos de las personas*” (tales los *derechos colectivos*: niño, mujer, paciente, consumidor, etc.)⁸.

En relación a la capacidad de ejercicio, el nuevo Código innova significativamente, a saber:

a) Se abandona la finalidad primordialmente patrimonialista que perseguía la protección de los incapaces.

b) Se tiene al principio de autonomía -y su estimulación- que traslada el eje de la pauta etaria a la noción de competencia progresiva⁹, como paradigma de la nueva regulación de esta materia, con base en los criterios rectores que han inspirado a las Convenciones tanto sobre los Derechos del Niño como de las Personas con Discapacidad y las respectivas leyes locales dictadas en su consecuencia

c) Se reemplazan los compartimentos rígidos de “capaces e incapaces” -sustentados en bases sólo etarias- por criterios graduables que propicien el ejercicio de la autodeterminación en un marco que brinde la mayor protección con el acompañamiento, a su vez, de la mayor libertad.

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

2.1- Las normas comprometidas:

Artículo 23.- Capacidad de ejercicio: Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

El nuevo Código instituye la denominación *capacidad de ejercicio*, sustituyendo a la *capacidad de hecho* del código velezano.

Sentado el principio general por el que se le reconoce a la persona humana la aptitud para ejercer o cumplir por sí misma los derechos o deberes de los que fuere titular, la norma, a renglón seguido, advierte de las limitaciones que ese principio puede sufrir.

Tales limitaciones resultan de:

- 1) *las incapacidades declaradas* por el artículo 24, incisos a (persona por nacer) y b (personas menores de edad, éstas con las limitaciones resultantes de la edad y el grado de madurez que puedan tener)
- 2) *la incapacidad prevista* por el artículo 24, inciso c, *y declarable* por sentencia judicial en razón del caso referido por la última parte del artículo 32 (persona absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno).

⁸ Tobías, Jose W.: “La persona humana en el Proyecto”, *La Ley*, 25/6/2012.

⁹ Ver nota N° seis

- 3) *las restricciones a la capacidad previstas* por el artículo 32, primera parte, y *declarables* por sentencia judicial (persona que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada).
- 4) *la inhabilitación, que declarable* por sentencia judicial procede en el caso previsto por el artículo 48 (prodigalidad).

De las limitaciones antedichas, algunas (personas por nacer y menores de edad) resultan *ya declaradas “ministerio legis”*, es decir “*ab initio*”, por el propio Código, al tratarse de incapacidades *concretas* que son consideradas causas inherentes a la evolución natural del proceso biológico propio de la vida humana¹⁰, de manera que siendo ellas, por esa razón, comunes a todas las personas, pueden ser calificadas de incapacidades normales.

Las restantes limitaciones, en cambio, resultan sólo *declarables* por una sentencia judicial en el caso de configurarse el respectivo supuesto de hecho previsto por la norma (el Código) con carácter *eventual*, en tanto obedecen a causas que no son comunes a todas las personas y de ahí que pueda calificárselas de excepcionales.

En todo caso debe ponerse de relieve –atento a los términos del artículo 23 “in fine”- que las incapacidades siempre son de origen legal.

La nueva normativa permite, en síntesis, tener las siguientes categorías en materia de capacidad jurídica:

- a) La capacidad plena: que se presume en toda persona mayor de edad (art.23).
- b) La capacidad restringida: resultante de las circunstancias previstas en el art. 32, 1ª parte.
- c) La inhabilitación: como especie de la capacidad restringida en el caso de la prodigalidad prevista por el artículo 48.
- d) La incapacidad absoluta, propia de la persona por nacer y de quien se encuentra absolutamente impedida de interaccionar con su entorno (arts. 24, inc. a, y 32, in fine).
- e) La incapacidad relativa, por obra del criterio de la autonomía y capacidad progresiva que se admite para las personas menores de edad (art. 24, inc. b).

