**Título:** La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios

**Autor:** Fernández, Silvia Eugenia

**Publicado en:** Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 181 - LA LEY20/05/2015,

**Cita Online:** AR/DOC/1304/2015

**Sumario: 1. Un Código nuevo, para realidades... ¿nuevas?— 2. Por qué hablamos de responsabilidad parental.— 3. "La" figura en el diseño de las relaciones entre padres e hijos: autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.— 4. El legado de la jurisprudencia y doctrina en la antesala de la opción legislativa del Código Civil y Comercial.— 5. Autonomía progresiva y ejercicio de la responsabilidad parental por progenitores adolescentes.— 6. Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el ámbito patrimonial.— 7. Responsabilidad parental. Ejercicio en clave constitucional.— 8. Síntesis. Comparación entre el régimen civil derogado y el reformado civil y comercial.— 9. Palabras de cierre**

 "(...) la reivindicación de los derechos constituye una manifestación de vigor y madurez de una sociedad, un signo de progreso hacia una meta representada por la autonomía humana frente a cualquier otra realidad social que pretenda ser asumida como 'dato'"Gustavo ZAGREBELSKY "El derecho dúctil".

**1. Un Código nuevo, para realidades... ¿nuevas?**

La sanción del Código Civil y Comercial ley 26.994 y su inminente entrada en vigencia (1 de agosto de 2015), nos obliga a analizar y aprehender nuevas regulaciones diseñadas para instituciones jurídicas que ya no soportaban el contraste manifiesto entre derecho y realidad; nos cabe aquí examinar la responsabilidad parental de los progenitores —antes, "patria potestad"— y el impacto de la autonomía progresiva de los hijos en la delimitación de su ejercicio.

Vaya una expresión gráfica inicial: cara y contracara de una misma moneda, o a modo de platillos de una misma balanza: autonomía progresiva y responsabilidad parental ejercen entre sí y en forma simultánea un impacto que provoca efectos inversamente proporcionales: asumir que un niño, niña o adolescente cuenta con un determinado grado de autonomía que le permite la toma de decisiones relativas a determinadas cuestiones antes pre-definidas desde el espacio doméstico adulto, obliga a la responsabilidad parental a "retroceder" en algún punto; a la inversa, cuestiones que por su trascendencia exigen una fuerte participación de los responsables familiares o bien en el caso de niños con escasa madurez y desarrollo para implicarse en las decisiones, habilitan un mayor despliegue de la función paterna, esto es, del ejercicio de su responsabilidad parental.

Cabe aclarar también, que la opción por el término "responsabilidad parental" no pretendió un mero "cambio de palabras" [(1)](#FN1), ni la adopción de términos que "suenan mejor"; por el contrario se trata de un verdadero giro radical en la concepción de las relaciones familiares y el modo en que ha de entenderse y ponerse en práctica el vínculo entre niños y adultos, en este caso, en el escenario de la vida familiar. [(2)](#FN2)

Cimiento o base de este modo de reinterpretar las relaciones entre los miembros de las familias, ha sido la recepción del proceso de constitucionalización del derecho privado [(3)](#FN3)[(4)](#FN4) traducido en esta área en el llamado derecho constitucional familiar. [(5)](#FN5)

Así, a la hora de diseñar los contornos y contenidos de la llamada responsabilidad parental, los Codificadores trabajaron sobre la base de un piso previo imperativo —de rango constitucional— asentados en el cual debían reglamentar estos derechos constitucionales, en el caso, el ejercicio de la responsabilidad de los padres para la dirección y formación de sus hijos menores de edad —conf. arts. 5º, 9º, 12, 18 y concs. Convención sobre los Derechos del Niño—. Asimismo y desde el derecho infraconstitucional reglamentario, prexistía la ley especial de influencia en toda cuestión relativa al ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como a las relaciones de terceros y del propio Estado con ellos; nos referimos a la ley 26.061 de Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, cuyos contenidos son aplicables a las relaciones familiares [(6)](#FN6), institucionales —públicas y privadas— que tengan como destinatario a un niño. En el caso, entonces, esta normativa aparecía también como un "piso mínimo" que no podría ser contradicho ni negativamente modificado, en función del principio de no regresividad en materia de derechos humanos. [(7)](#FN7)

De este modo entonces, la regulación diseñada con esta codificación debía incluir principios y derechos tales como: el interés superior del niño —art. 3º CDN [(8)](#FN8), art. 3º ley 26.061— que exige respetar "la condición específica de los niños como sujetos de derecho" (art. 3.a ley 26.061) y "su opinión, de acuerdo a su desarrollo psicofísico" (art. 3.b ley 26.061); el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos —art. 12 CDN [(9)](#FN9); arts. 3º, 19, 24, 27, ley 26.061— y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta conforme su grado de madurez, desarrollo y facultad de formarse un juicio propio (arts. 5º y 12 CDN; Observación General nro. 12 Comité de los Derechos del Niño); la autonomía o autodeterminación de niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos fundamentales (art. 5º, CDN) [(10)](#FN10); la democratización de las relaciones familiares, que provoca el re-diseño de la tradicional figura de la patria potestad por un nuevo modelo que recepte el respeto a todos los miembros de la familia, el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de los hijos, diferenciados de las figuras de sus padres y con posibilidad de ejercer, bajo ciertos parámetros, su autonomía progresiva.

**2. Por qué hablamos de responsabilidad parental**

Si repasamos la regulación del Código Civil de Vélez Sarsfield —con su modificación por la ley 23.264— la sola denominación exhibe a la patria potestad como una función / deber más asentada en la facilitación de su ejercicio a los padres que en la actuación de derechos que son, finalmente, de titularidad de los hijos.

Así el art. 264 la define como "(...) el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación, desde la concepción de éstos y mientas sean menores de edad y no se hayan emancipado".

