



Edición N° 2. Diciembre de 2022

ANALISIS ART 26 CCCN. CAPACIDAD.AUTONOMIA PROGRESIVA. APLICACION. JURISPRUDENCIA

Sabrina Gisela Pinnavaria¹

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos el análisis del art. 26 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). La capacidad y la autonomía progresiva y la incorporación del mismos en fallos judiciales donde los niños, niñas y adolescentes son considerados como sujetos de derechos, respetando el interés superior de los mismos.

2. ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (CCCN)

El art.26 CCCN consagra la autonomía progresiva de las personas menores de edad. La incorporación en nuestro plexo normativo de criterios y pautas interpretativas que se encuentran previstas en la Convención de los Derechos del Niño, ha producido consecuencias importantes en las relaciones de familia.

Actualmente, las personas menores de edad intervienen en un sinnúmero de actos que antes correspondían a la esfera de la patria potestad, donde el accionar de los menores de edad dependía de las directrices de sus padres. Hoy, esas facultades, que le son propias, son ejercidas por las personas menores de edad, teniendo en cuenta la edad y grado de madurez necesario.

En su primer párrafo, el art 26 consagra la regla general de que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”

Estableciendo en su segundo párrafo que “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.” Y en su tercer párrafo establece: “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.” Ambos párrafos

¹ Es abogada, graduada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Morón. Es Especialista en Derecho de Familia. Se ha desempeñado en el ámbito privado y público. Subdirectora del Instituto de Derecho de Familia y Sucesiones de AIDCA:

incorporan el derecho al niño a ser oído, el cual se encuentra plasmado en el art 13 de la Convención de los Derechos del Niño y en el art 24 de la ley 26.061 y la figura del Abogado del Niño.

El art. 26, confiere además una autorización de carácter general, a lo referido al consentimiento para tratamientos médicos y cuidado del propio cuerpo. Estableciendo en su cuarto, quinto y sexto párrafo que “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

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

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

En el cuarto párrafo el legislador ha dado el concepto de adolescente, considerando como tal a las personas menores de edad entre trece y dieciséis años de edad.

Asimismo, en dichos párrafos, el gran abanico de actos que compromete el derecho a la salud de los adolescentes interpelado de manera constante por el dinamismo, obligó a la legislación civil y comercial a adoptar criterios flexibles por lo que debió apelar a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, como por ejemplo tratamientos “invasivos” y “no invasivos”.

Debe considerarse como base que unos de los valores subyacentes de nuestro Código civil y Comercial de la Nación es la protección del más débil.

Un claro ejemplo que constituiría una violación al principio de autonomía progresiva de raigambre constitucional sería solicitar, para la entrega de un preservativo a un adolescente, la presencia de uno de sus progenitores. Se estaría desconociendo al adolescente como sujetos de derecho.

Para este análisis es importante tener presente los principios que rigen las relaciones entre padres e hijos en el CCCN. La figura de la responsabilidad parental, sienta sus bases en el art. 639, donde establece en sus tres incisos:

“a) el interés superior del niño;

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;

c) el derecho *del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*”

El entrecruzamiento central y general entre los arts. 26, 638 y 639 se complementa con dos artículos que constituyen la columna vertebral de la regulación del derecho privado, estos son los arts. 1 y 2 del CCCN, en especial, este último, referido a la “Interpretación”.

En el contexto de mayor complejidad y riqueza que muestra la legislación civil y comercial para estar a tono con el avance permanente de la ciencia y su impacto directo en la realidad social, por eso los ya nombrados “conceptos jurídicos indeterminados” también se deben tener presentes las legislaciones locales que se interesan por regular el ejercicio de derechos personalísimos relativos a la salud de personas menores de edad.

Al respecto, el interrogante gira en torno a cuál sería la regulación que cabría aplicar.