Cabe aclarar -a propósito de las dos últimas categorías- que la distinción entre incapacidades “absolutas” y “relativas” resultantes del Código de Vélez ha sido eliminada en el nuevo Código, y que el uso que hacemos de tales adjetivos los es sólo con un sentido *cuantitativo* a diferencia del *carácter cualitativo* con que eran empleados por el Código ahora derogado.

2.2.- Los distintos casos

2.2.1.- Persona incapaces.

La descripción de ellas la hace el artículo 24: “Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;

¹⁰ Esta afirmación es discutida por algunas corrientes dentro del campo de las ciencias sociales. Las representaciones de la sociedad occidental respecto de la niñez, se encuentran fuertemente naturalizadas e invisibilizadas (Szulc, 2006), de manera tal que desde el sentido común se la concibe como un hecho biológico, una categoría ahistórica y homogénea, características que actualmente están siendo cuestionada. Los estudios sobre la niñez, llaman la atención sobre el hecho de que la infancia es una construcción cultural que se ha transformado a lo largo de la historia y que se trata de un producto de la modernidad (Aries, 1962), que no debe ser aislado de otras categorías analíticas como el género y la clase social.

- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

2.2.2.- La personas menores de edad.

a) Consideraciones generales

El eje rector de la nueva regulación en la materia lo constituye la consideración de la persona menor de edad como sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección. A este efecto, se deberá respetar el derecho que tiene de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, para lo cual corresponde tener en cuenta sus opiniones en función de *la edad y grado de madurez* del mismo. Se adopta así el principio de la autonomía y capacidad progresiva de la persona menor de edad, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El artículo 125 define al menor de edad como la persona que no ha *cumplido* dieciocho años.

El nuevo Código elimina la distinción entre menores impúberes y adultos; a la vez que incorpora la figura del *adolescente* (art. 25, 2ª parte) -considerándose tal al menor que ha cumplido los 13 años- y con ello se introduce una distinción entre los menores, ya que la ley 23.849, al tener por niño a todo ser humano desde la concepción y hasta los dieciocho años de edad, permite concluir en que los menores se clasifican en niños propiamente dichos (hasta el cumplimiento de los 13 años) y adolescentes (desde que cumplen esa edad y hasta los 18 años).

b) Situación jurídica de la persona menor de edad.

Al respecto, el artículo 24 -en su exordio- predica la condición de incapaz de ejercicio que, entre otros, tiene (inc. b) "*la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*", con el alcance dispuesto en la Sección 2ª (del capítulo de la capacidad) referida a la persona menor de edad.

Tal texto legal es, a nuestro juicio, merecedor de un serio reproche a raíz de la incertidumbre a la que conduce respecto a la determinación de la situación jurídica de la persona menor de edad en relación a la capacidad de ejercicio. Ello, como resultado de una redacción alambicada y confusa. Reproche tanto más merecido si se tiene presente que la regulación legal de la capacidad de la persona humana debe responder a la mayor precisión, no debiendo dejar lugar a dudas de cuál es la situación de ella en cuanto a su capacidad de ejercicio, desde que en ésta se encuentra comprometida parte de su derecho personalísimo a la libertad.

Así, de dicho texto surge el interrogante acerca de cuál es la situación de la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Básicamente, ¿es incapaz o capaz?. Alternativa esta última permitida por una interpretación "a contrario sensu" a la que lleva la redacción del inciso b) del artículo 24. En efecto, si se tiene por incapaz al menor de edad que no reúne las condiciones de edad y madurez suficiente, ergo, quien las tiene debe entonces tenérselo por capaz. Esta conclusión, de todo rigor lógico, no es sin embargo aceptable a tenor del contexto normativo del Código en la materia.