En concordancia con este diseño que gira en torno a la facilitación del ejercicio de la función paterna y la seguridad frente a terceros —y donde la actuación del hijo aparece, cuando lo hace, condicionada a dicho ejercicio e influenciada por él—, observamos derivaciones tales como: el ejercicio de la patria potestad calificado como "tenencia" del hijo; de carácter unilateral cuando se produce la ruptura de la pareja parental —como modo de simplificar la actuación de los padres separados independientemente de si ello favorece o perjudica al desarrollo del hijo—; la reducción del derecho de comunicación con el padre no conviviente a un "(...) derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación" (art. 264 inc. 2º), limitando el derecho constitucional del hijo a ser criado por ambos padres y a mantener con ellos trato regular (art. 9º CDN); el ejercicio de la representación de los padres y despliegue de actos sustitutivos, sin —o con escasa— participación del hijo [(11)](#FN11), ni reparando en su eventual madurez en función de su mayor edad —caso de los adolescentes—; la actuación de los padres en actos de contenido patrimonial sin involucración personal del hijo —a pesar que dichos actos pudieran comprometer incluso derechos personales, vgr. los supuestos de contratación para prestación de servicios y/o para desarrollo de actividades artísticas, publicitarias, deportivas, etc.—; el usufructo de los padres sobre los frutos de los bienes de sus hijos, como captación injustificada de su derecho de propiedad (art. 17 CN) y violatoria del derecho del hijo a disfrutar de sus frutos, con aplicación a sus necesidades, independientemente del destino que decidan los padres.

La responsabilidad parental en cambio, como ya su nombre lo anticipa, atiende en forma preeminente a la función que los padres ejercen con un sentido de responsabilidad: esto pues en cada acto que los padres realizan bajo esta función representativa, están comprometiendo derechos, intereses y bienes de un tercero —el hijo- que no es una suerte de "subordinado" o prolongación de las personas de los padres sino un sujeto de derecho autónomo, respecto del cual la responsabilidad parental procede sólo en razón de las condiciones particulares del hijo dadas por su escaso o aún no completo grado de desarrollo y consecuente madurez. Sólo esta circunstancia es la que otorga justificación a la representación que los padres ejercen en muchos casos en relación a sus hijos menores, de ahí que tener esto en cuenta es imprescindible a la hora de analizar o medir cada uno de los actos que los padres realizan al amparo de su representación legal.

Acorde con estos conceptos, el Código Civil y Comercial define a la responsabilidad parental como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado" (art. 638).

Como ocurre en la apertura del diseño de cada una de las instituciones del derecho familiar, el Código establece los principios que van a regir el funcionamiento de esta institución, y servirán de pautas interpretativas en caso de duda o conflicto en la aplicación de las normas; dichos principios —listados en el art. 639— contienen: "b. 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"; y "c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

Como derivado de este diseño que ya vamos anticipando desde la lectura de sus principios, al momento de regular los deberes y derechos de los padres se enuncian las exigencias de "b. considerar las necesidades específicas del hijo según sus características, aptitudes y desarrollo madurativo"; "c. respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos" [(12)](#FN12) ; aquí la función de los padres ya no es de dirección pura sino que exige un deber específico: "d. prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos". [(13)](#FN13)

Estos principios mantienen eficacia y más aún la refuerzan, cuando se produce la ruptura de la pareja parental, pues éste es frecuentemente el escenario donde la individualidad subjetiva del hijo se oscurece ante la imposibilidad de los padres de diseñar pautas de ejercicio que no olviden la condición de sujeto del hijo y su derecho constitucional a mantener trato regular y frecuente con ambos padres. Por eso el Código, en una función claramente educativa y asimismo preventiva de eventuales daños (conc. art. 1710) establece la preferencia del cuidado personal compartido (arts. 649, 651), el derecho deber de comunicación —"fluida", conf. art. 652—, y la concreta participación del hijo en el diseño de la conformación familiar futura a partir de la separación y el modo en que se desarrollará la comunicación, a través de lo que el Código llama el "plan de parentalidad", que debe tener especialmente en cuenta la opinión del hijo: "(...) Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación" (art. 655).

Por su parte y aun cuando —como es lógico- hace a la función y es deber concreto de los padres "f. representarlo y administrar el patrimonio del hijo" (art. 646), dicha función de administración importa la obligación de los padres de "informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente" (art. 690).

Finalmente, el Código unificado elimina la facultad de "corrección", que muchas veces deriva en malos tratos y castigos a niños y niñas y constituye concretas formas de ejercicio de violencia. [(14)](#FN14)[(15)](#FN15) En el Código Civil y Comercial es deber de los padres "prestar orientación y dirección"; en ningún caso "corregir" ni aún "moderadamente" —como permitía el Código Civil derogado—. El art. 647 en forma expresa "prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños y adolescentes (...)".

**3. "La" figura en el diseño de las relaciones entre padres e hijos: autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos**

La autonomía progresiva es un conocido principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, con rango constitucional. Surge del art. 5º de la CDN que dispone: "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". [(16)](#FN16)

De esta norma se extraen dos cuestiones: por un lado, la Convención valida las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o personas encargadas del cuidado del niño; por el otro, armoniza este ejercicio parental con el grado de desarrollo, autonomía y evolución del hijo; todo ello teniendo como fin el ejercicio personal de los derechos reconocidos.

La autonomía progresiva da visibilidad al niño como sujeto de derechos dentro de la familia, quien por su condición de persona en desarrollo debe recibir protección especial (art. 19 CADH), pero esta protección especial no se satisface por el hecho de atribuir a otros una representación pura.

Como ha dicho calificada doctrina, hablar de autonomía se relaciona con las nociones de libertad, identidad y ciudadanía, en un proceso que exige la inclusión de todos los integrantes de la familia, facilitando el reconocimiento y el respeto de las necesidades de cada cual. [(17)](#FN17) Se trata en realidad de una derivación del principio constitucional de autonomía personal [(18)](#FN18) y del complementario de autonomía en las relaciones familiares. [(19)](#FN19)

Ahora bien. Ya en esta instancia vemos necesario aclarar que hablar de autonomía, de respeto a la subjetividad y de coparticipación en los diseños de los proyectos familiares no lleva a desconocer cuestiones tan elementales como que un niño de corta edad y escasa maduración no puede actuar sus derechos en igualdad de condiciones que un adulto; esto claramente es "lo que no es" la autonomía progresiva; la noción, por el contrario obliga a evaluar las situaciones con mirada particular, ya que tan dogmáticas como riesgosas y lesivas a derechos fundamentales son el desconocimiento de la adquisición de un cierto grado de autonomía, como su afirmación para todos los casos sin distinciones, y la eliminación de las funciones paternas por entenderlas propias de un discurso "adultocéntrico". [(20)](#FN20) Justamente la autonomía se apoya en la especial condición de niñas y niños (arg. Preámbulo, arts. 3º, 4º, CDN, art. 19 CADH, OC. 17 CIDH, Obs. Gral. 14 y Obs. Gral. 12 Comité Derechos del Niño) y esta especial condición exige diseños de autonomía pero también de protección y en muchos casos, de representación a tal fin.

