

Título: [Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa](#)

Autor: [Herrera, Marisa](#)

Publicado en: [LA LEY 19/06/2019, 19/06/2019, 1 - LA LEY2019-C, 1019](#)

Cita Online: [AR/DOC/1803/2019](#)

Sumario: I. Palabras introductorias.— II. Anclaje constitucional-convencional.— III. Autonomía progresiva y legislación civil.— IV. Autonomía progresiva y ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo.— V. Actualizando el debate sobre paternalismo justificado a la luz de una sana confrontación de ideas.— VI. Autonomía progresiva e identidad de género: dos conflictos puntuales, una interpretación sistémica.— VII. Breves conclusiones provisionales.

En materia de derechos humanos de niños y adolescentes, la sublevación vino de la mano del principio de autonomía progresiva. Ruptura que ha sido de tal envergadura y profundidad que algunas voces aún se resisten, porque, como es sabido, los cambios y los consecuentes movimientos en los pilares o cimientos, despiertan ciertos temores, críticas e incomodidades teóricas. Así son las grandes transformaciones socio-jurídicas.

(\*)

(\*\*)

#### I. Palabras introductorias

Una de las temáticas más complejas y de debate abierto que genera el cruce entre derechos de infancia y adolescencia y legislación civil, gira en torno al ejercicio del derecho a la salud por parte de las personas menores de edad, en particular, de los [\(1\)](#) adolescentes.

Sucede que esta cuestión involucra dos nociones de interpretación elástica y porosa como lo son: 1) el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes (NA) y 2) el derecho a la salud, partiéndose de la perspectiva integral que recepta y defiende desde hace tantísimo tiempo la Organización Mundial de la Salud, allá por 1948 al sostener que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" [\(2\)](#).

¿Cuál es el impacto del principio de autonomía progresiva en una regulación civil dedicada, entre tantísimas cuestiones, a regular el ejercicio del derecho a la salud de niños y adolescentes? Este no es un interrogante sencillo y el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) ensayó un texto en el art. 26 que genera ciertas inquietudes y, a la vez, permite la riqueza necesaria para afrontar una gran cantidad de actos —de mayor o menor intensidad y gravedad— que comprometen la salud de una persona menor de edad.

Una regulación que pretenda receptar un listado de actos que una persona menor de edad estaría habilitada o no a ejercer por sí, de manera autónoma, hubiera sido una decisión de técnica legislativa incorrecta. Máxime, tratándose de un Código Civil y Comercial que suele ser un cuerpo normativo reactivo a ser modificado de manera periódica [\(3\)](#). La salud constituye un derecho humano eminentemente dinámico y vinculado con el avance y desarrollo de la ciencia, por lo tanto es posible que en los años venideros se deba decidir o tener acceso a ciertos tratamientos, procedimientos o actos médicos a los que en la actualidad no es posible acceder; incluso, resulta impensable su alcance. Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoce la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios de la ciencia y desarrollo científico [\(4\)](#). En este marco no solo se advierte la pertinencia de receptar conceptos jurídicos indeterminados, sino también admitir las virtudes de leyes especiales que regulen por fuera del núcleo duro, que implica un código civil, diferentes temáticas vinculadas con el derecho a la salud que están a la zaga de tales avances científicos.

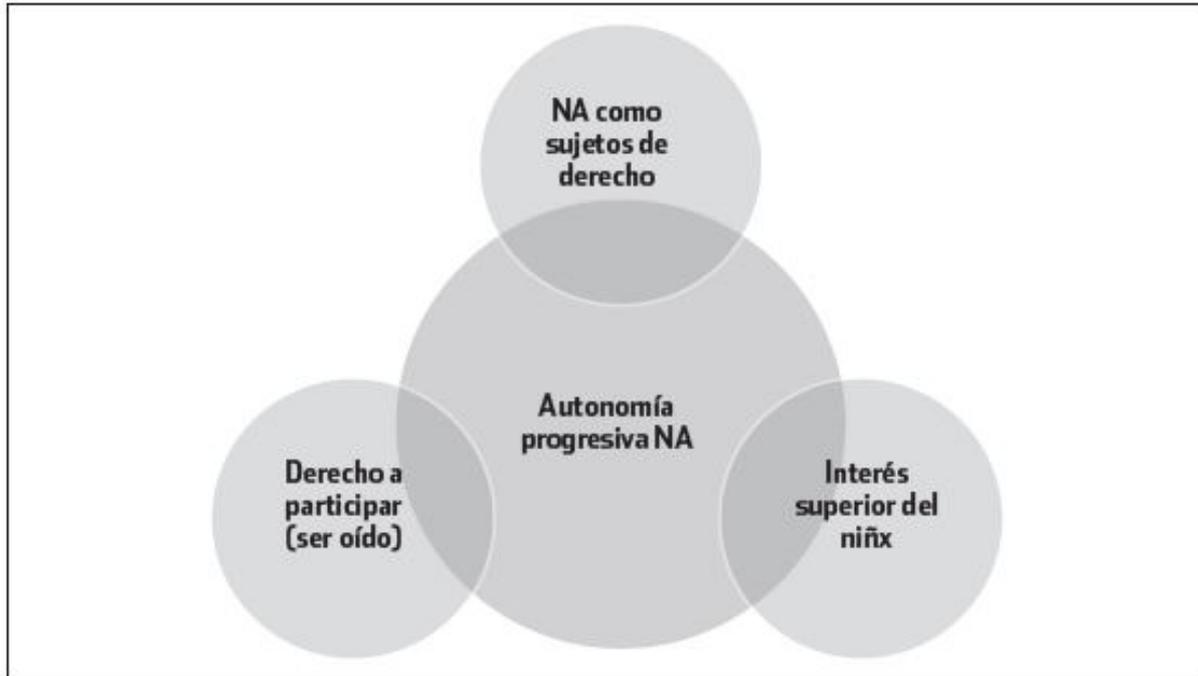
A la par, es dable destacar que existía una obligación constitucional-convencional —como se demostrará en el próximo apartado— de receptar y profundizar el principio de autonomía progresiva en la legislación civil contemporánea y, que tal incorporación generaría cierta y entendible incomodidad en el campo de los derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud donde precisamente, y no por casualidad, se desarrolló la noción de "competencia" a raíz del resonado caso "Gillik" acontecido en el derecho británico allá por los años '80 [1985 [\(5\)](#), para ser precisa]. Esta noción integra el plexo de nociones consolidadas en el campo del derecho civil, que ha derramado en otros ámbitos de interacción directa con este, como, por ejemplo, y para traer un debate bien actual, se lo observa en el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo sancionado el 14/06/2018 [y que no alcanzó la mayoría necesaria para ser ley en la cámara restante [\(6\)](#); y, en la misma tónica, el proyecto de ley presentado nuevamente el 28/05/2019 [\(7\)](#).

¿Cuál es el peso y el lugar que ocupa la autonomía progresiva en el ordenamiento jurídico nacional? Para responder este interrogante, es obligatorio comenzar por el principio, es decir, la perspectiva constitucional-convencional.

