

Repensando el art. 26 del CCCN a siete años de su vigencia

Indicación de la Comisión: Comisión 4

Tema: A seis años del Código Civil y Comercial de la Nación

Apellido y nombre: María Celeste del Huerto Silva¹

Dirección postal: 4107

Teléfono: 381-5149777

Dirección de correo electrónico: mariacelestedelhuertosilva@gmail.com

Breve síntesis de su propuesta: La presente ponencia titulada “Repensando el art. 26 del CCCN a siete años de su vigencia” busca analizar la norma referenciada con una mirada crítica respecto de la redacción y una propuesta de interpretación y aplicación. Ello en atención a que si bien el corpus iuris nacional e internacional promueve el paradigma de la capacidad progresiva el artículo establece cortes etarios para la toma de decisiones por parte de niños/as y adolescentes.

Postulación: Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal

Referencias a conclusiones arribadas sobre el tema a desarrollar en las ponencias y conclusiones de otros congresos: XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Subcomisión 1: Las formas y la efectividad de la justicia de familia. XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. Tema 1 Procesos de Familia.

Índice:

I.- Aproximación del tema y marco jurídico

II.- Análisis del art. 26 del CCCN a siete años de su vigencia

III.- Palabras finales y propuesta de interpretación

¹ Técnica en Comunicación Social. Facultad de Filosofía y Letras (UNT). Año 2008. Licenciada en Comunicación Social. Facultad de Filosofía y Letras (UNT). Año 2009. Abogada. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Año 2012. Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Año 2.018. Especialista en Derecho procesal Civil. Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Año 2.019. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Orientación Grupos Vulnerables). Doctoranda del Doctorado en Derecho Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Prosecretaria - Relatora del Juzgado en Familia y Sucesiones de la VIº Nominación del Poder Judicial de Tucumán.

I.- Aproximación del tema y marco jurídico:

Con la Convención sobre los Derechos del Niños, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y sancionada por nuestro país el 27 de septiembre de 1990 por Ley N° 23.849, y la sanción de la Ley 26.061 de Sistema de Protección Integral el 28 de septiembre de 2005 ya no queda ningún tipo de discusión que los niños, niñas y adolescentes (NNyA) son sujetos de ejercicio de sus propios derechos e incluso adquieren la calidad de partes en los procesos judiciales en los que se debaten cuestiones que les concierne.

A esto se suma que la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) introdujo numerosas normas en las que se dispone la participación de los adolescentes en el proceso judicial, la posibilidad de contar con asistencia letrada, sumada a la representación del Ministerio Público de Menores, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su edad y grado de madurez, y entablar acciones judiciales, como en el juicio de alimentos y ratificar los procedimientos iniciados por sus representantes legales, como en el caso de la adopción.

Un cambio trascendental de la reforma del CCCN es que finalmente se deja de lado la cuestión etaria, es decir, ya no se habla de capacidad y de incapacidad, sino del paradigma de la capacidad progresiva y en constante evolución, que trae aparejado que NNyA puedan ejercer por sí solos los derechos de los que son titulares.

En ese sentido, el art. 12 CDN dispone que *“los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”*. Es decir, la CDN, tratado internacional con jerarquía constitucional, prevé el derecho/obligación de escucha de NNyA y que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez. Es decir,

este es un umbral mínimo que el Estado Argentino se encuentra obligado a cumplir.

Por su parte, la Ley de Protección Integral (Ley nº 26.061), que es la normativa nacional que desarrolla la CDN, expresa que en todas las medidas concernientes a NNyA se debe tener una consideración primordial al Interés Superior del Niño y en el art. 3 de la norma jurídica define al principio señalando que *“se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta...”*. Es decir, resalta que los NNyA son sujetos de derechos y no objetos de protección, concepción propia del sistema de patronato de menores imponiéndose un sistema de protección integral. A su vez, la normativa nacional vuelve a consagrar el derecho a ser oído y la obligación de escucha.