Establecer en qué medida los niños han adquirido capacidades concretas en la vasta gama de competencias es un proceso extremadamente complejo. Depende, en primer lugar, de cómo se definen las facultades mismas, pero también del nivel de capacidad que se cree necesario haber alcanzado para poder participar en la toma de decisiones y ejercer la propia responsabilidad y de cuál grado de riesgo se juzga aceptable en un determinado contexto. Los niños, cualquiera sea su edad, constituyen un grupo que presenta diferencias complejas. [(21)](#FN21)

Ahora bien. ¿Cómo impacta esta autonomía progresiva en la regulación jurídica tradicional relativa a la aptitud para el ejercicio de derechos y asunción de obligaciones —capacidad civil—? Claramente la autonomía progresiva alude a un criterio flexible, permeable, de determinación en el "caso a caso" y por ello no coincide con el concepto de capacidad civil rígido, mayormente de rango etario.

Surgió así entonces la aplicación en esta área de una noción más empírica —de origen bioético—: la de competencia. El parámetro de competencia de una persona es independiente a su capacidad de ejercicio y habilita la actuación de derechos en forma directa, aun cuando no cuente con plena capacidad civil, si se evalúa que a pesar de ello puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión planteada. [(22)](#FN22)

La competencia como noción surgida en el campo bioético, presenta ricas aplicaciones en todo lo concerniente a la toma de decisiones relacionadas con la salud y el propio cuerpo. Justamente, se trata de un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos. No se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Por eso la evaluación para determinar la competencia desde el punto de vista bioético no es tan estricta como la que se emplea para determinar la capacidad civil. [(23)](#FN23)

Esta noción de competencia, si bien no calificada con este término en forma expresa, estaba ínsita ya en la conocida OC-17 de la CIDH sobre "Condición jurídica del niño", al exigir que se "...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...". [(24)](#FN24) La OC habla de participación para una determinación de derechos: en este punto asienta el despliegue de la competencia.

Y para poder ejercer dicha competencia en la toma de decisiones, claramente hay que empezar por la escucha, como mecanismo de participación, esto es, respetar el derecho constitucional del niño a ser oído. [(25)](#FN25)[(26)](#FN26) Esta escucha posibilita la realización de su derecho a la participación, derecho este último de carácter complejo, que comprende muchas instancias: — ser informado de modo adecuado, ajustado a las características personales del niño/adolescente para garantizar comprensión; — expresar una opinión a partir de la información recibida; — que dicha opinión sea tenida en cuenta por quien va a decidir [(27)](#FN27) y — de no ser así, recibir explicación fundamentada que permita mecanismos de queja.

Este proceso de escucha, recepción de opiniones, participación y determinación de decisiones, opera no sólo en los ámbitos estatales —decisiones administrativas y/o judiciales— sino primeramente en el espacio familiar. "Tradicionalmente se ha considerado al niño como un miembro dependiente, invisible y pasivo de la familia. Sólo últimamente el niño se ha vuelto 'visible' y la evolución de la situación tiende a crearle además un espacio en que pueda ser oído y respetado. El diálogo, la negociación y la participación han pasado al primer plano de la acción colectiva en favor de la infancia". [(28)](#FN28)

En esta línea dice el Código Civil y Comercial "...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).

El principio de autonomía progresiva aparece ubicado preliminarmente al momento de definir a las personas tradicionalmente llamadas "incapaces de ejercicio"; así el art. 24 enumera a "...b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo...". Y el art. 26 aporta la consecuencia legal de la representación: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales."

La lectura a contrario del art. 24 inc. b) excluye del concepto de incapacidad al menor de edad que sí cuente con las condiciones que allí se mencionan: la edad y el grado de madurez suficiente. Estas pautas predeterminan inicialmente el límite entre la noción de incapacidad y de autonomía progresiva.

Existen así dos conceptos que miden la autonomía: uno más rígido —el etario— y otro más flexible y permeable —la madurez—, aunque sin obviar la suficiencia que esta madurez debe presentar, acorde la particularidad del derecho de que se trate. Esta conjunción exige de los operadores —Juez y Ministerio Público—- la valoración de la condición personal individual de la persona, no obstante su minoridad.

Ahora bien. ¿Es posible pre-definir qué peso o alcance tendrán las distintas opiniones considerando la variedad de grados de madurez, las distinciones etarias y los consecuentes grados de desarrollo? Dicho en otros términos, ¿hay algún modo en que la regulación civil pueda auxiliar a los operadores a la hora de otorgar un determinado "peso" a las opiniones y/o actuaciones de los niños y jóvenes y/o eventualmente, reconocerles con mayor libertad y autonomía el ejercicio de derechos propios?

Claramente la infancia es un proceso en desarrollo y está sola condición pone de manifiesto distintas maduraciones, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de reglamentar. Como dice la propia CIDH "en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño" (párr. 55, OC 17, cit.).

Frente a estas exigencias el Código unificado arranca por introducir una distinción trascendental como lo es la diferencia entre niños y adolescentes, siendo la pauta los trece años de edad (art. 25). Desde esta distinción se reconocen ciertos derechos en forma anticipada en favor del adolescente (vgr. arts. 26, 644, 677, 678, 680, entre otros).

A su turno, concede el ejercicio de derechos en función de la edad y madurez suficiente. Existe así una relación inversamente proporcional: a mayor autonomía del niño disminuye la representación de los padres en el ejercicio de sus derechos.