## II. Anclaje constitucional-convencional

El principio de autonomía progresiva constituye una manda constitucional-convencional y, como tal, forma parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de NA. Esta obligación ha calado hondo en el ordenamiento jurídico nacional, siendo el Código Civil y Comercial un claro exponente de esta ineludible interacción; a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico-civil de las personas menores de edad —en especial, de los adolescentes— con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre progenitores (8) e hijxs, en lo atinente al ejercicio de derechos personalísimos.

Cabe recordar que el principio de autonomía progresiva surge del juego entre tres pilares sobre los cuales se edifican los derechos humanos de NA y se sintetizan en el siguiente gráfico:



Es evidente que lxs niñxs, a través de su mayor edad y grado de madurez, cuentan con discernimiento para poder comprender y, por lo tanto, ejercer por sí determinados derechos más allá de que no hayan alcanzado la plena capacidad civil que está establecida desde el 2009 —al sancionarse la ley 26.579— en los 18 años de edad. Este argumento de tinte sociológico se encuentra expresamente reconocido en la Opinión Consultiva 17 de la Corte IDH (9), cuando en su párr. 101 señala que "Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel 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 la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio".

Precisamente, sobre razones psicosociales, son los adolescentes los que ostentan mayor protagonismo en consonancia con el principio de autonomía progresiva. Ello es destacado en la Observación General nro. 20/2016 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité de los Derechos del Niño (10) al señalarse que "Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños" (párr. 1º in fine); y que "la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades (...). El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias. La presente observación general no pretende, por tanto, definir la adolescencia, sino que se centra en el período de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos" (párr. 5º).

De este modo, se profundiza el estudio sobre el art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño (11) que se refiere, precisamente, al principio de autonomía, alegándose que para el Comité el "respeto del desarrollo

evolutivo" implica que: a) "dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos" (párr. 18); y b) trata de "asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados; se debe tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona" (párr. 20).

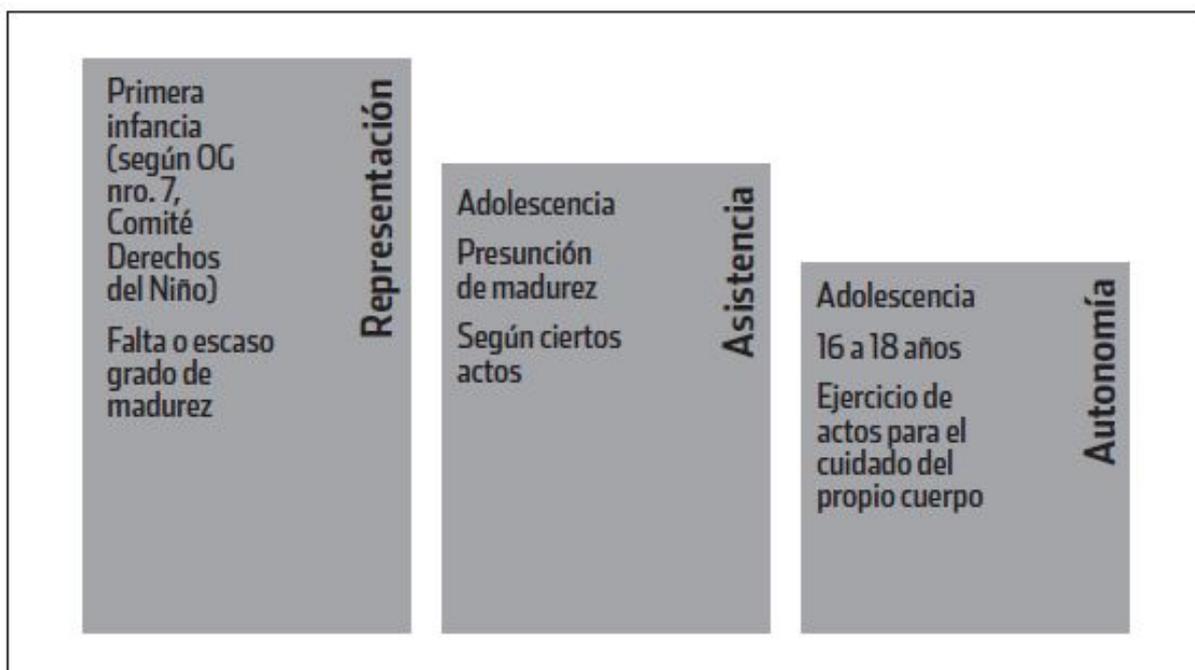
¿Cómo materializar esta complejidad que encierra el principio de autonomía progresiva en el plano legislativo nacional, en particular, en el campo del derecho civil? ¿Cómo lograr una normativa equilibrada en el marco de un concepto jurídico indeterminado como es la autonomía progresiva? Máxime, cuando es sabido que es tan negativo, o constituye una abierta desprotección, negar el ejercicio de derechos cuando las personas menores de edad estarían habilitadas para hacerlo desde el plano psicosocial como a la inversa, reconocerles el ejercicio de derechos cuando aún no están preparados para ello. Ambos extremos, claramente, atentan contra el principio rector en materia de derechos humanos como lo es el interés superior del niño

### III. Autonomía progresiva y legislación civil

Desde el punto de vista jurídico-civil y en respuesta ineludible a la realidad social descrita en el apartado anterior, es dable defender la postura que adopta el Código Civil y Comercial de diferenciar la noción de niño (personas hasta los 13 años), de la de adolescente (de 13 a 18 años) tal como se lo explicita en el art. 25. Esta línea legislativa que adoptan varias legislaciones comparadas permite optar por una regulación más acorde con dicha realidad y, por lo tanto, habilitar el ejercicio de ciertos derechos a una categoría (los adolescentes) y no a la otra (niños); y más aún, admitir que tal categoría hace presumir el grado de madurez, pero que algunos actos no están vedados a una edad por debajo de los 13 años, si es que se cuenta con madurez. Sucede que la edad constituye un elemento indicativo y no rígido para permitir o vedar el ejercicio de derechos por parte de personas menores de edad.

En esta lógica, y como síntesis del estado actual de la cuestión, cabe destacar que en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia realizado en Mendoza los días 9 a 11 de agosto de 2018, se concluyó que "La capacidad de ejercicio de la persona mayor de 13 años se presume, de conformidad con lo dispuesto por el art. 677, en concordancia con lo establecido en el art. 261, inc. c) Cód. Civ. y Com., normas que consagran una presunción 'iuris tantum' de que todo adolescente posee suficiente autonomía para intervenir en un proceso juntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada" (12).

Ahora bien, siguiéndose con la mirada jurídico- civil, y en atención a la interacción ineludible entre los conceptos de capacidad y representación en este nuevo escenario legislativo que plantea el Código Civil y Comercial, atravesado por el principio de autonomía progresiva, se podría observar el siguiente esquema:



Es innegable que este gráfico se vincula de manera directa con la figura de la responsabilidad parental, y así lo establece el art. 639 al disponer en su inc. b) que esta figura se rige por el principio de "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". De este modo, el grado de madurez, desde el punto de vista sociológico, es receptado en la legislación civil contemporánea a través del principio de autonomía progresiva y la consecuente flexibilidad que se deriva de ella al dejar de centrarse en la edad como elemento objetivo y pétreo, y, por el contrario, receptar un sistema abierto mediante el reconocimiento de un elemento subjetivo y poroso como lo es el de grado de madurez. Es innegable que ambos —objetivo y subjetivo— tienen vasos comunicantes, siendo que la edad constituye un fuerte requisito o primera e importante aproximación para desentrañar el grado de madurez.

