



# ***Inversión del principio de incapacidad***



**Dra. Viviana E. Marin**

Jueza de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1, (SF)

**Dra. Gabriela Noemí Suárez**

Oficial y Prosecretaria del Juzgado de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1, (SF)

**Dra. María Ester Vionet**

Escribiente Mayor del Juzgado de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1, (SF)

**Dra. Luciana Rodríguez**

Oficial Auxiliar del Juzgado de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1, (SF)

**Dra. Nanci Andrea Brollo**

Escribiente Mayor del Juzgado de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1, (SF)

***El interés superior del niño da la idea directa de los niños y adolescentes como «sujetos de derecho» no solo con relación a la titularidad de los mismos, sino también en su goce. Así ya la reconocida y querida profesora María Josefa Méndez Costa, enseña que el interés superior no es un principio del derecho de familia, sino un principio del derecho.***

El nuevo Código Civil, actualiza su visión en comparación con el cuerpo legal de Dalmacio Vélez Sarsfield, que data de 1869, de acuerdo a las nuevas realidades sociales. Esta evolución no debe detenerse en la mera defensa tutelar de los derechos de los niños, ellos deben ser defendidos porque son sujetos de derecho, pero el ejercicio de esa defensa no debe ser siempre delegado, puede ser ejercida personalmente. Debemos reconocer su autonomía, tanto como que no es siempre suficiente ni necesaria la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público.

En esta línea de pensamiento se fue

avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento de éste como parte de todo proceso en el que esté involucrado, y en la ley 26.061 –Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescente–. Este reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, les allana el camino, para reclamar por los derechos que le corresponden lo que incluye derechos económicos y sociales, como derechos de salud y educación, entre otros.

Considerar al niño como sujeto de derecho, principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyen el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respecto de las personas menores de edad; una actitud que incluye la consideración de que son incapaces de participar en el sistema jurídico. Se entiende que la ley 26.061 y la Convención sobre Derechos del Niño, han comenzado con lo que se entiende, uno de los principales cambios que se pue-

de observar respecto a los menores, la inversión del principio de incapacidad, y que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lo viene a plasmar en varios de sus artículos.

La inversión del principio de incapacidad, se podría resumir en que, la capacidad es la regla, y la incapacidad la excepción. De esta manera se encontraría invertida la carga probatoria, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con un desarrollo, madurez y edad suficiente se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. De modo tal, que quien alegue lo contrario debería probarlo. El nuevo criterio, abandona la rigidez del viejo Código Civil, el cual realizaba una tabla tasada con las acciones que podía realizar el menor a partir de edades prefijadas, para avanzar sobre una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio para el ejercicio de sus derechos. No siendo necesario alcanzar ninguna edad previamente determinada, sino que se de-

berá considerar cada caso en particular, y evaluar la madurez del menor en dicho momento.

A medida que los niños o adolescentes adquieren mayor discernimiento para comprender los actos de que se trate, más alejados se estará de la figura de la representación donde los padres, el tutor o el juez en su defecto sustituyen a los niños.

### Los niños, niñas y adolescentes y la salud

En relación con la salud, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, propone cambios en la capacidad de los menores de consentir actos médicos y para decidir sobre su propio cuerpo. En el Código Civil de Vélez Sarsfield, sólo las personas mayores de edad podían dar su consentimiento para actos médicos, algo que cambió con el nuevo cuerpo legal, que establece que los adolescentes de entre 13 y 16 años son capaces de decidir sobre procedimientos no invasivos que no comprometan su estado de salud ni impliquen un riesgo grave. En el caso de tratamientos invasivos o que pongan en peligro la integridad de la vida, los menores deben tener el consentimiento de sus progenitores, mientras que a partir de los 16 años, los jóvenes son considerados como adultos en las decisiones asociadas al cuidado del propio cuerpo.

Son dos las disposiciones que definen los alcances de las decisiones que los adolescentes podrán tomar sobre su salud, en el contexto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: La necesidad de contar con aptitud física y psíquica para otorgar el consentimiento informado en materia de salud; y los menores de edad y el ejercicio de sus derechos.