Pero este mandato legal no se agota sólo en la escucha del niño, sino además se extiende a la participación de los mismos en el proceso, consagrándolos parte del mismo, y otorgándole capacidad procesal para actuar. De esta manera, el art. 27 de la Ley 26.061 establece las garantías mínimas de procedimiento al prescribir los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

La reforma del CCCN, vigente desde agosto del año 2.015, recepciona el mandato de la ley nacional y los tratados internacionales, suprimiendo en primer término su condición de incapaz e imponiendo el paradigma de la capacidad progresiva. Así el art. 26 del CCCN señala que el adolescente con edad y grado de madurez suficiente *“puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de*

intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona....”. En definitiva, el adolescente que cuente con edad y grado de madurez suficiente tiene capacidad procesal para actuar en juicio e inclusive constituirse en el carácter de parte del mismo.

A esto se suma que, el art. 639 del CCCN al establecer los principios en materia de responsabilidad parental, en su inciso b) reza textualmente: *“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”*.

Por lo tanto, el conjunto de normas que estamos indicando conducen a afirmar la participación de adolescentes y niños/as que cuenten con edad y grado de madurez suficiente en los procesos que versan sobre cuestiones y decisiones que le conciernen, juntamente con la intervención en todo proceso judicial del Ministerio Público de Menores (art. 103 CCCN) y en algunos casos con abogado del niño.

En ese orden de ideas, cuando la legislación de fondo se refiere a normas y principios del derecho procesal, el art. 677 dispone que *“se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”*.

Además, conforme art. 678 *“si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”* y de acuerdo a lo normado por el art. 679 *“el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”*.

La participación en juicio del adolescente excede la voluntad de sus progenitores. Eso se confirma con lo expresado en el art. 680 que establece que *“el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos”*.

El CCCN en el capítulo destinado a regular los procesos de familia reitera en el art. 707 que *“las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”*.

La mención del plexo normativo tiene por objeto señalar que todos/as los/as niños/as con grado de madurez suficiente y, específicamente, e inclusive los adolescentes a partir de los 13 años tienen calidad procesal para estar en juicio, participar, ser parte del mismo, y contar con asistencia jurídica.

Ahora bien, mientras que el CCCN incorpora los principios de Interés Superior del Niño, el paradigma de la capacidad progresiva y los/as NNyA como sujetos de derechos; el art. 26 del digesto de fondo establece límites etarios apartándose de los postulados antes mencionados. Es por ello que la presente ponencia se titula “Repensando el art. 26 del CCCN a siete años de su vigencia” con el objeto de analizar la norma referenciada con una propuesta de interpretación y aplicación.

II.- Repensando el art. 26 del CCCN a siete años de su vigencia

La CDN y la normativa nacional e internacional que regula los derechos de la infancia produjo un quiebre del viejo paradigma que consideraba a los niños/as como objetos de protección hacia la concepción de niños/as y adolescentes como sujetos titulares de sus propios derechos, basados en los principios de igualdad y universalidad, en pos a la protección de la libertad y dignidad como personas.

En ese marco se ha promulgado el paradigma de la capacidad progresiva que “parte de la concepción del niño como sujetos de derechos en la relación paterno-filial, reformulada a partir del principio democrático entre el adulto y el niño; interacción que tienen sustento en valorar la personalidad y las necesidades del niño en cada período de su vida y la participación activa

en el proceso formativo, reconociéndose la autonomía en el ejercicio de sus derechos y en función de la evolución gradual de sus capacidades”².

“La persona menor de edad, como sujeto de derecho, a medida que crece y es poseedora de pensamiento abstracto adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones; de modo que aquella valoración como sujeto de derecho implicará poder conocer su opinión acerca de todos aquellos asuntos que le conciernen, intervenir en los procesos, intervenir en los procesos judiciales, tener un patrocinio jurídico, entre otras cosas”³.

Con esa mirada, el art. 26 del CCCN⁴ establece una primera regla que es que *“la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”*, es decir, sus progenitores, tutores, guardadores, entre otros. Pero el mismo artículo dispone, acto seguido; *“no obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”*.

“El precepto se aparta de la rigidez de los cortes etarios, y adopta un parámetro empírico – jurídico según el cual no existe un momento preestablecido a partir del cual niños, niñas y adolescentes comienzan a ejercer por sí mismo sus derechos”⁵.