Respecto a cirugías estéticas no regenerativas, por ejemplo, distintas provincias poseen diferentes regulaciones al respecto, la provincia de La Pampa requiere un examen psicofísico completo para que los menores de 18 años puedan realizarse esta

intervención, en cambio La Rioja y Corrientes prohíben este tipo de prácticas para los menores de edad.

El art. 26 se refiere al “cuidado del propio cuerpo” y a la par, el equilibrio es la idea central que domina la Convención desde que tan contrario al ansiado “interés superior del niño” es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están.

3. JURISPRUDENCIA

A continuación, en los tres fallos podremos observar la aplicación por parte de los jueces de la autonomía progresiva, establecida en art 26 del CCCN.

1. Expte. Nº 1-63837-2018 - “A. M. A. L. c/ D. C. y otros s/ daños y perj. resp. profesional (excluido Estado)” - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) – SALA PRIMERA - 14/05/2019
ABOGADO DEL NIÑO. CAPACIDAD PROGRESIVA. Demanda por daños y perjuicios promovida por la madre en representación de su hija, contra el padre y un laboratorio de análisis clínicos. Prueba biológica realizada por cuenta del progenitor -debido a ciertas dudas acerca de la paternidad- sin el consentimiento materno. RECHAZO DE LA DEMANDA por parte del juez ya que observo, luego de un estudio de las actuaciones que existían disidencias y al tener la menor 12 años de edad se ordena la designación de un abogado del niño, una vez producida la prueba y habiendo sido oída la niña brindo las razones del rechazo de la demanda. APELACIÓN DE LA SENTENCIA POR LA MADRE EN NOMBRE DE SU HIJA. Improcedencia. Falta de legitimación. Adolescente que al momento de la sentencia cuenta con trece años de edad y está representada por una abogada especialista en niñez. Valoración del dictamen del Asesor de Menores que propone rechazar el recurso. Intereses contrapuestos entre la joven y sus progenitores. SE CONFIRMA LA SENTENCIA QUE RECHAZÓ LA DEMANDA.¹

2. En los autos “m. d. a.; m. c.; m. d. y j. g. d. s/ victimas”, se explica que la menor, que además tiene una hipoacusia severa, "padece de una enfermedad linfoproliferativa, que puede llevar a una leucemia en el curso de su evolución, cuyo tratamiento curativo es la realización de un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) o médula ósea, considerando los médicos tratantes que de no realizarse dicho trasplante, la adolescente corre riesgo de vida".

La jueza del caso, Rosa Esquivel Iglesia, expresó que, teniendo en cuenta la edad de la menor, "la falta de consentimiento informado de su madre no sería obstáculo, dado que la adolescente goza de la presunción de su autonomía conforme lo prescripto por el Art. 26 del Código Civil y Comercial, siendo considerada como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, pudiendo decidir por sí misma, prescindiendo del asentimiento de su madre".

Por otra parte, el Fiscal de Menores que intervino en el caso, expresó que "a pesar de su presunción de autonomía, padece de hipoacusia, lo que le genera cierta limitación para comunicarse y comprender los procedimientos médicos a los cuales debe ser sometida, generándose así dudas respecto a su madurez y competencia para comprender realmente la situación en la que se encuentra, no pudiendo establecerse si ha podido dar un verdadero

consentimiento informado, lo que lleva a ésta Magistrada a ajustarse a lo establecido por la ley N° 26.529 de los Derechos del Paciente, debiendo tenerse en consideración la opinión dada por la representante legal de la joven, quien como he dicho, en principio se ha negado, para luego, a criterio de la suscripta, dar un consentimiento tácito, pero no informado como lo requiere la ley 26.529".

Ante ello, la magistrada sostuvo que "lo mejor es que éste Juzgado se autorice a que se le realice el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) o médula ósea y todas las prácticas médicas que sean necesarias para preservar su vida, puesto que ésta alternativa, es el mejor y único modo de satisfacer su interés superior, evitando un daño futuro en su salud que ponga en riesgo su vida, máxime teniendo en cuenta que la adolescente ha expresado querer curarse , debiendo tenerse en consideración la opinión dada por la representante legal de la joven, quien como he dicho, en principio se ha negado, para luego, a criterio de la suscripta, dar un consentimiento tácito, pero no informado como lo requiere la ley 26.529".