De esta manera existiría una clara retroalimentación entre dos conceptos clave del principio de autonomía progresiva receptados de manera central en la regulación del Código Civil y Comercial: la edad (una noción clásica) y grado de madurez (una noción contemporánea y auspiciada por el corpus iuris internacional y regional), transversalizados, a su vez, por otra cuestión: el tipo de acto que se trate. De este modo, el ejercicio de los actos que comprometen al campo civil se encuentra directamente condicionado por los mencionados dos elementos cuando se trata de personas que no alcanzaron aún la mayoría de edad.

¿Qué postura legislativa adopta el Código Civil y Comercial? Una clara y mayor flexibilidad; por ende, una permisividad en el ejercicio de ciertos derechos personalísimos, en especial, del derecho a la salud: ¿De qué manera, en qué sentido y con qué limitaciones? Para analizar esta cuestión, es dable analizar el texto, contexto y ciertos interrogantes que genera el art. 26 del Cód. Civ. y Com.

#### IV. Autonomía progresiva y ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo

La esencia del principio de autonomía progresiva en el derecho civil se lo observa en la regulación referida al ejercicio del derecho a la salud, en particular, el derecho al cuidado del propio. Si bien la redacción del art. 26 del Cód. Civ. y Com. excede esta cuestión, lo cierto es que todas ellas se entrelazan bajo el principio de autonomía progresiva y se dividen de manera gráfica, en las siguientes facetas:

<p><b>Art. 26, 1er. parr.</b> Regla: La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales</p>	<p><b>Art. 26, 2do. parr., 1ra. parte</b> la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico</p>	<p><b>Art. 26, 2do. parr., 2da parte</b> En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada</p>
<p><b>Art. 26, 3er. parr.</b> 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.</p>	<p><b>Art. 26, 4to. parr.</b> Se presume que el adolescente entre trece y dieciseis 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</p>	<p><b>Art. 26, 5to. parr.</b> 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.</p>
<p><b>Art. 26, 6to. parr.</b> A partir de los dieciseis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.</p>		

En esta oportunidad nos interesa centrarnos en los últimos tres párrafos dedicados al ejercicio del derecho a la salud, que es, además, el que más tensión y movimiento han generado. ¿La razón? La puesta en práctica de esta clara aptitud legislativa que se inclina por la recepción de disposiciones flexibles y no rígidas mediante el uso de términos indeterminados.

Así, el Código Civil y Comercial opta por una postura amplia a partir de las nociones de "invasividad" y "no invasividad", como así también del concepto de riesgo para la vida o la salud [términos propios del campo de la salud, como se deriva de lo previsto en el art. 7° de la ley 26.529 (13)]. Era sabido que conceptos abiertos

traerían sus correspondientes y necesarios debates interpretativos; de allí que se trabajó en un documento que fue aprobado por la res. 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en fecha 09/12/2015, publicado en el Boletín Oficial el 08/01/2016 (14). Aquí, como nudo interpretativo central, se asevera que "El criterio de 'invasividad' utilizado por el art. 26, Cód. Civ. y Com., debe leerse como tratamientos de 'gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud'. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como 'invasivo que comprometa el estado de salud', sino que además se lo asocia a tratamientos que 'provocan un riesgo grave en su vida o integridad física'. Por tanto es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado".

Esta resolución ministerial, en lo atinente a los derechos sexuales y reproductivos de lxs adolescentes, "considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos [DIU]) no son prácticas 'invasivas que comprometan el estado de salud' en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional determinará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente".

Uno de los debates abiertos que genera el art. 26 gira en torno a lo que acontece, o cómo interpretarlo, cuando interactúa con otras disposiciones especiales dentro del texto civil, como ocurre con el art. 60 relativo a las "directivas anticipadas", o con otras leyes especiales que se dedican a regular determinados actos que comprometen el derecho a la salud en sentido amplio como la transfusión de sangre, ligadura de trompas y vasectomía e identidad de género, por citar algunos. Temáticas todas estas sobre las cuales existen voces disidentes (15).

¿Es posible hacer lugar a la negativa explicitada por una adolescente de entre 16 y 18 años testigo de jehová que se niega a ser transfundida y, por lo tanto, pone en riesgo o decide poner fin a su vida? Al respecto, Moreno entiende que en estos casos, por aplicación del art. 26 del Cód. Civ. y Com., se debería tratar la cuestión como si se estuviera ante un adulto de conformidad con lo dispuesto en la última parte de dicho articulado y, por lo tanto, se debería respetar la decisión adoptada por la adolescente. Para defender esta postura, se entiende que la limitación a la autonomía para decidir en torno a la noción de "riesgo a la vida" o a la salud estaría previsto para otro rango etario (13 a 16 años), recalcando que según el art. 23 del nuevo Código: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código Civil y Comercial y en una sentencia judicial" (16).

En nuestra opinión, es cierto que la alusión al riesgo a la vida y la salud está circunscripta a la franja que va de los 13 a los 16 años de edad. La limitación a la libertad para que un adolescente de entre 16 y 18 años adopte decisiones que pongan fin a su vida reside en que ello excede el cuidado al propio cuerpo que sí es el elemento central en esta franja a la que se dedica el último párrafo del art. 26. En esta línea, consideramos que estos actos de extrema gravedad, dado el carácter de "irreversibilidad" que los tipifica, excederían y estarían fuera de lo previsto en el art. 26 en su último párrafo, no fundado en el "riesgo a la vida" previsto, como bien se señala, para los adolescentes de entre 13 y 16 años, sino en que se trata de decisiones que exceden el cuidado al propio cuerpo, límite que dispone la normativa en el apartado en análisis. Por otra parte, el mismo autor agrega que más allá de la autonomía del adolescente testigo de jehová, "Ello no obsta a que se establezcan o cumpla con protocolos destinados específicamente a contemplar que en estas situaciones deba comprobarse interdisciplinariamente si el adolescente de dieciséis años — como también en el caso de una persona mayor de edad— comprende las consecuencias de su decisión, máxime cuando se trata de la negativa a una transfusión de sangre que puede poner en riesgo su salud o su vida" (17). Aquí se advertiría una contradicción. Si se afirma que la adolescente es autónoma para decidir al igual que un adulto, no se puede establecer la necesidad de intervención de terceros —sea un comité de ética, de bioética o la justicia—; de lo contrario, no habría tal libertad. En todo caso, esta intervención debería ser facultativa, pero no obligatoria. ¿No será que considerar que una adolescente de 16 años tiene pleno discernimiento para decidir no someterse a una transfusión sanguínea y, por ello, poner en riesgo su vida constituye, en definitiva, una desprotección? Si se permite la autonomía en el acto de mayor gravedad, como lo es el fallecimiento de una persona (en palabras del art. 26 en su última parte, el no cuidado al propio cuerpo), cabría preguntarse cuál es la diferencia y la consecuente especialidad que recae en las personas menores de edad con relación a los adultos. ¿Acaso no es menos gravoso contratar una prepa siendo menor de edad —que no tendría capacidad patrimonial para ello— que decidir poner fin a su vida?