**4. El legado de la jurisprudencia y doctrina en la antesala de la opción legislativa del Código Civil y Comercial**[(29)](#FN29)

Fue en especial en la resolución de casos dilemáticos como también en la discusión académica de cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos sobre la salud y el propio cuerpo de niños, niñas y adolescentes donde más fuertemente se visualizó la disociación entre responsabilidad parental y derechos del hijo; se trata de derechos personalísimos —dirigidos a la construcción del propio proyecto de vida, que exigen el respeto a la toma de decisiones autorreferentes, en tanto no se perjudique a terceros ni afecte al bien común— (art. 19 CN). [(30)](#FN30)

En la década del 80 tuvo lugar en Inglaterra el conocido caso "Gillik" [(31)](#FN31), a partir del cual se construyó el término conocido como "Gillik competent", para referir a una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en términos generales, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. A partir de allí, en el derecho comparado fue construyéndose la doctrina de la capacidad natural [(32)](#FN32), que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud. [(33)](#FN33) Así se incorpora el parámetro de mayoría anticipada para actos médicos. [(34)](#FN34) La noción no es rígida, tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado; una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones y no otras, no siempre es necesario igual grado de comprensión. [(35)](#FN35)

Hace tiempo ya un conocido precedente nacional abordó la aparente disyuntiva entre responsabilidad parental vs autonomía, en lo relativo al ejercicio de derechos sexuales y reproductivos. El Superior Tribunal de Justicia de CABA "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (14/10/2003), resolvió la acción tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 418 de salud sexual y reproductiva de la CABA. Los recurrentes sostenían que permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto como el dispositivo intrauterino, violaba el derecho a la protección integral de la familia y se inmiscuía arbitrariamente en la educación de los hijos al habilitar a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos a menores de edad, sin el consentimiento expreso de sus padres.

El Superior Tribunal local rechazó la acción con varios argumentos; sostuvo que "El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas (...)". Aclaró que "Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad", agregando que "Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación. (...)". [(36)](#FN36)

Otros precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por menores de edad —siendo imposible su desarrollo aquí por razones de espacio—; así para la colocación de método anticonceptivo [(37)](#FN37), para el ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de los padres [(38)](#FN38), la continuación de embarazo adolescente [(39)](#FN39); la autorización de una intervención quirúrgica de readecuación sexual peticionada por un adolescente [(40)](#FN40); el cese de intervenciones distanásicas [(41)](#FN41)[(42)](#FN42); ordenando una intervención quirúrgica que asegura sobrevida, a pesar de la manifestación contraria de la niña, con competencia disminuida para la toma de decisión, y de sus padres. [(43)](#FN43)

Un resonado precedente fue resuelto por la SCBA —confirmada por la CSJN— excluyendo las decisiones que colocan en riesgo la salud del hijo de la órbita de la autonomía privada de los padres. Dijo allí la SCBA "La libre profesión de cultos y el ejercicio que le es consecuente, garantizados por el art. 14 de la Constitución nacional, tienen como valla el no poner en peligro cierto ni la vida ni la salud de terceros, aun cuando se trate del propio hijo menor. El art. 19 de dicho cuerpo Legal Supremo es claro y específico a este respecto cuando pone como límite a la libertad en las acciones privadas de los hombres, el que no perjudiquen a un tercero. (...) Dejando de lado el tema de si el Estado puede inmiscuirse en la vida privada de una persona capaz para evitar que se dañe a sí misma (...), no cabe duda alguna que sí le compete hacerlo cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de un tercero, (...) y aun cuando pretendan hacerse prevalecer, como en la especie, los atributos de la patria potestad, dado que ésta es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos (art. 264, cód. civil según ley 23.264) siendo contrario a los fines de su institución prevalerse de ella para impedir que el menor sujeto a su imperio, reciba el tratamiento médico adecuado a la afección que padece". [(44)](#FN44)

Confirmando el fallo, la CSJN explicitó que el art. 19 CN "reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros"; "el derecho a la privacidad —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar, como derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional". [(45)](#FN45)

También la Comisión Redactora hallaba otro piso previo dado por la sanción de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud [(46)](#FN46) que al consagrar entre los derechos esenciales del paciente a la autonomía —art. 2º inc. e) —: "Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. (...)"— previó en forma específica la condición de los niños y adolescentes en los espacios de salud [(47)](#FN47): "(...) 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" (inc. e).

Esta previsión fue complementada por la reglamentación —dec. 1089/2012— estableciendo que "(....) Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o 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 un todo de acuerdo con la Ley 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los arts. 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad". [(48)](#FN48)

Finalmente, también en nuestro escenario interno, y con el reconocimiento de la autonomía personal en materia de identidad de género a través de la ley 26.743, se validó el ejercicio de este derecho en favor de niños niñas y adolescentes, desde el ámbito registral, desjudicializando esta cuestión. [(49)](#FN49) Puede citarse el valioso caso de conocimiento público de "L.", una niña de 6 años de edad cuya madre peticionó ante el Registro de Estado y Capacidad de las Personas de la CABA la adecuación de su identidad registral a la identidad de género autopercibida por la niña. El pedido fue aceptado finalmente por las autoridades registrales, con el apoyo de organizaciones relacionadas con la defensa de la identidad y libre determinación sexual.

Ahora bien. Advierte Herrera que al momento de definir una regulación apropiada, debe tenerse en cuenta la interrelación entre opuestas obligaciones estatales: una negativa, de evitación de injerencias arbitrarias y otra positiva, de protección ante la vulnerabilidad. El Estado podría incurrir en responsabilidad civil, al desconocer una autonomía o reconocerla por demás; lograr el equilibrio es un punto complejo. [(50)](#FN50)

De allí que el Código regula la participación en el ámbito sanitario acorde la distinción efectuada entre niños y adolescentes, confiriéndola en forma personal a los segundos. E introduce un segundo distingo fundado en un límite etario puro, los 16 años de edad.

Reza en su art. 26: "....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".

Las edades señaladas en el art. 26 se asocian a una presunción iuris tantum a ser aplicada con cautela, conforme los valores comprometidos. Se tiene en cuenta la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que presentan los adolescentes de una misma edad. Tales edades no deben considerarse como pertenecientes a categorías rígidas. [(51)](#FN51)

Por su parte, en cuanto a la prestación de directivas anticipadas, no son viables en el caso de menores de edad, ya que el art. 60 reza **"**La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela".