En efecto, consideramos que no corresponde tenérsela básicamente por capaz en virtud de las siguientes razones:

- a) porque de contar con la edad y grado de madurez suficiente, *sólo puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*. Permision esta cuya necesidad se explica por la situación básica de incapacidad que tiene como persona menor de edad. Al permiso siempre lo precede un impedimento.
- b) porque si la persona menor de edad, por tener dichas condiciones deviniere en capaz, ello esterilizaría el sistema de la capacidad progresiva volviéndolo vacuo y carente de sentido. El criterio de la capacidad *progresiva*, para realizarse como tal, precisa transitar sobre el camino de la incapacidad, en cuyo curso ella va evolucionando.
- c) porque la pauta de la edad y grado de madurez suficiente resulta ser, a priori, un criterio abstracto, de aplicación eventual y variable según la factibilidad que resulte del cotejo entre esas condiciones y el acto posible. Tal grado de contingencialidad obsta para tener a la capacidad como base sustentable de la situación jurídica del menor de esa clase de menor de edad.
- d) porque si tal fuere la situación jurídica, no sería razonable predicar de ese menor la posibilidad de la emancipación, dado que ésta sería innecesaria. A mayor abundamiento, por otra parte, la emancipación -en el caso de pender ella de la decisión judicial- exige tener en cuenta la edad y el grado de madurez de aquél.

Por la razones expuestas, es que, a nuestro parecer, la mentada situación jurídica de la persona que cuenta con las condiciones referidas por el inciso b) del artículo 24, es la incapacidad, en cuyo marco, a su vez, opera -como principio y no como excepción- el sistema de la capacidad progresiva.

c) Ejercicio de los derechos

c.1) Reglas generales:

“La persona menor de edad menores ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, prescribe el artículo 26 en su primera parte. Es decir, sus padres; y a falta de éstos o si ambos fueren incapaces, estuvieren privados de la responsabilidad parental o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe. Representación, claro está, que ocurre siempre que no mediere emancipación del menor.(art. 101, inc. b)

Ahora bien, en relación al ejercicio de la representatividad que supone la responsabilidad parental, es necesario tener presente que el artículo 629 sujeta ese ejercicio a los siguientes principios:

- *el interés superior del niño*, entendiéndose por tal la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley 26.061.
- *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.*
- *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

En consecuencia con el criterio de la capacidad progresiva, el nuevo Código admite expresamente que la persona menor de edad *“que cuenta con edad y grado de madurez*

suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26, 2ª parte).

¿Cuáles son esos actos?. A título ilustrativo señalamos los siguientes:

-peticionar la agregación al suyo del apellido del otro progenitor; o si carece de apellido, pedir la inscripción del que está usando (arts. 64 y 66).

-en la representación voluntaria, es suficiente el discernimiento en el representado (art. 364).

-en la adopción, el derecho a ser oído; que su opinión sea tenida en cuenta y prestar su consentimiento a partir de los diez años (art.595, inc. f).

-en la adopción, conocer los datos relativos a su origen (art. 596).

-intervención como parte en el juicio de adopción (art. 608, inc. a y 617, inc. a).

-en la adopción simple, solicitar se mantenga el apellido de origen (art. 627, inc. d).

-siendo progenitor adolescente, ejercer la responsabilidad parental (644).

-siendo hijo adolescente, se necesita su consentimiento –sumado al de ambos progenitores- para el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; salir de la República o cambio de residencia permanente en el exterior; estar en juicio cuando no puede actuar por sí; administrar los bienes de los hijos (art. 645).

-siendo adolescente, estar en juicio criminal y reconocer hijos (art. 680).

-demandar alimentos a sus progenitores (art. 661, inc. b).

-derecho a ser informado por los contratos celebrados, en su nombre, por los progenitores con terceros (art. 690).

-pedir a los progenitores que le rindan cuenta por la disposición que ellos hayan hecho de las rentas de sus bienes (art. 697).

Desde que el ejercicio personal de esos derechos por parte del menor de edad puede generar conflictos con las decisiones de los representantes, la norma brinda respuesta al preceptuar que *“en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”* (art. 26, 2ª parte).