La jueza citó, además, una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que expresa que "el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño; es un deber del Estado asegurar la salud y es aquí donde se produce la colisión entre la autonomía de los padres de elegir el sistema de salud con el que protegerán a sus hijos y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma a todos los niños".

Por lo expuesto, resolvió autorizar a la adolescente "a realizarse todas las intervenciones, procedimientos, tratamientos y prácticas médicas necesarias para efectivizar el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) o médula ósea que la misma necesita".

3. Expte: SI-120086 – R. G. C/ F. D. S/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Sala I de Mercedes. (Sentencia 20/10/2022): **Autos y Vistos: Considerando:**

I.- Se deja constancia que esta Sala Primera se encuentra integrada por el Dr. Emilio Armando Ibarlucía y el Dr. Luis María Nolfi, en virtud de lo dispuesto por el art. 4° del Ac. Extraordinario del 25 de septiembre del 2008 (publicado en el Boletín Oficial el 06/12/2010, pags. 12.609/12.610).

II.- Vienen los presentes para tratar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en forma subsidiaria al de reposición contra la resolución de fecha 31/3/22, que en lo medular rechaza el pedido de nulidad formulado por la misma, con costas.

Básicamente, dicha parte se presenta en autos pidiendo la nulidad de la notificación del traslado de la demanda de aumento de cuota alimentaria promovida por la parte actora. Fundamentalmente, sostiene que el domicilio donde fueron dirigidas las notificaciones corresponde a la casa de su pareja y la cédula respectiva fue recibida por una persona menor de edad (13 años), siendo además que su domicilio real consignado en su DNI es en CABA.

Se queja entonces del rechazo del pedido de nulidad incoado en la resolución que cuestiona y pide que se revoque lo resuelto aduciendo en esencia que se ha violado su derecho de defensa en juicio (EE del 8/4/22) a lo que se oponen la parte contraria (EE del 3/8/22) y la Asesoría de Incapaces (EE del 7/9/22), piezas a las que nos remitimos en honor a la brevedad y habida cuenta su extensión.

III.- Ahora bien, en primer lugar, es preciso destacar la interpretación restrictiva que debe regir en materia de nulidades, reservándose la sanción como *“última razón frente a la existencia de una efectiva indefensión”*, ya que el proceso *“no es un rito solemne y frágil que se desmorona a la primera infracción formal”* (ver: Fenochietto, Carlos E., Código procesal comentado, Ed. Atrea, 8ava. Edición, Buenos Aires, 2006, pag. 228 y jurisprudencia allí citada).

Esta cuestión debe generar un mayor celo cuando están en disputa los intereses de niños, niñas o adolescentes, habida cuenta la necesidad de considerar primordialmente su superior interés (art. 3.1 CDN, 75 inc. 22 CN, art. 706 del CCC).

En segundo lugar, se advierte que en el diligenciamiento de la cédula en cuestión se ha dado cabal cumplimiento a la reglamentación que rige su trámite (art. 187, Ac. 3397/08 de SCBA), dado que se ha constatado que, contrariamente a lo sostenido, el demandado vivía en el domicilio y se hizo entrega de la cédula a una persona de la casa. A esto hay que agregar que la norma en cuestión no requiere mayoría de edad para recibir la notificación y debe tenerse presente además que en materia de actos realizados por menores de edad, el régimen actualmente vigente según el Código Civil y Comercial tiene como punto de partida la capacidad y se afinca en la autonomía progresiva (conf. art. 26 y cctes. del CCC y su comentario en Código Civil y Comercial comentado, Dir. Herrera, Caramelo, Picasso, Ed. Infojus, 2015, Tomo I).