Entonces, he aquí un nuevo interrogante inconcluso que genera el Código Civil y Comercial y compromete de manera central la noción de "irreversibilidad".

Una mirada crítica en este mismo sentido acontece con la ley 26.130 de ligadura de trompas y vasectomía que exige la mayoría de edad al disponer en el art. 1º que "Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas 'ligadura de trompas de Falopio' y 'ligadura de conductos deferentes o vasectomía' en los servicios del sistema de salud"; reafirmando en el art. 2º, relativo a los requisitos, que debe tratarse de una "persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado". ¿Se debe sostener esta mayoría de edad regulada en la ley especial o debería ceder, habilitándose dichos actos a partir de los 16 años por tratarse de un acto que compromete los derechos sexuales y reproductivos y, por lo tanto, el cuidado al propio cuerpo de conformidad con lo previsto por el art. 26 del Cód. Civ. y Com.?

Antes de intentar responder este interrogante, cabe traer a colación el caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia el 11/02/2014 (18) en el que se abordó, precisamente, este conflicto. Se trata del planteo de inconstitucionalidad incoado por un grupo de organizaciones de la sociedad civil que nuclea adolescentes, en el que se pretende colocar en jaque el art. 7º de la ley 1412 de 2010. A saber, mediante esta normativa "se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable"; circunscribiendo su previsión a personas adultas, pues establece que "En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad".

La máxima autoridad judicial colombiana, en una larga sentencia, rechazó el planteo fundándose en varios argumentos, entre los que se destacan:

— Que "la Corte ha aceptado que los menores tienen derecho a decidir sobre su propia sexualidad, en el marco de la autonomía y libertad que se le reconoce a toda persona, pero considerando la importancia del acompañamiento de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están en deber de advertir los riesgos y responsabilidades de sus decisiones de vida".

— Que "cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación".

— Que "la Corte estima que la diferenciación que el Legislador estableció para acceder a la anticoncepción quirúrgica entre mayores y menores de edad es constitucional porque no se sustenta en ningún criterio sospechoso y porque responde al desarrollo de un mandato constitucional en materia de progeneración responsable".

La respuesta a estos interrogantes concatenados en torno a la tensión entre los aforismos jurídicos ley especial prima ante ley general y ley posterior ante ley anterior, a nuestro entender, debería girar sobre un concepto que es pertinente traerlo a escena en el tema en estudio. Nos referimos al "paternalismo justificado" (19) que es el término que está presente en el interesante debate teórico con claro efecto práctico, que se sintetiza en el próximo apartado.

#### V. Actualizando el debate sobre paternalismo justificado a la luz de una sana confrontación de ideas

Bastante se ha escrito sobre paternalismo justificado en el campo de los derechos de niñas y adolescentes (20). Aquí interesa actualizar el debate tomando como disparador voces críticas provenientes del derecho penal juvenil. ¿Es posible desde el derecho penal pretender poner en tensión el modo en que la legislación civil se hace eco del principio de autonomía progresiva?

Veamos, Beloff, Kierszenbaum y Terragni son críticos del art. 26 del Cód. Civ. y Com. (21). Para este trío autoral, de manera general "en los últimos años se ha expandido una visión respecto de la condición de la niñez centrada en la exaltación de las bondades de los derechos de libertad característicos de la condición de adultos, producto de una visión sesgada que atribuye una connotación negativa a los derechos de protección, probablemente influenciada por los conocidos excesos del tutelarismo clásico".

Esta afirmación crítica merece ciertas consideraciones más profundas: ¿Por qué se suele ir directo a las posturas contrarias o a los versus? ¿Acaso defender la noción de autonomía progresiva que forma parte, de manera indudable, del corpus iuris internacional (y ahora nacional) en materia de derechos humanos significa, de por sí, "la exaltación de bondades... producto de una visión sesgada"? ¿No se parte de supuestos "versus", es decir, de una actitud confrontativa desde el origen y, por lo tanto, difícil para construir alguna teoría que aporte realmente a un debate inconcluso iniciado por la propia Convención sobre los Derechos del Niño que este 2019 cumple treinta años? Precisamente, el problema no reside en la exaltación de la libertad, sino en lograr el equilibrio de tal libertad a la luz del principio de autonomía progresiva. En otras palabras, para evitar caer en

fundamentalismos (extrema libertad- extrema sustitución), el principio de autonomía progresiva habría sido la válvula de escape para salir de esa disyuntiva que, en definitiva, reafirma la noción de lxs NA como objetos y no como sujetos de derecho. En clave de protección, tal como se adelantó, es sinónimo de desprotección dar de menos (no facultar a los NA, en especial a los adolescentes, a ejercer ciertos actos cuando cuentan con edad y grado de madurez), como dar de más (habilitarlos a tomar decisiones cuando aún no están preparados para ello). Ese equilibrio es el que se debe lograr y ello está auspiciado por el principio de autonomía progresiva que, justamente, se sale de la lógica contradictoria que señala el trío autoral mencionado. En definitiva, utilizándose un concepto de gran desarrollo en el campo de los derechos humanos de NA, se trata de un claro caso de "paternalismo justificado" (22).

Tras aquella afirmación general —en mi opinión, también errada— agregan que "Ella ha conducido en la República Argentina a la búsqueda de una mayor equiparación, en cuanto a los derechos de libertad, entre los niños y adolescentes respecto de los adultos, la cual ha transitado un camino de acercamiento gradual de ambas condiciones jurídicas y que, en la actual redacción del art. 26 del Cód. Civ. y Com., permitiría concluir que ha llegado a asimilar ambos estatus, al prescribir la mencionada norma que el adolescente de dieciséis años de edad es considerado adulto respecto del cuidado de su propio cuerpo" (23).

Como se puede observar, habría un salto entre la generalidad que se asevera a modo de crítica y lo que después se sostiene, ya que el art. 26 —como reconocen lxs autores— solo se refiere al cuidado del propio cuerpo y a los adolescentes entre 16 y 18 años; por lo cual, tal libertad no sería tan exaltada, pues la equiparación con los adultos se la verifica con determinados adolescentes (los más cercanos a la mayoría de edad) y respecto a ciertos actos (aquellos que se vinculan de manera directa al ejercicio de cuidado del propio cuerpo) siempre que no excedan ese campo. De allí que se defienda la limitación que impone la mencionada ley 26.130, como así también lo que prevé el art. 60 en materia de directivas anticipadas, o incluso que se entienda, por interpretación, que las personas aptas para ser donantes de material genético sean aquellas mayores de edad.