2 FAMA, HERRERA, GIL DOMINGUEZ. Derecho Constitucional de Familia. Ediar. Pag 520.

3 FORTUNA, Sebastián Ignacio. “La participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia. El Derecho a ser oído, el carácter de parte y el rol del abogado del niño” en “Los Derechos Personalísimos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Tomo II. Rubinzal Culzoni. Págs 227 y 228.

4 El art. 26 del CCCN expresa que *“la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*.

5 Pájaro, Marcela. “Intersecciones de la Convención sobre los derechos del niño y sus observaciones generales en el diseño del artículo 26 del Código Civil y Comercial” en la

Por lo tanto, en principio los niños/as y adolescentes ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, salvo aquellas que cuenten con edad y grado de madurez suficiente. A su vez, posteriormente la norma indica que *“en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”*.

Ahora bien, me formulo un primer interrogante: ¿Las provincias se encuentran cumpliendo con la creación y puesta en funcionamiento de la figura del abogado del niño?. Porque si bien la norma que nos encontramos analizando promueve la efectiva participación de NNyA en el proceso judicial y administrativo, da la posibilidad que esa participación sea con asistencia letrada, sobre todo en caso de conflicto de intereses con sus progenitores. En este orden de ideas, y conforme el corpus iuris internacional en materia de infancia no se trata de cualquier representación, sino más bien de un asesoramiento letrado especializado en niños y adolescencia, conforme lo prescriben la Ley 26.061 y la Convención sobre Derechos del Niño.

Siguiendo los postulados del art. 26 del CCCN, *“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”*. Este mandato legal elevado a obligación internacional (art. 12 CDN) no es un mero formalismo de cumplimiento superficial, sino de un verdadero derecho que el Estado se encuentra obligado a cumplir, tal como lo dijo la Corte IDH en el caso Furlán y familiares Vs. Argentina.

Ahora bien, es de vital importancia la creación de espacios de escucha efectiva y de una real participación, con el apoyo de equipos interdisciplinarios, así como de buenas prácticas para esas escuchas, con el objeto que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme edad y grado de madurez y en atención a su interés superior.

“Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para

*formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad*⁶.

*“De lo expuesto surge en forma clara que, cuando en un proceso se encuentran afectados en forma directa los derechos e intereses de una persona menor de edad, es obligación del órgano jurisdiccional, no sólo oír al niño por manda legal y convencional (art. 12.2 C.D.N), sino propender a que este ejerza su derechos por sí mismo, en la medida que su comprensión de los actos lo permita, admitiéndose para ello la asistencia letrada a través del denominado abogado del niño (art. 27 ley 26.061, 26 C.CyC y cctes)”*⁷.

Posteriormente, el artículo que nos encontramos analizando expresa 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”*.

Por lo tanto, la norma trae tres distinciones etarias en materia de salud y cuidado del propio cuerpo. Así, respecto de menores de 13 años (ejerce sus derechos a través de sus representantes legales); mayor de 13 años (aptitud para decidir respecto de tratamientos no invasivos, en cuanto a tratamientos invasivos debe prestar su consentimiento con sus progenitores y en caso de conflicto con opinión médica); mayores de 16 años (considerado un adulto respecto del cuidado de su propio cuerpo).

Es preciso referenciar, en primer término, que las cuestiones relativas a la salud no deberían ser judicializadas, en atención a que deben contar con

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMAN - Sala Civil y Penal S/ ESPECIALES (RESIDUAL). INCIDENTE Nro. Sent: 987 Fecha Sentencia 25/07/2017

⁷ CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 S/ TUTELA Nro. Sent: 117 Fecha Sentencia 14/03/2016

un criterio médico, no jurídico. Se promueve el principio de desjudicialización de cuestiones sanitarias. No obstante ello, llegan constantemente a nuestros tribunales decisiones médicas ya sea por conflictos que se suscitan entre los niños/as y adolescentes con sus progenitores o representantes legales, o bien, por diferencia entre los progenitores, o entre los nombrados y el equipo de salud. Así muchas veces nos encontramos con autorizaciones para intervenciones quirúrgicas, autorizaciones para vacunar ante la negativa de uno o ambos progenitores, negativa a transfusiones de sangre por cuestiones culturales y religiosas, interrupciones legales de embarazo, entre otras. *“Se ha reconocido que solamente en aquellos casos en que la relación triangular entre padres, hijos y equipo de salud se resquebraja por diversidad de posiciones que puedan afectar el mejor interés del niño, debe darse paso a la intervención judicial como última alternativa de protección del niño”⁸.*

Ahora bien cuando cuestiones de salud de NNyA llegan a la justicia ¿es conveniente que el art. 26 establezca edades y una distinción etaria? ¿Cómo debe ser interpretado a 7 años de la vigencia del CCCN?