Por otro lado, retomando el comentario de la doctrina procesal antes referenciado, es del caso destacar que no obstante rechazar el pedido de nulidad, la jueza – más allá de que la demanda se entabló como incidente de aumento de cuota alimentaria y así se venía tramitando- dispuso la celebración de una audiencia en los términos del art. 636 del CPCC (cuestión no recurrida por la actora), que representa el acto indicado para que un demandado por alimentos ejerza su derecho de defensa en juicio (conf. art. 640 del CPCC). Dice el autor citado que *“En el juicio de fijación cuota alimentaria no se concede traslado de la demanda, de modo que la audiencia se notifica al accionado, quien podrá ejercer su derecho constitucional, con las limitaciones impuestas por el art. 640”* (ob. cit., pág. 684).

En este contexto, no se advierte un verdadero perjuicio derivado de un estado de indefensión que pregona el recurrente, por lo que el recurso en tratamiento debe ser rechazado.

IV.- En función de lo normado en los arts. 68 (principio objetivo de la derrota) y 69 del CPCC, las costas de Alzada deben imponerse al apelante que resulta vencido.

Por ello y citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, **SE RESUELVE:** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la resolución del 31/3/22, con costas del Alzada a su cargo. **NOT. Y DEV.-** ³

4. CONCLUSIONES

Del análisis realizado podemos concluir que nuestro ordenamiento vigente tiene como principio la capacidad, en los actos realizados por personas menores de edad y se afianza en la autonomía progresiva de acuerdo a la edad y grado de madurez.

El estudio de los casos presentados, ha demostrado que los jueces han meritado la capacidad progresiva de los menores según la pauta de edad y madurez que el CCCN

prevé, con un criterio uniforme y a su vez realizan una aplicación integral de las normas protectoras del niño y su autonomía progresiva, partiendo desde el reconocimiento de su condición jurídica como sujeto, su participación efectiva, representación legal y complementaria de conformidad a la posición personal del menor. También, se pudo corroborar que ante la discordancia de intereses (Art. 26 par. 2° y 5°), se ordenaron y realizaron exámenes exhaustivos e interdisciplinarios, a los fines de aplicar la normativa en función a los principios que debían prevalecer tales eran el interés superior y la opinión del interesado menor.

En síntesis, observamos que los operadores del derecho en el sistema judicial han adoptado el nuevo paradigma convencional de la capacidad progresiva y la participación del menor en los actos referidos al cuidado de su salud y de su propio cuerpo, que se traduce en la recepción de las transformaciones normativas siguiendo también los criterios de flexibilidad, y por sobre todo haciendo prevalecer el interés superior y el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta a efectos de que el decisorio resulte ajustado a las nuevos principios legales y con ello más favorable a la persona menor de edad.

Aún queda un largo camino que recorrer, pero si analizamos los casos proporcionados en este breve análisis, podemos decir que vamos por buen camino.

5. REFERENCIAS BOBLOGRAFICAS

- a) Beloff, M., Deymonnaz, V (2012) *Convención sobre los Derechos del Niño-Comentada, Anotada Concordada*. Buenos Aires La Ley
- b) Belluscio, C., Calí, L., y otros. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación: Dilemas y Desafíos en Derecho de Familia*. Paraná: Delta.
- c) Medina, G y Domínguez E (2016) *Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias-Bueres A Tomo II- Buenos Aires Hammurabi*

6. FUENTES

¹ A. M. A. L. c/ D. C. y otros s/ daños y perj. resp. profesional (excluido Estado)"elDial.com - AAB347

² "m. d. a.; m. c.; m. d. y j. g. d. s/ víctimas". Diario Judicial <http://www.diariojudicial.com>

³ Expte: SI-120086 – R. G. C/ F. D. S/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Sala I de Mercedes. Expte. donde intervenimos como abogados patrocinantes de la parte actora.