Por otra parte, continúan afirmando en la misma tónica Beloff, Kierszenbaum y Terragni que "podría interpretarse que el Código Civil y Comercial ha otorgado a los adolescentes mayores derechos de libertad (esto es, mayor autonomía). No obstante, la equiparación del adolescente con el adulto habilitaría la posibilidad de transitar el camino de la pérdida total de la condición de la niñez a partir de la mencionada merma de los derechos de protección. ¿Fue esta la intención del Poder Legislativo al aprobar el Código Civil y Comercial? A primera vista no lo parece, si se consideran otras normas relacionadas con el mismo tema. Además, difícilmente podría haberse decidido ingresar a los niños al mundo adulto desde edades más tempranas, dado el amplísimo y denso entramado normativo internacional que lo prohíbe" (24).

Es claro que la intención de la legislación civil y comercial no fue el camino de la pérdida de la condición de niñez: ello surge evidente de todo su articulado, que no sólo está en consonancia con la ley 26.061, sino que además se autoimpone evaluarse constantemente a la luz del corpus iuris internacional por aplicación o indicación de lo dispuesto en los arts. 1º y 2º. Sucede que el art. 26 del Cód. Civ. y Com., en lo que se refiere a la equiparación con los adultos que es lo que preocupa a lxs autores, no involucraría la "condición de la niñez" sino la condición de los adolescentes, en la cual el principio de autonomía progresiva obliga a introducir una mirada y, por lo tanto, una legislación más compleja capaz de animarse a salirse de los cánones tradicionales, más fáciles de adaptar cuando se trata de la "condición de la niñez". Justamente, cuando los niños son más pequeños, la representación por parte de determinados adultos (progenitores de manera principal, u otros de carácter o en forma subsidiaria) es la regla; y ello lo establece bien claro el mismo art. 26 en su primer apartado: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales".

Agrega los autores en análisis que "Por otro lado, más allá de las intenciones, los efectos de tal equiparación son muy graves. En el ámbito del derecho penal ello es muy notorio. Tanto la más destacada doctrina como así también el derecho internacional de los derechos humanos son muy enfáticos, no solo en sostener la actual y muy clara separación del adolescente con respecto al adulto a los fines de las consecuencias penales, sino también en elevar las edades de separación; sin embargo, la práctica y algunas reformas legales han generado variados problemas a partir del paulatino acercamiento de los procesos para adolescentes y adultos a través de la incorporación de institutos provenientes de los modelos acusatorios, como el juicio abreviado, por citar un ejemplo" (25).

¿Es posible realizar una afirmación tan extrema como la que se denuncia en términos de "muy grave" cuando se comparan dos ámbitos jurídicos que ostentan diferencias sustanciales como el derecho civil y el derecho penal? ¿No se incurriría en una falacia peligrosa al pretender extrapolar una regulación particular —lo que acontece con los adolescentes en el ejercicio del derecho al cuidado (protección) de su propio cuerpo— a un ámbito como el penal que está estructurado sobre principios y reglas absolutamente diferentes? Siguiéndose esta lógica, alguien podría estar en contra de la reforma introducida al art. 72 del Cód. Penal por ley 27.455 en tanto

establece que, ante los delitos de abuso sexual, cuando comprometen a personas menores de edad, se debe actuar de oficio —es decir, no se trata de una acción de instancia privada—, alegándose que si compromete a adolescentes, se estaría conculcando el principio de autonomía progresiva. No se está de acuerdo con esta observación. Toda disposición debe ser leída a la luz de los derechos e intereses que se encuentren comprometidos, siempre desde el principio de proporcionalidad. En este marco es claro que instar la acción penal por parte de cualquier persona o el propio Estado ante una situación de abuso sexual infantil prima por sobre cualquier otro supuesto interés en juego. ¿Acaso es posible hablar de autonomía y de libertad cuando una adolescente es víctima de uno de los delitos más graves que puede sufrir, como lo es el abuso sexual? La respuesta negativa se impone; el Estado como garante último de los derechos humanos debe estar presente, sin perderse de vista la importancia del modo en que se lleva adelante la intervención y la empatía que se debe generar con la víctima para que ella sea una "protagonista cuidada" en el proceso penal.

Es clave comprender que el principio de autonomía progresiva y su desarrollo en el campo civil no tienen nada que ver o presentan aristas muy diferentes con el "paulatino acercamiento de los procesos para adolescentes y adultos" en el ámbito penal y, en especial, con el inconcluso debate en torno a la edad de punibilidad penal. A lo mejor, el no poder correrse de la perspectiva penal, y que estos sean los lentes con los que se lee el art. 26 del Cód. Civ. y Com., conduce a una lectura errada de la legislación civil auspiciada por el obligado principio de autonomía progresiva. ¿Acaso esta normativa no ha sido central para el debate sobre la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en lo que respecta a su acceso por parte de adolescentes? Sucede que, de base, en el derecho penal está comprometida la libertad ambulatoria de las personas (en este caso, de los adolescentes); en cambio cuando se habla de autonomía progresiva en el derecho civil está comprometida la libertad, pero vinculada a otros derechos que nada tienen que ver con la idea y realidad del encierro. Precisamente, el principio de especialidad constituye un pilar del corpus iuris internacional y nacional en materia de derechos humanos de NA; y tal principio obliga a fortalecer y profundizar las diferencias innegables entre el derecho civil y el derecho penal, como sus implicancias en el campo en estudio.

En definitiva, se considera que el modo que ha elegido el Código Civil y Comercial para materializar —por manda constitucional/convencional— el principio de autonomía progresiva de los adolescentes (de los que cuentan con mayor edad y grado de madurez dentro de este grupo social) en el ejercicio de determinados actos que comprometen el derecho a la salud constituye una decisión de política legislativa que cumple con las nociones de razonabilidad y proporcionalidad.

A la par, es dable destacar que el paternalismo justificado es el que, valga la redundancia, justifica la limitación del ejercicio personal o autónomo de ciertos derechos cuando el acto que se trate excede el campo del cuidado del propio cuerpo y, por el contrario, dicho cuerpo sea puesto en riesgo mediante decisiones irreversibles al comprometer la vida de la persona menor de edad. Esta postura también se funda en la aplicación del mencionado principio de especialidad. De lo contrario, si las decisiones más riesgosas también pudieran ser ejercidas por los adolescentes de entre 16 y 18 años, no tendría razón de ser fijar la mayoría de edad a los 18 años. En otras palabras, sería incongruente restringir aspectos patrimoniales por considerar que se carece de discernimiento para ello y, a la par, habilitar a que se decida sin intervención de ningún tercero —comité de ética, bioética, progenitores, justicia— llevar adelante actos que pueden poner en riesgo o poner fin a la vida de una persona menor de edad.

#### VI. Autonomía progresiva e identidad de género: dos conflictos puntuales, una interpretación sistémica

En esta lógica de dejar planteadas ciertas inquietudes que genera el entrecruzamiento entre autonomía progresiva, derecho a la salud en sentido amplio y Código Civil y Comercial, y ensayar algunas posibles respuestas, se entiende de interés abordar un debate pendiente que gira en torno a la aplicación de la Ley de Identidad de Género (ley 26.743) en lo que respecta a dos conflictos: 1) el cambio de identidad de género de personas menores de edad, cuando uno de los progenitores se encuentra ausente; y 2) las operaciones quirúrgicas que establece el art. 11 de la ley 26.743, para las cuales exige autorización judicial.