En el artículo 59, el nuevo Código Civil plantea que debe existir el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, es decir, la declaración de voluntad expresada por el paciente luego de recibir datos claros sobre su estado de salud; los beneficios esperados por el procedimiento; riesgos y efectos adversos y consecuencias sobre la no realización del proceso. También establece que en caso de que el paciente presente una enfermedad o lesiones que lo dejen en una situación terminal, irreversible e incurable, posee el derecho de rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, reanimación o al retiro del soporte vital, así como también que tiene derecho a recibir cuidados paliativos. Y si la persona no pudiera expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, el consentimiento puede ser otorgado por familiares o representantes legales. Sólo en urgencia y ante ausencia de todos ellos el médico puede prescindir de él. La disposición es clara en el sentido de que no se requiere de capacidad jurídica pa-

ra tomar este tipo de decisiones, sino de aptitud o competencia. Es decir, que la facultad de las personas de decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico, no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud. Supone que los menores de edad, y en especial los adolescentes, pueden y deben considerarse facultados para aceptar y consentir por sí mismos ciertos tratamientos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta.

A su vez, el art. 26 de dicho cuerpo legal, regula aspectos trascendentes referidos a variadas áreas del ejercicio de los derechos por parte de las personas menores de edad. En este sentido, quienes cuenten con edad y grado de madurez suficientes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico. Debe aclararse, que si bien los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud desde los trece años, no significa que tengan la obligación de decidir, sino que se consagra el derecho a hacerlo en ciertas circunstancias.

### El rol del defensor de menores y del abogado del niño

La participación de niños, niñas y adolescentes en el análisis y solución de sus propios conflictos es una consecuencia ineludible de la mencionada conceptualización de los niños como sujetos de derecho. Este principio les garantiza un papel protagónico en su propia vida, reemplazando el concepto de los menores como objeto de protección, por el de personas sujetos plenos de derechos.

El nuevo código está impregnado de los principios de derechos humanos, especialmente los relativos a la protección integral de los niños, y también brinda elementos que permiten superar la frontera que impone el principio dispositivo en los juicios civiles, para posibilitar la protección Social de los niños, aún en las relaciones privadas. Ahora, ¿quién debe tomar estas medidas de protección? Puede ser que estas medidas deban ser adoptadas por el juez civil utilizando sus facultades ordenatorias, o bien las deban tomar los defensores, o quizás los dispositivos del gobierno.

Lo que no trae duda es la calidad de parte de los niños en diferentes procesos. Ahora bien, ¿Cómo ejercerán tales derechos? El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la figura del abogado del niño, ya anteriormente reconocida por la ley 26.061. Esta figura opera en un ámbito diferente al de representación necesaria de niñas, niños y adolescentes,

por sus padres y al de representación promiscua del Ministerio de Menores, quien no hace una defensa técnica, sino que ejerce la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes.

Por su parte la ley 26.061 en su art. 27 ya se refería a la figura del abogado del niño, sin derogar la del Asesor o Defensor de Menores. Lo que se ha buscado es crear una figura diferente a la del asesor, con un distinto ámbito de aplicación. Al designar un abogado, se busca un representante de los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso, y sin perjuicio de la representación del Ministerio Pupilar.

Por su parte, el defensor de menores, se pronuncia conforme a derecho, no necesariamente es quien lleva la voz del niño al proceso, muchas veces contraría la posición del niño. Es decir, el abogado del niño, debe ser quien acompaña, asiste o representa al niño, y el Ministerio de Menores es quien defiende los intereses del Estado.

Uno de los derechos que involucra el interés superior del niño es la posibilidad de los niños a expresar su opinión libremente, y que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que los afectan. Figuras como la del abogado, abren el espacio público a esa partici-

pación concreta y democratiza el modo de intervención.

Hace mucho tiempo que fue consagrada la Convención sobre los derechos del niño, este es el tiempo de efectivizar éstos derechos sociales y fundamentales. Congruente con la doctrina de la protección integral ya no se trata más de asistir, sino de garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos.

Es frecuente escuchar la referencia a este cambio de paradigma a partir de la aprobación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pero aún resulta un desafío construir su concreción. ■