“Hay una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en tal concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objeto último de la normativa internacional de los Derechos Humanos... El aplicador del derecho sean en ámbito administrativo, sean en el judicial, deberán tener en consideración las cuestiones específicas del menor y de su interés superior, para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁹.

8 Lamm, Eleonora. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad. Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo I. Albeledo Perrot. Pag. 255

9 CORTE IDH OC 17/2002. 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión IDH sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Al primer interrogante, la respuesta negativa se impone. En ese orden de ideas *“la manda internacional de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes obligó a reexaminar los conceptos clásicos de capacidad civil y representación, e introdujo una nueva visión que propone el principio de la autonomía progresiva, reconociendo en los niños, niñas y adolescentes una graduación evolutiva y creciente en la toma de decisiones respecto de sus derechos fundamentales, en función de su desarrollo físico y madurez. A medida que crecen y se desarrollan, adquieren discernimiento para comprender el alcance y sentidos de sus acciones, logrando asumir determinadas responsabilidades en las decisiones que afectan los distintos aspectos de su vida”*¹⁰.

La primera crítica que se puede hacer al respecto es que la edad va en detrimento del principio de la capacidad progresiva, generando arbitrariedades y discriminaciones que el sistema intenta desterrar. *“Como señala Wierzba la edades señaladas en el art. 26 se asocian a una presunción iuris tantum a ser aplicada con cautela, a tenor del contenido del art. 59.... La noción de seguridad jurídica no puede primar sobre el respeto riguroso de la personalidad y la dignidad del individuo, por lo que no debe permitirse que se impida el ejercicio del derecho al niño por no haber alcanzado la edad legal si él ha alcanzado la madurez suficiente. En otra palabras se trata de edades móviles porque tener en cuenta solo una edad fija predeterminada puede vulnerar la personalidad del niño que tiene suficiente madurez sin haber alcanzado dicha edad, y puede dejar desprotegido al niño que no ha adquirido suficiente autogobierno a pesar de haber cumplido los años exigidos”*¹¹.

“A lo dicho cabe agregar que, cuando hablamos de grado de madurez y comprensión en el marco de la capacidad progresiva, se trata de conceptos que deben ser llenado por cada magistrado en cada caso concreto. Dicho en otras palabras, será el Juez quien, con asistencia interdisciplinaria adecuada,

10 AGUILAR BOSSINI, Marta. La participación de niño y adolescentes en el proceso. La figura del abogado del niño. Procesos de Familia. Tomo II. Thomson Reuters La Ley. Pag 222.

11 Lamm, Eleonora. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad. Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo I. Albeledo Perrot. Pag. 255

previa escucha ineludible e inexcusable del NNA (Art. 12 CDN) y con dictamen del Defensor de Menores, quien determinará en el caso concreto si el NNA cuenta con los requisitos de capacidad mínimos para intervenir de forma autónoma directa (sin representantes) asistido técnicamente por un abogado que, preferentemente, debe ser especialista en temas de Niñez”¹².

La Observación General 4 señala que antes que los padres den su consentimiento, es necesario que niños, niñas y adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el art. 12 de la CDN. Inclusive el Comité expresa que si el adolescente es suficientemente maduro deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del interés superior del niño. Por su parte, en la Observación General 15 el Comité reconoce que las capacidades cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre cuestiones que afectan a su salud. Por último, el Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales expone que los Estados deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afecten a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud.

El Comité de Bioética de Cataluña enumera cuatro aspectos para determinar si un niño es competente, a saber: 1. Capacidad para expresar una elección; 2. Capacidad para entender la información relevante de la situación en que se encuentra antes de tomar ninguna decisión; 3. Capacidad para evaluar el sentido de la información en lo referente a su situación, especialmente las enfermedad y las consecuencias que cada opción puede tener en su salud y calidad de vida; y 4. Capacidad para razonar y desarrollar un proceso lógico en el cual, partiendo de la información recibida, considere la situación desde su realidad y fundamente su decisión, ponderando riesgos y beneficios.