Comenzamos por la primera situación planteada que compromete el art. 5° de la ley 26.743 que expresa: "Con relación a las personas menores de dieciocho [18] años de edad la solicitud del trámite a que refiere el art. 4° 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".

En primer lugar, como ya lo hemos puesto de resalto en alguna oportunidad, esta normativa peca de ciertos defectos, al consignar en primer lugar a los representantes legales y después a la "expresa conformidad del menor" (26) cuando la lógica debería ser a la inversa: el rol principal está en cabeza de las personas menores de edad, quienes deben prestar el correspondiente consentimiento; y los representantes legales, en todo caso, el asentimiento (27).

Ahora bien, este sería el marco legal especial, es decir, centrados en lo que dispone la ley 26.743. Sucede que años más tarde, en agosto del 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial cuyo art. 26 establece para los casos de adolescentes de entre 13 y 16 años que pueden prestar su consentimiento para todos los tratamientos que no resulten invasivos sin la necesidad de contar con el asentimiento del representante legal; y si se trata de adolescentes entre 16 y 18 años, se expone en el último apartado del articulado en cuestión, que ellos deben ser considerados como adultos para todos los actos relativos al cuidado del propio cuerpo. ¿Qué normativa debería primar? ¿La ley 26.743 y, por ende, el consentimiento del adolescente (28) y el asentimiento de uno de los progenitores? ¿O la decisión autónoma del adolescente entre 13 y 18 años, ya que el cambio de identidad de género no compromete tratamientos invasivos y, a la par, hacen al cuidado del propio cuerpo en el sentido amplio del concepto de salud mencionado, fundado en la legislación posterior, la civil?

Esta inquietud fue materia de análisis —de manera errada a nuestro entender— por el Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia de la VI Circunscripción Judicial, J. J. Castelli de Chaco, en fecha 13/12/2018 (29).

Veamos: Se presenta la Sra. Asesora de Menores en representación de una adolescente que se autopercibe como: F., B., S., —sexo femenino— y promueve acción a los fines de lograr la rectificación de partida para modificar el sexo, el nombre de pila e imagen en su acta de nacimiento.

El juez ordena dar intervención a la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas, intervención al Ministerio Fiscal y fijar audiencia con los progenitores a la que concurre uno de ellos, el padre.

Se cita a la adolescente a los fines de mantener una entrevista personal, con presencia de su abogado.

El juez esgrime ciertas consideraciones generales que serían correctas, pero que no indagarían en el interrogante en debate. Sucede que el juez explicita que se va a circunscribir en "el interés superior de la adolescente y el derecho a la identidad de S., resguardando su pretensión del reconocimiento de su identidad de género. En segundo lugar, se ponderará el rol de la Justicia de las Familias en tanto garantía y aseguro de efectivización de los derechos de los niños, de las niñas, y de los adolescentes a petitionar a las autoridades en el marco de la capacidad progresiva. Finalmente se expondrá la decisión del presente". Ahora bien, como se puede observar, jamás se planteó de manera previa si era correcta la intervención judicial, sino que, por el contrario, se da por supuesto que ella es pertinente.

En este contexto, se expresa que:

— "la petición de S. se entronca en un proceso histórico de reivindicaciones en el marco de una sociedad que no ha atribuido equitativamente derechos a todas las personas. Asumiendo entonces que la pertenencia al colectivo LGBT de una persona implica que la dinámica de la labor por el acceso a la justicia debe traducirse en más y mejores derechos para ellos y ellas; y debe estar orientada a la destrucción de los obstáculos de la igualdad. La tarea de este Magistrado, entonces, debe redundar, en tanto autoridad del Estado, en la consolidación democrática por el reconocimiento efectivo de derechos, en este caso a S."

— "el horizonte democrático e igualitario del reconocimiento al derecho de los niños, las niñas, y adolescentes a formular peticiones administrativas y judiciales en orden al reconocimiento de su identidad de género. Es de ley que, mediando el consentimiento de sus representantes legales, no requiere la intervención judicial, de conformidad con el principio de políticas públicas para la infancia de desjudicialización".

— "no existiendo tal consentimiento, se hace necesaria la intervención de la magistratura de la Justicia de las familias, para garantizar el respeto de los derechos que enuncia la ley".

— "Que aun cuando cuenta con el consentimiento del padre, a diferencia de lo referido en la demanda, no ha sido posible dar con el de la madre, razón por la cual debo asumir la resolución de la presente conforme lo establece la Ley de Identidad de Género, art. 5º segundo párrafo".

La disyuntiva a resolver, ausente en la resolución que se sintetiza, se refiere a la validez del consentimiento que preste el adolescente, sin la necesidad de tener que contar con el asentimiento de sus progenitores y, por ende, la negativa de alguno de ellos o ambos, como la ausencia de uno de ellos o ambos, no sería relevante.

Esta cuestión fue materia de análisis y resuelta en la citada Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en el que se sostuvo, con acierto, que "Los principios convencionales/constitucionales pro

persona y pro minoris implica preferir la aplicación del art. 26 del Cód. Civ. y Com. que resulta más protectorio de derechos de NNyA"; y tras esta afirmación se entiende que "Los procedimientos que prevé la LDIG son constitutivos del cuidado del propio cuerpo (Cód. Civ. y Com., art. 26, último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio".

En esta lógica, al primar la legislación civil (posterior) por sobre la Ley de Identidad de Género (especial), no sería necesaria la intervención judicial, sino que solo bastaría con el consentimiento de la adolescente; incluso tampoco se necesitaría el asentimiento de los progenitores, al tratarse del ejercicio de un derecho que hace al cuidado del propio cuerpo en un sentido amplio encuadrable en la última parte del art. 26 del Cód. Civ. y Com.

¿Qué postura debería haber seguido el juez en esta oportunidad? El rechazo in limine de la solicitud judicial de cambio de identidad de género y, a la par, disponer que en lo sucesivo el registro civil sea el organismo que debe intervenir a los fines de evitar la judicialización de situaciones que no son judiciales. Justamente la tésis de la ley 26.743 es de carácter administrativo, sabiéndose que ello es lo que mejor se condice con la rápida y mejor satisfacción de los derechos humanos comprometidos, tal como lo asevera la Opinión Consultiva 24 de la Corte IDH al explicar: "Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativa o notarial son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona" (30).

La segunda controversia que rodea a la Ley de Identidad de Género a la luz del Código Civil y Comercial se refiere a los supuestos de operación quirúrgica. Sobre este punto el art. 11 de la ley 26.743 dispone en su parte pertinente: "Todas las personas mayores de dieciocho [18] años de edad podrán, conforme al art. 1º de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el art. 5º para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de su obtención respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta [60] días contados a partir de la solicitud de conformidad".