Dicha facultad se inscribe, a su vez, en el marco de la garantía genérica que le reconoce igual norma, al disponer que *“la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”* (art. 26, 3ª parte).

c.2) Una solución trascendente: el derecho sobre el propio cuerpo.

En efecto, el nuevo Código se ha encargado de dar respuesta a la cuestión referida a la legitimación para disponer respecto de los tratamientos médicos en relación a los menores de edad, asunto este tanto más acuciante a tenor de lo dispuesto, en orden al consentimiento informado, por la ley 26.529 sobre los derechos del paciente, cuyo artículo 6 requiere, para toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario, la expresión del consentimiento informado.

Sobre el tema, dispone el artículo 26 que “se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.”

“Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”

“A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

La norma legal encuentra su antecedente en el caso Gillick (1985), resuelto por la Cámara de los Lores, y la solución tomada lo es en base al concepto de competencia por sobre el de capacidad.

A los fines de comprender el alcance de esta norma debe distinguirse –si bien el C.C.C.U. no lo hace- los conceptos de *capacidad* y *competencia*, entendiendo que el artículo en análisis refiere a la segunda, en tanto aptitud natural vinculada al discernimiento de la persona que habrá de evaluarse frente a cada situación concreta en que el menor deba tomar una decisión vinculada al ejercicio de los derechos sobre su propio cuerpo¹¹.

Guarda así correspondencia con lo prescripto por el artículo 2º, inc. e, de la ley de derechos del paciente, en cuanto indica que “*los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*”.

3. Comentarios finales

Como hemos expresado, consideramos que una interpretación integral del ordenamiento jurídico nos conduce a sostener que la condición jurídica básica de la persona menor de

¹¹ “La competencia refiere entonces a “un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, -continúan- se analiza 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 juzgar” (HIGHTON, Elena I. – WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado”, en Garay, Oscar E., “Responsabilidad profesional de los médicos”, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 200/201)

edad es la incapacidad de ejercicio, ejerciendo sus derechos –por tanto- a través de sus representantes legales. Sin perjuicio de dicho principio general, quienes cuentan “*con edad y grado de madurez suficiente*” pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

El C.C.C.U. representa un intento de adecuar la legislación de fondo argentina con los nuevos paradigmas en la materia, ya vigentes entre nosotros¹² –e incluso contenidos en Tratados Internacionales¹³ de jerarquía constitucional desde 1994- que en definitiva redundan en el mejor interés del menor. A partir de allí, se introducen los conceptos de capacidad progresiva e interés superior del niño, a la luz de los cuales debe interpretarse toda situación jurídica que involucre niños, niñas y adolescentes.

Este nuevo paradigma en relación a la niñez y la adolescencia, parte de la idea básica de su consideración –no ya como objeto- sino como sujeto de derechos. Para no conculcar este principio, se exige escuchar sus opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta en las decisiones que se adopten, en función “*de su edad y grado de madurez*”. En este marco, el nuevo Código adopta legislativamente los principios de autonomía y capacidad progresiva de la persona menor de edad, haciéndose eco en este punto del “Sistema Internacional Protectorio de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, consecuencia desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Aplaudimos este intento, pero a la vez llamamos la atención en relación a la abigüedad que presentan algunas normas, en particular el artículo 24 inc. b, que exigirá al operador jurídico una interpretación integrativa del ordenamiento jurídico en su conjunto. Tratándose de un atributo fundamental como lo es la capacidad de la persona humana, creemos hubiera sido deseable una redacción más clara que evite inseguridades jurídicas y pueda dar lugar a interpretaciones diversas.

Destacamos especialmente la solución brindada por el art. 26 del C.C.C.U. en relación a la legitimación en la toma de decisiones de los niños/niñas y adolescentes sobre su salud, a partir de entender que la noción de consentimiento informado –requerido frente a cada acto médico- se vincula estrechamente con la de discernimiento, y por tanto con la de competencia, mas no necesariamente involucra la capacidad civil.

¹² Especialmente, las Leyes N° 26.061 y 26.529

¹³ Particularmente la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)