**5. Autonomía progresiva y ejercicio de la responsabilidad parental por progenitores adolescentes**

La autonomía progresiva de los adolescentes —mayores de 13 años— se prevé desde otra perspectiva, habilitándoles el ejercicio de la responsabilidad parental en relación a sus propios hijos. El Código unificado muta radicalmente la regulación que disponía la tutela en favor de los titulares de la responsabilidad parental sobre el padre adolescente (art. 264 bis C.C.). El art. 644 del Código Civil y Comercial dispone: "Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen". [(52)](#FN52)

Sintéticamente: los padres adolescentes ejercen por sí la responsabilidad parental de sus hijos, deciden y realizan los actos de cuidado, educación y salud. Frente a actos trascendentes para la vida del niño, el régimen se complementa mediante la asistencia de cualquiera de los progenitores de los padres adolescentes; aun así es recaudo esencial el consentimiento de éstos. Finalmente, quienes ejercen la responsabilidad parental sobre el padre adolescente pueden oponerse a actos perjudiciales o actuar ante la omisión del adolescente, aún en actos domésticos. [(53)](#FN53)

**6. Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el ámbito patrimonial**

Desde una perspectiva de modelos normativos puros pueden delinearse al menos tres sistemas en lo que refiere a la delimitación de la capacidad de niños y adolescentes: 1. La estipulación de límites de edad fijos establecidos por la ley. 2. La eliminación de límites de edad fijos, sustituyéndolos con evaluación individual para determinar la competencia de ejercicio de cada derecho particular. La ley puede también introducir una presunción de competencia, dejando a los adultos la carga de probar la incapacidad del niño cuando pretendan restringir sus derechos. 3. Un modelo con límites de edad, pero que permita a todo niño adquirir el derecho antes de alcanzarla, si demuestra su competencia. 4. La diferenciación legal entre derechos específicos, estableciendo límites de edad solamente para aquellos que presenten el peligro de ser desatendidos o violados por los adultos, e introduciendo la presunción de competencia para los demás derechos. [(54)](#FN54)

El sistema de edades fijas pareciera ofrecer la mejor protección al tráfico jurídico y simplifica la cuestión probatoria, pero este tipo de divisiones tajantes no resisten ya el análisis a la luz de la aplicación del principio de autonomía progresiva. [(55)](#FN55) Ahora bien, cual debiera ser la división o limitación legal entre los actos que ameritan ser celebrados por los representantes legales y cuales quedarían fuera de este halo para ser ejercidos de manera directa por niños y adolescentes desde una visión contemporánea, es decir, por aplicación del principio de autonomía progresiva resulta la cuestión a debatir. "¿Cómo hacer ingresar al plano legal el principio de capacidad progresiva sin desestabilizar el régimen jurídico en la materia que necesita de pautas claras y previsibles? Este es uno de los grandes retos que debemos enfrentar los operadores del derecho consustanciados con los derechos de niños y adolescentes en su esfera civil". [(56)](#FN56)

La autonomía progresiva, como noción constitucional no es "otra" cuando de derechos patrimoniales se trata; todo lo dicho sobre su conceptualización y diseño es aplicable aquí también; lo que sí será diverso es el grado de dicha autonomía y las pautas que se aplicarán para su medición.

Agudamente Pellegrini advierte cómo las reglas tradicionales de contratación se han desdibujado en la era actual y cuanta influencia ello genera en los espacios de movilidad de los adolescentes. Así, vgr. "la informática es un campo sumamente fértil para los adolescentes, quienes parecieran tener mayor facilidad y habilidad para explorar y explotar las posibilidades del mundo tecnológico. (...) Los niños, niñas y adolescentes habitualmente practican deportes. El deporte puede ser una actividad que se desarrolla por el mero placer de su práctica o también una actividad altamente lucrativa, generadora de múltiples negocios de sumas realmente escandalosas. (...) ¿No se trata de un típico supuesto en el cual el principio de autonomía progresiva puede colaborar para brindar mayor espacio a la voluntad de quien literalmente pone su cuerpo? (...) el desenvolvimiento de la vida de relación actual requiere una revisión coherente y prudente de aquel par dicotómico capacidad/incapacidad, anclado únicamente en parámetros rígidos etarios. La realidad supera a las categorías." [(57)](#FN57)

También aquí entonces la regulación reformada debía sortear el test de compatibilidad convencional así como su ensamble con la regulación protectoria precedente —ley 26.061—. Como principio entonces, el ejercicio de los derechos de la persona menor de edad por su representante, conf. art. 100 "Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí". Son representantes "...b) de las personas menores de edad no emancipadas sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces o están privados de la responsabilidad paterna o suspendidos en su ejercicio el tutor que se les designe" (art. 101).

Pero si como ya anticipamos, "a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos" (art. 639 inc. b), claramente esta pauta impactará en la regulación patrimonial.

Así, y si bien los progenitores ejercen la representación de sus hijos en el ejercicio de sus derechos (art. 26), respecto a la representación judicial ellos intervienen en procesos judiciales junto a sus progenitores o de forma autónoma (art. 677), como también en reclamos que pudieran dirigirles (art. 679).

En el sistema civil, conforme la legislación laboral, la capacidad de contratación laboral se adquiere a los 18 años. Sin embargo, el art. 32 de la ley 20.744 —t.o. ley 26.390/2008— admitió la celebración de contratos de trabajo a partir de los 16 años, con autorización de los padres, responsables o tutores, autorización que se presume "cuando el adolescente viva independientemente de ellos". Es decir, a partir de los 16 años se pueden celebrar contratos de trabajo válidos, con las especificaciones y recaudos impuestos por la ley laboral.

Ahora entonces, y en consonancia con la legislación laboral vigente, el art. 681 dispone que "El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales". "Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo" (art. 683).

Por su parte, los contratos cotidianos de escasa cuantía celebrados por el hijo se presumen realizados con conformidad de los progenitores (art. 684). [(58)](#FN58)[(59)](#FN59)

La subjetividad del hijo se respeta desde el art. 682 que dispone "los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento" y conforme la legislación especial.

Respecto al régimen patrimonial de responsabilidad parental, la administración es conjunta, con otorgamiento indistinto de los actos conservatorios e independientemente del cuidado unipersonal o compartido (art. 685). Si los padres celebran contratos con terceros en nombre del hijo, deben informarle si cuenta con edad y grado de madurez suficiente (art. 690).