Tal como surge de este texto, las personas menores de edad —sin diferenciar, si se trata de niñas o adolescentes, con o sin madurez suficiente— necesitan la correspondiente autorización judicial para proceder a realizar la intervención quirúrgica total o parcial. Ahora bien, el interrogante que se deriva de ello a la luz de lo previsto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. gira en torno a cómo debería impactar esta última normativa en la ley especial. En otras palabras, si se trata de un adolescente de entre 16 y 18 años de edad, se debería aplicar el art. 11 de la ley 26.743 (ley especial y anterior) y, por lo tanto, la intervención quirúrgica exige intervención judicial o, por el contrario, debería regir el planteo previsto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. (ley general y posterior) y, entonces, la intervención es administrativa, es decir, no debería salir del ámbito de salud.

Esta conflictiva tampoco fue advertida en el caso resuelto por el Juzgado de Familia N°3 de San Juan en fecha 12/02/2019 (31). Veamos: Un adolescente de 16 años, juntamente con sus progenitores, inicia un proceso de autorización judicial para realizar una intervención quirúrgica consistente en una mastectomía (extirpación de sus glándulas mamarias), de conformidad con lo previsto en el art. 11 de la ley 26.743.

Progenitores e hijo manifiestan que "desde niño comenzó a sentir incómodo con su cuerpo, con su fisonomía femenina, acrecentándose esa situación con el pasar de los años, al punto tal que decidió dejar de esconderse y hablar con sus padres para hacerles saber su decisión de cambiar el género". Que ello fue acompañado por una psicóloga que respalda "el estado psicológico en el que se encuentra" (sic). Además, se pone de resalto "Que hoy ya tiene su documento de identidad como varón (procedimiento previsto por el art. 4º de la ley 26.743), habiendo comenzado su tratamiento con hormonas a los fines de su masculinización, debiendo realizarse a la brevedad la mastectomía referida".

Toma intervención la Asesoría Oficial N° 2 y "sugiere que de conformidad a la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, se de intervención al Gabinete Técnico del Juzgado a los fines de la realización de entrevistas con la psicóloga particular interviniente y con el menor, considerando

su autonomía progresiva y el derecho constitucional a ser oído".

Cabe destacar, como ejemplo de la persistente mirada negativa en la temática en estudio, lo que se expone en la sentencia sanjuanina: "no obstante haber nacido biológicamente como mujer se siente hombre, encuadrando lo mencionado dentro de la clasificación del Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales en la categoría de 'Disforia de Género', en alusión al "disgusto, desajuste o molestar con el sexo biológico que le ha correspondido al sujeto", y que ello le acontece desde los seis años de edad". A la luz de lo expuesto por la Corte IDH en la mencionada Opinión Consultiva 24, y en el ámbito nacional conforme la ley 26.743, apelar al manual de enfermedades psiquiátricas para fundar una sentencia sobre identidad de género constituye una mirada contraria o incoherente con los tratados de derechos humanos que ocupan un lugar central en el ordenamiento jurídico nacional, y en particular y de manera elocuente en la legislación civil y comercial (arts. 1º y 2º).

Si bien se hizo lugar a la petición de intervención quirúrgica, lo cierto es que ello no sería necesario por los argumentos expresados, los que caben tanto para los cambios de identidad de género sin el asentimiento de los progenitores, como así también en los supuestos de operaciones quirúrgicas, de conformidad con el concepto de salud y de cuidado del propio cuerpo amplios, fundado en varios principios y derechos constitucionales-convencionales, entre ellos, el principio pro homine.

#### VII. Breves conclusiones provisionales

Es sabido que un extenso y revuelto caudal de agua ha corrido debajo del puente del principio de autonomía progresiva de NA desde la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño que en el 2019 cumple treinta años de existencia, en especial, su art. 5º; alentado por hitos jurisprudenciales como lo ha sido el reconocido caso "Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority" de 1985; o, en el ámbito nacional, el caso "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia c. CABA" del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en fecha 14/10/2003 [\(32\)](#), animándose a poner en crisis en el campo del derecho civil clásico el binomio capacidad-incapacidad jurídica y admitir que puede no haberse alcanzado la plena capacidad jurídica, pero que ello no es obstáculo para ejercer por sí determinados actos relativos a los derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud.

El art. 26 del Cód. Civ. y Com. constituye un buen ejemplo normativo al desafiar la regulación rígida, conservadora y cerrada en la que las personas menores de edad estaban signadas, en general, por la idea de incapacidad de hecho. Es evidente que esta noción debía ser puesta en crisis, en particular, tratándose de adolescentes por obra y fuerza del principio de autonomía progresiva.

La legislación civil, desde el obligado prisma constitucional-convencional, tuvo que dar un vuelco de 180 grados en varias temáticas. Ello se ha visto de manera elocuente en el campo de las relaciones de familia y de los derechos de NA, existiendo entre ambos ítem vasos comunicantes innegables. Así como la noción de pluralidad de formas de organización familiar, atravesada por el principio de igualdad y no discriminación, revolucionó el derecho de las familias, a tal punto de ser más adecuado referirse a este campo con la "s" final; en materia de derechos humanos de NA, la sublevación vino de la mano del principio de autonomía progresiva. Ruptura que ha sido de tal envergadura y profundidad que algunas voces aún se resisten porque, como es sabido, los cambios y los consecuentes movimientos en los pilares o cimientos despiertan ciertos temores, críticas e incomodidades teóricas. Así son las grandes transformaciones socio-jurídicas.

Ya lo dijo hace tanto el genio de Albert Einstein: "Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio". Todavía quedan ciertos prejuicios sobre las personas menores de edad, en especial, sobre los adolescentes, porque son ellos —más que ningún otro— quienes traccionan y tensionan en acto las virtudes y emancipaciones que genera el principio de autonomía progresiva en un Estado democrático. Así de compleja y enigmática es la libertad.

(\*) Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de la Facultad de Derecho, UBA y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda.

(\*\*) Una versión reducida y con algunas modificaciones se publicará en la revista *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA.

(1) El uso de la "X" es un tema de debate actual, tanto en el derecho comparado como en el derecho argentino en términos de inclusión y acerca de cómo el lenguaje escrito debe hacerse eco de la existencia de diferentes identidades en plural. Como bien se dice, el lenguaje no es neutro, todo lo contrario, es político. Es por ello que en esta oportunidad, seguimos esta línea emancipatoria, hábil para movilizar el statu quo en un campo como el jurídico, en el que la amplitud y puesta en crisis de sus límites es tan necesario, so pena de seguir silenciando diferentes realidades sociales. Más allá de esto, para alivianar la lectura, su uso es espaciado.

(2) "La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22/07/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948" (<https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequentlyasked-questions>, compulsada el 24/05/2019).

(3) Se entiende que no estarían dadas las condiciones y correlaciones de fuerzas necesarias —políticas, académicas y prácticas— para la sanción de una nueva reforma integral del Código Civil y Comercial (conf. dec. 182/2018).

(4) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica" (párr. 150), en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf), compulsado el 28/12/2019. La cuestión es analizada en: DE LA TORRE, Natalia M. - FERNÁNDEZ, Silvia, E., "Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales", Ed. La Ley, Bs. As., 2018, ps. 403-422.