¹² CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 S/ REGIMEN DE VISITA Nro. Sent: 426 Fecha Sentencia 27/07/2017

“Los menores de edad pueden y deben considerarse facultados para aceptar u consentir por sí mismos ciertos tratamientos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta”¹³.

La ley 56.529 dispone en su art. 2 inc. e que *“los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida y salud”.*

Por su parte la reglamentación Dec 1089/2012 establece que *“los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias y procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o con los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión en todo de acuerdo a la ley 26061...”.*

Por lo tanto, tratándose de NNyA competentes para decidir respecto de la práctica médica, son ellos quienes deben decidir, dándole el máximo grado de participación posible. *“Los menores de edad pueden y deben considerarse facultados para aceptar u consentir por sí mismos ciertos tratamientos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta”¹⁴.*

En consecuencia, “no podemos dejar de advertir que el sistema de capacidad basado en la gradualidad del desarrollo madurativo de niños, niñas y adolescentes que receiptó el texto del nuevo ordenamiento no es régimen inflexible, en tanto vislumbra un criterio mixto entre capacidad progresiva según el discernimiento real del niño en el caso concreto y un sistema de presunciones de capacidades establecidas a edades prefijadas... Por lo que habrá que analizar en cada caso concreto cuándo se aplica el criterio de discernimiento real. Ello resulta de vital importancia, en tanto se generan

13 LAMM, Eleonora. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad. Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo I. Albeledo Perrot. Pag 264

14 LAMM, Eleonora. Ob Cit. Pag 264

planteos jurídicos trascendentales no solo a lo atinente al derecho de fondo en lo que respecta a la capacidad civil y representación, sino también en el aspecto procedimental en lo atinente a la capacidad procesal en niños y adolescentes”¹⁵.

III.- Palabras finales y propuesta de interpretación

A 7 años de la vigencia del CCCN los cambios en el derecho de las familias e infancia fueron sin dudas sustanciales impactando tanto en el derecho de fondo, como en las formas. Hay que tener presente que muchas provincias se encuentran reformando sus códigos procesales, lo que es de vital importancia a los fines de contar con una seguridad jurídica para la viabilidad del derecho sustancial.

Forma y fondo se interrelacionan y no se pueden tutelar los derechos que se encuentren en juego sin una garantía del debido proceso, incluyendo el acceso a la justicia, defensa en juicio, participación y tutela efectiva de los sujetos involucrados.

En caso de niños/as y adolescentes los mismos tienen derecho a participar de manera efectiva de los procesos en el que se decidan cuestiones que le conciernen, a ser oídos, a que su opinión sea tenida en cuenta, a tener una capacidad procesal, a intervenir con asistencia letrada y hasta ser partes – en sentido estricto - en procesos judiciales.

Asimismo, a 7 años de la vigencia del CCCN es fundamental una interpretación armónica del art. 26 del digesto de fondo, con todo el corpus iuris nacional e internacional que rige los derechos de la niñez y adolescencia, eliminando una lectura positivista de los cortes etarios que indica la norma en el proceso judicial, proyectando su análisis en el caso concreto y en el mayor y superior interés de niños/as y adolescentes. La representación del Ministerio Público y del abogado del niño es de vital importancia, también la

15 HERRERA, Marisa. “Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de la autonomía progresiva en el derecho Argentino”. En línea http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf. Fecha 13/05/2022.

interdisciplina que en casos de cuestiones atinentes a tratamiento médicos deberá incorporarse esta visión.

Una reforma en los códigos de las diferentes jurisdicciones deben incluir estas cuestiones en pos a la efectiva la participación y representación de NNyA en los procesos judiciales, entre los que se encuentran: generar espacio y buenas prácticas de escuchas de NNyA, promover el acceso a la justicia de NNyA, la regulación y puesta en práctica de la figura del abogado del niño como una verdadera representación técnica, la delimitación y marco de competencia del Ministerio Pupilar y de la Defensa conforme art. 103 del CCCN.