Una previsión fundamental que realiza en el plano patrimonial la condición del hijo como sujeto de derecho, es la derogación del usufructo paterno [(60)](#FN60): "las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste" (art. 697). Los padres deben preservarlas y sólo pueden disponerlas con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio del hijo. Se exceptúa la disposición de rentas para gastos de subsistencia y educación —por incapacidad o dificultad económica—, enfermedad del hijo y conservación del capital. En todos los casos, con rendición de cuentas. Se presume la madurez suficiente del hijo que solicita rendición de cuentas a sus progenitores.

**7. Responsabilidad parental. Ejercicio en clave constitucional**

Cerramos estas ideas con una breve referencia acerca de la modalidad que presenta dicho ejercicio.

**El Código Civil reguló la cuestión distinguiendo los casos de hijos matrimoniales o extramatrimoniales (art. 264); en caso de separación de los padres adjudicó el ejercicio de dicha responsabilidad parental** —desajustadamente llamada "tenencia"— en cabeza de aquél de los progenitores que presente mayor "idoneidad", a diferencia del supuesto de menores de 5 años de edad en el caso de parejas heterosexuales, en que dicho ejercicio se determinó a priori en favor de la madre (art. 206). Esta última previsión esconde una valoración discriminatoria desde una perspectiva de género que carece de sustento científico o aval sociológico y revela un prejuicio derivado de la condición de género. [(61)](#FN61)[(62)](#FN62) Cabe señalar que la ley 26.618 modificó el régimen en relación a las parejas del mismo sexo, estableciendo para todos los casos la pauta de idoneidad; sin embargo siguió persistiendo la preferencia materna para menores de cinco años en los casos de pareja de diverso sexo; regulación francamente discriminatoria. [(63)](#FN63)

El Código unificado innova la solución para los supuestos de separación de la pareja —matrimonial o extramatrimonial— entendiendo en todo caso preferente al interés del hijo reconocer su ejercicio en forma conjunta. [(64)](#FN64) Excepcionalmente por acuerdo de los padres o decisión judicial —conforme el interés superior del hijo— puede adjudicarse a uno de ellos [(65)](#FN65) (art. 649, 651, 653).

En función de la carga peyorativa del término tenencia, que traduce la "ocupación y posesión actual y corporal de algo", se lo reemplaza por el concepto de "cuidado personal" del hijo. El mismo puede atribuirse bajo diversas modalidades —alternado o indistinto- siendo preferible el segundo (arts. 648, 651). En el cuidado personal alternado "el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado" (art. 650).

Por su parte, la corresponsabilidad en el cuidado parental no exime de la posibilidad de someter a decisión judicial las controversias que puedan surgir. Según el art. 642: "En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación".

Finalmente, se introduce un concreto deber de informar, que reemplaza la facultad desdibujada y de débil ejercicio de "supervisión de educación". Así el art. 654 dispone "cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo".

**8. Síntesis. Comparación entre el régimen civil derogado y el reformado civil y comercial**

Como modo de sintetizar así como graficar visualmente las modificaciones más trascendentes, ofrecemos el siguiente cuadro comparativo. Los números citados corresponden a los respectivos artículos.



**9. Palabras de cierre**

Tomando las palabras de Zagrebelsky, "El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir, su "concepción", es objeto de inagotables discusiones. (....) El conjunto de los principios constitucionales (...) debería constituir una suerte de "sentido común" del derecho, el ámbito del entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no a través de la imposición. (...) Los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social están sometidos al efecto del tiempo. Un sistema de derecho que pretendiese justificarse por sí mismo 'se movería en el vacío' (...). Esto explica el 'camino' histórico que las Constituciones son capaces de recorrer, pese a permanecer inalteradas en su formulación literal". [(66)](#FN66)

La propuesta está hecha: a iniciar el camino brindado por el Código Civil y Comercial, "desde casa", en el espacio de las familias.

 (1) Los términos tradicionales reflejan un 'dominio o poder', una suerte de 'cosificación' de uno de los extremos de la relación paterno-filial, el hijo. GROSMAN Cecilia "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental". Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, nro. 66, Abeledo Perrot p. 229.

 (2) La expresión registra antecedentes en ordenamientos jurídicos como los de Alemania, Austria, Australia, Bulgaria, Noruega entre otras y en el Reglamento del Consejo Europeo 2201/2003, del 27/03/2003 "Nuevo Bruselas II" que refiere a la "Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental". Asimismo, la ley 26.061 de protección integral de derechos de niños niñas y adolescentes, alude en forma expresa a la "responsabilidad familiar" (art. 7º ley cit.; art. 7º dec. 415/2006).

 (3) BIDART CAMPOS, Germán, "El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional" en ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS, Editores del Puerto, 2004, p. 4; LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. El derecho de familia desde la constitución nacional, Universidad, Bs. As., 2009, p. 46. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa. Derecho constitucional de Familia, Ediar, Bs. As. 2006, T. I, p. 16.

 (4) Los Fundamentos de elevación del Anteproyecto de C.C.Com, postulan: la constitucionalización del derecho privado, un código con identidad cultural latinoamericana, basado en un paradigma no discriminatorio, un código de derechos individuales y colectivos y para una sociedad multicultural

 (5) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, Derecho constitucional..., cit. t. I, p. 18; LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo "El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación" JA, 20-4-2005, 3. El derecho familiar es rediseñado a la luz de los principios de unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones familiares, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía de niños y adolescentes, libertad, tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, por mencionar los principios prevalentes.

 (6) Art. 3º, final, ley 26.061.

 (7) ABREGÚ, Martin, "La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales. Una introducción." En ABREGÚ - COURTIS, op. cit. p. 5 y ss.

 (8) Y su doctrina interpretativa, a saber: Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General nro. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2013, CRC/C/GC/14.

 (9) El respeto del citado artículo constitucional importa también el de su doctrina interpretativa vinculante, en el caso Comité de Derechos del Niño, Observación General nro. 12 sobre El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12, 2009.

 (10) KRASNOW, Adriana. "La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales; encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva." Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 51, Abeledo Perrot, p. 73.

 (11) Art. 274. Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código.

 (12) Entre un modelo autocrático y uno participativo, la CDN propone un modelo democrático que reconoce al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, el ejercicio progresivo de su derecho a la educación (art. 28.1, art. 29; conc. art. 32). GROSMAN, Cecilia, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental". Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Abeledo Perrot, nro. 66 p. 231.