(5) Para profundizar sobre el denominado "Gillik competence" se recomienda compulsar, entre otros: TORRENS, María Claudia, "Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 275 y ss.; ASSANDRI, Mónica - ROSSI, Julia, "El cuidado del propio cuerpo por el niño, niña o adolescente", RDF 87, 41 Cita Online: AR/DOC/3550/2018; FERNÁNDEZ, Silvia E., "Ejercicio de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo", en CAMELO, Gustavo - HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, CABA, 2015, t. I, ps. 69-72; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor sobre su propio cuerpo", en BORDA, Guillermo (dir.), La persona humana, Ed. La Ley, CABA, 2001, ps. 249 y ss.; y SALITURI AMEZCUA, Martina M., "¿Quién decide sobre el cuerpo? Notas sobre el ejercicio del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo Código Civil y Comercial. Relaciones entre autonomía progresiva y responsabilidad parental", RDF 72, 53; AR/DOC/5383/2015.

(6) Art. 9° sobre "Personas menores de edad" establecía: "Si se tratara de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis [16] años, la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar con su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y conforme lo dispuesto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el art. 7° de su dec. regl. 415/2006. En particular, debe respetarse el interés superior del/a niño/a o adolescente y su derecho a ser oído".

(7) Art. 9° sobre "Niñez y adolescencia" dispone: "a) Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse en una persona menor de trece [13] años de edad, se requerirá su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el art. 4° del dec. regl. 1282/2003 de la ley 25.673, en el art. 7° del dec. regl. 415/2006 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el art. 59 del Cód. Civ. y Com. En este supuesto no se deberá requerir autorización judicial alguna. b) Si la interrupción voluntaria del embarazo es requerida por una persona adolescente de entre trece [13] y dieciséis [16] años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. En aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida, por condición preexistente, circunstancia esta que deberá constar en la historia clínica fundadamente, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as. En ausencia o falta de ellos/as, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inc. a) del presente artículo. En el caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente que deberá decidir de acuerdo con lo preceptuado en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. c) La persona mayor de 16 años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley. En todos los supuestos contemplados en los artículos que anteceden serán de aplicación la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en lo que hace al interés superior y el derecho a ser oído/a de todo/a niño, niña y adolescente y que su opinión sea tenida en cuenta".

(8) Pertinente recordar que desde mediados del 2010 se reconoce el matrimonio a parejas del mismo sexo al sancionarse la ley 26.618 y consiguiente, la aceptación de que un niño puede tener progenitores de igual o de diferente sexo, de allí que se utiliza esta noción de "progenitores" en su carácter de término neutro, en vez de los conceptos de padre y madre.

(9) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/08/2002, Opinión Consultiva 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), compulsada el

28/05/2019.

(10) Comité de los Derechos del Niño, 06/12/2016, Observación General 20, en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=es), compulsado el 28/05/2019.

(11) Establece esta disposición: "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".

(12) Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Comisión N° 1, en <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-1.pdf>, compulsada el 28/05/2019.

(13) El art. 7° dedicado a la instrumentación del consentimiento informado, establece que "El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación".

(14) Ministerio de Salud, Resolución 65/2015, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/139813/20160108>, compulsado el 09/05/2019.

(15) Las voces encontradas en ambos temas son explicitadas de manera más reciente por MORENO, Gustavo D., "El alcance de la autonomía progresiva de las personas menores de edad en el cuidado de su propio cuerpo. El caso de la oposición a las transfusiones de sangre" y FERNÁNDEZ, Silvia E., "Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad", ambos en GROSMAN, Cecilia O. (dir.) - VIDETTA, Carolina A. (coord.), Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y cuidado al propio cuerpo, Rubinzal Culzoni Edit., Santa Fe, 2019, t. I, ps. 95 y ss.

(16) MORENO, Gustavo D., ob. cit., ps. 114 y 115.

(17) MORENO, Gustavo D., ob. cit., p. 117.

(18) Corte Constitucional de Colombia, 11/02/2014, Yuly Ramírez Gómez; Pedro Antonio Cano Álvarez; Brahim Daniel Montoya Zuleta; Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivera Ocampo, en: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-513893554>, compulsado el 09/05/2019.

(19) Como síntesis de esta cuestión en el marco, precisamente, de la temática en análisis sobre autonomía progresiva y art. 26 del Cód. Civ. y Com., se recomienda compulsar: VALENTE, Soledad, "Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?", RDF 84, mayo 2018, Ed. Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Buenos Aires, ps. 65 y ss.

(20) Ver, entre otros: FERNÁNDEZ, Silvia E., "La infancia como escenario universal y sus falacias. 'Niños' y 'menores': simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas -necesarias- aplicaciones del principio de paternalismo justificado", RDF 56, 39; AR/DOC/8216/2012; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado", Revista de derecho de daños 2011-3, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, ps. 535-587; y ZABALZA, Guillermina, "Entre lo dado y lo construido... despliegues de la vulnerabilidad", RDF 86, 175; AR/ DOC/3362/2018.

(21) BELOFF, Mary - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Cód. Civ. y Com. frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad", RDF 84, 17/05/2018, 1; AP/ DOC/184/2018.

(22) Como síntesis de esta cuestión en el marco, precisamente, de la temática en análisis sobre autonomía progresiva y art. 26 del Cód. Civ. y Com., se recomienda compulsar: VALENTE, Soledad, "Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?", RDF 84, mayo 2018, Ed. Abeledo Perrot - Thomson Reuters, Buenos Aires, ps. 65 y ss.

(23) Ibidem.

(24) Ibidem.

(25) Ibidem.

(26) Es dable destacar el perimido término "menor" que recepta la ley 26.743.

(27) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "El derecho a la salud desde el derecho civil constitucionalizado: ¿un encuentro revolucionario, un cruce que se las trae o una perspectiva en construcción?", en CLÉRICO, Laura - RONCONI, Liliana - ALDAO, Martín (coords.), Tratado de Derecho a la Salud, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, ps. 373-404.

(28) Aquí se deja de lado por razones de espacio, los casos que se han presentado en el derecho argentino de niños (de 0 a 13 años), juntamente con sus progenitores, que solicitan el cambio de identidad en sede administrativa. Para profundizar sobre esta cuestión se recomienda compulsar entre otros: SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, "El reconocimiento del derecho a la identidad de Luana", PAVAN, Valeria (compiladora), Niñez Trans. Experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad, Ed. UNGS, Los Polvorines, 2016, ps. 77 y ss.; GRAFEUILLE, Carolina E., "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", JA 2018-II, 1247; AR/DOC/3008/2018; y SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, "Tomándose la despatologización en serio: el derecho a la identidad de género de niños y adolescentes", RDF 82, 115; AR/DOC/4110/2017.

(29) Niñez, Adolescencia, Familia, IV Circunscripción, Castelli, Chaco, 13/12/2018, "F. S. B. s/ rectificación de partida", expte. 1735/18, inédito.

(30) Párr. 160, última parte.

(31) JFamilia N°3, San Juan, 12/02/2019, "F. P. J. y O. M. C. s/ autorización judicial", inédito.

(32) STCABA, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires", AR/JUR/3606/2003.