 (13) A título ejemplificativo podemos citar el BGB de Alemania, cuyo art. 1262.2 establece que "Los padres observarán en el ejercicio del cuidado la creciente capacidad y necesidad de independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos." En Cataluña el Código de Familia dispone "La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo" (art. 236.2).

 (14) El Informe del Comité de Derechos del Niño a la Argentina en el año 2010 puso de manifiesto la preocupación ante la inclusión en el art. 278 C.C. de la facultad de los padres a una corrección apropiada, que puede conducir a abuso y castigo corporal; recomendó su directa eliminación y la prohibición de todas las formas de violencia a los niños, en todos los ámbitos. LAMM, Eleonora "Derecho a la dignidad e integridad personal de niños, niñas y adolescentes. Hacia la eliminación del castigo corporal y humillante." En FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes. Abeledo Perrot, en prensa.

 (15) HERRERA, Marisa; SPAVENTA, Verónica. "Vigilar y castigar...el derecho de corrección de los padres" Desafíos nro. 5 Anthrops, Barcelona, 2007, p. 108.

 (16) La autonomía progresiva halla enclave también en otras normas convencionales; así, el art. 14, en relación con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el art. 12, sobre el derecho a expresar opinión libremente y a que se la tenga debidamente en cuenta "en función de la edad y madurez del niño"; los arts. 13, 15 y 16, que se refieren respectivamente al derecho a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y a la vida privada, entre otros.

 (17) HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, "Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado." Daños a la salud. Revista de derecho de daños. 2011-3. Rubinzal-Culzoni, p. 538 y 539.

 (18) "Bahamondez" (06/04/1993), "Arriola" (25/08/2009), "Albarracini Nieves", (01/06/2012).

 (19) CSJN, "N.N. o D.,V. s/ prot. y guarda de persona", 12/06/2012: "Que el derecho a la privacidad —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional" (c.10).

 (20) Ver agudo aporte de HERRERA, Marisa "Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: Especialidad c. "niñología". En FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.) Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes. Abeledo Perrot, en prensa, cit.

 (21) LANDSOWN, Gerison, "La evolución de las facultades del niño". Innocenti Insight. UNICEF, Centro de Investigaciones Innocenti, 2005, disponible en http://www.unicef.org/lac/evolving-spa.pdf. última fecha de consulta, marzo 2014.

 (22) Ver, entre muchos: MINYERSKY, Nelly "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño", en GROSMAN, Cecilia (Dir.); HERRERA, Marisa (coord.) Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados. Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 255. HERRERA, Marisa "Una mirada renovada y necesaria sobre ciertos aspectos patrimoniales de la relación padres e hijos. Una intersección compleja entre capacidad civil y representación legal a la luz del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes" en KRASNOW, Adriana (Dir.), DI TULLIO Budassi, Rosana y RADYK, Elena (coord.) Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011. HERRERA, Marisa "Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061" en FLAH, Lily (Dir.), FODOR, Sandra y DEL ÁRBOL, Mabel (Coords.). Los desafíos del derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones familiares. Problemáticas infanto-juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky, Errepar, Bs. As., 2011, p. 693 y ss.; HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia "Biopolítica y salud....", cit. p. 535 y ss. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, M. Victoria y HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional...cit., t. I, p. 520 y ss. FAMÁ M. Victoria y HERRERA, Marisa, "Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la argentina" en KIELMANOVICH, J. y BENAVIDES, D. (comp.), Derecho Procesal de Familia, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "El derecho constitucional del menor a ser oído" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional, No 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 157 y ss.; MORENO, Gustavo, "La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia nº 35, LexisNexis, Bs. As., 2007; PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia", Revista Justicia y Derechos del Niño, No 4, UNICEF, Bs. As, 2002, p. 203 y ss.; KIELMANOVICH, J., "Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)", LL, 2005-F-987; entre otros.

 (23) CIRUZZI, María Susana, "El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente" Trabajo leído en la XIV Jornada de la Asociación Argentina de Bioética- Tandil, 22/05/2010.

 (24) Por su parte dice el Comité de derechos del niño en la citada Obs. Grl. 12 "(...) Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el art. 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. 'Madurez' hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado (...)" (pts. 28/31).

 (25) Art. 12 CDN: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." Conc. arts. 3º, 19, 24 y 27 ley 26.061.

 (26) Comité de Derechos del Niño, Observación General nro. 12, 2009, cit.

 (27) "No basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio." CRC, Obs. Grl. 12, cit.

 (28) Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el 7° período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/34, ONU, septiembre/octubre de 1994.

 (29) Explican los Fundamentos del Anteproyecto: "Hemos tenido a la vista los antecedentes más significativos del Derecho comparado, la doctrina de los autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico, la opinión de los congresos de juristas, y los criterios de la jurisprudencia".

 (30) CSJN "Bahamondez", 06/04/1993, LL 1993-D-130. SCBA, Ac. 76041 23/04/2003, JUBA.

 (31) "Gillick C. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority" Corte de los Lores, Gran Bretaña, 1986, rechazando la oposición materna entendió que los menores de 16 años con madurez suficiente pueden pedir sin autorización de sus padres, asesoramiento médico y dar consentimiento para la realización de prácticas.

 (32) Que describe el "suficiente juicio" para el acto de que se trata.

 (33) ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Tecnos. Madrid, 2006. p. 36-39. El Código civil español en su art. 162 exceptúa de la representación legal: "...los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...". La "Declaración de Ottawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica" [1998] establece que "...si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo" (art. 10).

 (34) En Inglaterra, el Acta de Reforma de Derecho de Familia de 1969 autoriza a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos médicos, quirúrgicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por sobre la de sus representantes; para el niño que no alcanzó dicha edad se aplica la doctrina "Gillick competent". En España, según ley 41/2002 el consentimiento por representación no se requiere para los mayores de 16 años. En los Países Bajos se exige autorización paterna para los menores de 12 años, la actuación es conjunta entre los 12 y 16 y a partir de los 16 años la actuación es exclusiva del joven. En Quebec el niño mayor de 14 años puede consentir por sí sólo cualquier tipo de intervención médica, salvo cuando la intervención puede implicar grave riesgo para la salud o traer consecuencias graves. FAMÁ, María Victoria. "El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Dir.); HERRERA, Marisa (Coord.) La familia en el nuevo derecho, Rubinzal-Culzoni, p. 343 y ss. El "Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" (Convenio de Oviedo, Consejo de Europa, 04/04/1997) establece: art. 6º. 2: "La opinión del menor será tomada en consideración como un factor...más determinante en función de su edad y su grado de madurez".

 (35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho del niño..." cit. p. 117. Antes de la reforma al Código Civil por la ley 26.579, la ley 24.193 (modif. por ley 26.066) resultaba valiosa al permitir (art. 15) la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de 18 años. La ley de sangre 22.290 establece como edad mínima los 16 años, requiriendo consentimiento paterno. Otras normas no fijan un piso etario sino subjetivo; la ley 25.673 de Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable dispone que puede brindarse información y tratamientos anticonceptivos a menores de edad. El dec. 1282/2003 los considera "...beneficiario sin excepción ni discriminación alguna...de las políticas de salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades"; "a su pedido y de acuerdo a su desarrollo" tendrá derecho a recibir información, procurando la concurrencia del representante legal para los casos de adolescentes menores de 14 años, lo que se torna exigencia para la colocación de un método anticonceptivo.

 (36) TSJ, CABA, 14/10/2003, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires", LL, 2004-B-413.

 (37) Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala 18/12/2001, ver también CSJN "S. y D., C. G." 06/11/1980.

 (38) TSCABA 14/10/2003, cit. CCiv. y Com. San Isidro sala 1º 07/05/2002.

 (39) Juzgado n° 1 de Mendoza 16/09/2008, "B., L. A."

 (40) Juzg. 1ra. Inst. y 2da. Nominación Civil y Comercial de Villa Dolores, 21/09/2007 "C. J. A. y otra".

 (41) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nº 2 de Neuquén 20/03/2006. LL Patagonia 2006-278.

 (42) J.CCom. 9° Nom. Rosario 15/08/2008, ante un paciente de 20 años —por entonces menor—.

 (43) T. Flia. n° 2 MDP, 06/02/2009, inédito.

 (44) SCBA, 06/10/2010. Ver asimismo Corte Apel. Valdivia, Chile, sent. del 14/05/2009, RDF 2010-II-226.

 (45) CSJN 12/06/2012.

 (46) Sanc. 21/10/2009; BO 20/11/2009; modif por ley 26.742, dec. 1089.

 (47) El dec. 2316/2003 de CABA a la ley 153 de Salud básica, dispuso: "Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)".

 (48) Resulta criticable la remisión a los arts. 234 a 237 CPCCN, derogados por la ley 26.061 preexistente.

 (49) Art. 5º, ley 26.743: Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho [18] años de edad la solicitud del trámite a que refiere el art. 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el art. 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

 (50) HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia, cit. p. 552.

 (51) WIERBZA, Sandra "Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", INFOJUS, 2013, Derecho Privado, p. 125/126.

 (52) Según los Fundamentos el sistema civil crea una desigualdad según los adolescentes estén o no unidos en matrimonio, considerándolos hábiles en el primer caso para ejercer la paternidad, y no en el segundo.

 (53) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, "Ejercicio de la parentalidad por progenitores adolescentes", en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes. Abeledo Perrot, en prensa.

 (54) LANDSOW, G., op. cit.

 (55) PELLEGRINI, M. V., "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de las personas menores de edad", RDF No 42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 97.

 (56) HERRERA, Marisa. "Ensayo para pensar..." cit.

 (57) PELLEGRINI María Victoria, "Autonomía progresiva y capacidad en el ámbito patrimonial". En FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.) Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes. Abeledo Perrot, en prensa.

 (58) Así: "Los menores impúberes, por su condición de incapaces absolutos de hecho, no, pueden celebrar en principio por sí mismos ningún contrato. Sin embargo, se plantea a este respecto el problema de los llamados "pequeños, contratos": La vida cotidiana muestra que estos contratos se celebran y son frecuentes, como ocurre cuando un menor, aun siendo impúber, compra golosinas, juguetes, revistas, útiles escolares, etc.; viaja en vehículos de transporte colectivo; paga la localidad cuando asiste a espectáculos públicos para menores, etcétera. Aunque jurídicamente dichos actos son nulos, resolverlo así en forma absoluta sería improcedente y además perjudicial. Primero porque tales contratos se celebran y ejecutan en forma instantánea, sin crear problemas jurídicos ni originar la necesidad ni la conveniencia de tenerlos por nulos. En segundo lugar, porque si así se decidiera, se crearía una traba al desenvolvimiento de dichos menores en la esfera indicada, sin ningún provecho general ni particular". LAJE, Eduardo Jorge "Capacidad para contratar" LL 1975-A, 1099.

 (59) Ver HERRERA, Marisa en "Una mirada renovada y necesaria sobre ciertos aspectos patrimoniales de la relación padres e hijos. Una interacción compleja entre capacidad civil y representación legal a la luz del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes", KRASNOW, Adriana, Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja, cit., p. 148 y ss.

 (60) Satisfaciendo doctrina y fallos que así lo entendieron. LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo "La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario" JA 2007-IV-1117.

 (61) CIDH "Atala Riffo c. Chile" 24/2/2012: "La Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia".

 (62) El Código unificado la elimina, por los fundamentos que se leen en el Anteproyecto: "tal prioridad: (a) viola el principio de igualdad; (b) reafirma los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de sus hijos; (c) es contradictorio con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida; (d) es incompatible la ley 26.618".

 (63) Recomendamos KRASNOW, Adriana. "La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades" Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto), La Ley, p. 23, ver asimismo, CSJN, dictamen de la Procuración que la Corte por mayoría hace suyo, 29/04/2008, LL, 2008-C, 540.

 (64) A excepción de casos de atribución de paternidad por sentencia judicial, en cuyo caso la responsabilidad parental se establece al otro progenitor, salvo excepción fundada en el interés superior del hijo.

 (65) Los Fundamentos expresan las razones: "Si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores. (...) si cuando los progenitores convivían, ambos podían realizar los actos cotidianos de manera indistinta presumiéndose que lo realizado por uno cuenta con la anuencia del otro, este mismo sistema puede ser sostenido después de la ruptura de la pareja",

 (66) ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trotta, Madrid, 2011, p. 124.