

La autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho¹

Progressive autonomy, the principle of the best interests of the child and the child's right to be heard from the perspective of the recognition of the child as a subject of rights

FABIANA HELEN OLMOS VEDIA *

Recibido: 30 de marzo de 2019

Aceptado: 6 de febrero de 2020

¹ Esta investigación es parte de un trabajo monográfico aprobado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) dentro del Curso de Posgrado: Derechos Humanos, Bioética y Familias: actualidad jurisprudencial y debates parlamentarios, que la autora presentó el mes de septiembre de 2018, que ha sido adaptado a la normativa y al contexto boliviano, así como a las políticas de publicación de la revista.

* Abogada graduada con mención excelencia de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Magíster en Derecho Contractual de la Universidad Andina Simón Bolívar – Organismo Académico de la Comunidad Andina. Máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universitat de Barcelona (España). Posgrado en Derecho de Familia, Guarda y Custodia Compartida de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid (España). Curso de Posgrado en Derechos Humanos, Bioética y Familias: actualidad jurisprudencial y debates parlamentarios por la Universidad de Buenos Aires (Argentina); entre otros. Actualmente es Abogada del Bufete de la Dra. Mary Helen Vedia Barrón, bufete especialista en materia de Familia y Niñez. Orcid <https://orcid.org/0000-0001-6858-4151>

Contacto: fabiana.olmos.vedia@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 5 N° 8, abril 2021, pp. 133-170 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

Resumen

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento de derechos humanos con el mayor número de ratificaciones en la historia y que ha marcado un hito importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia. Tiene gran importancia porque hace prevalecer la *doctrina de protección integral* reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, dando paso de un sistema tutelar represivo a uno de defensa y reconocimiento de derechos. En la presente investigación se realizará un análisis doctrinario, normativo, jurisprudencial y de derecho comparado de la legislación argentina sobre el nuevo paradigma de los niños y adolescentes que surge a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, haciendo énfasis en el *principio de autonomía progresiva*, el *principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído*. Asimismo, se hará referencia a la figura del abogado del niño que ha sido incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y, en virtud a su capacidad progresiva, al derecho de los niños y adolescentes a decidir sobre los cuidados de su propio cuerpo.

Palabras clave: autonomía progresiva / principio del interés superior del niño / derecho a ser oído / Convención sobre los Derechos del Niño / Código Niña, Niño y Adolescente / participación procesal / tutela judicial efectiva / consentimiento informado.

Abstract

The Convention on the Rights of the Child is the human rights instrument with the highest number of ratifications in history and it has marked an important milestone in the development of children and adolescents' rights. It is of the highest importance because, based on

it, the *integral protection doctrine* emerges and gains prevalence, through which, in turn, children and adolescents are recognized as subjects of rights, opening venues to move from a repressive system of guardianship of minors to a system of defense and recognition of rights. This research will undertake a doctrinal, normative, jurisprudential and legal analysis, comparing with the Argentinian legislation on the new paradigm regarding children and adolescents that arises from the Convention on the Rights of the Child, emphasizing the *principle of progressive autonomy*, the *principle of the best interests of the child* and the *child's right to be heard*. Furthermore, the concept of the child's lawyer will be considered, which has been incorporated into the Civil and Commercial Code of Argentina; and, by virtue of its progressive capacity, the right of children and adolescents to decide on the care of their own body.

Keywords: progressive autonomy / principle of the best interests of the child / right to be heard / Convention on the Rights of the Child / Girl, Boy and Adolescent Code / procedural participation / effective judicial protection / informed consent.

1. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido grandes e importantes avances en materia de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, como resultado de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN o Convención) aprobada el 20 de noviembre de 1989. El reconocimiento de esta Convención, que ha sido adecuada y adoptada constitucional, normativa y jurisprudencialmente en la legislación interna de los países, ha generado un cambio de paradigma respecto a la consideración jurídica de las niñas, niños y adolescentes, por el cual dejan de ser considerados *objetos de protección* para convertirse en *sujetos titulares de derechos*. En otras palabras, deja sin efecto el sistema tutelar

represivo e instauro un sistema garantista de defensa, protección integral y reconocimiento de sus derechos.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX ha ido cambiando poco a poco el paradigma respecto a estos grupos de personas consideradas *en situación de vulnerabilidad* ya que, debido a determinadas condiciones o características, los derechos humanos de los niños y adolescentes son susceptibles de ser violados. Estos grupos tradicionalmente habían sido considerados como *dependientes* y necesitados de una especial protección por el sistema jurídico, protección que muchas veces les impedía y limitaba el acceso a ciertos derechos, puesto que eran objeto de control, tutela o disposición por parte de las autoridades o instituciones, tanto públicas como privadas. Sin embargo, la nueva realidad jurídica de protección integral de derechos reconoce a los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, como ciudadanos plenos, con los mismos derechos, deberes y garantías que los adultos y con otros derechos especiales, en tratándose de personas que están en pleno desarrollo de su personalidad, limitando asimismo el carácter imperativo y coactivo de las autoridades.¹ Es por esta razón que le corresponde al Estado adoptar medidas que no solamente promuevan sus derechos sino que los protejan y los ponderen, buscando siempre su menor afectación y vulneración.

La CDN marca un hito importante y ha desencadenado un proceso de reforma, cuyo valor fundamental, como bien señalan Gil Domínguez, Famá y Herrera, radica en que inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como *modelo o paradigma de la*

¹ La doctrina de protección integral de derechos de modo genérico abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia. De este modo puede decirse que la CDN propicia “una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos”, mediante el reconocimiento de todo niño –en tanto persona– como sujeto social de derechos en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y la sociedad. En efecto, la CDN es el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia” (Gil Domínguez, 2006, tomo I, págs. 538-539).

protección integral de derechos (2006, tomo I, pág. 536), cuya base es la necesidad de otorgar protección especial a los niños y adolescentes, velando por su interés superior. Esta doctrina de protección integral ha sido incorporada en la legislación interna de los países, cuyo objetivo primordial es el desarrollo armonioso de su personalidad, así como el disfrute y goce de sus derechos como *sujetos de derecho*.

Ahora bien, el artículo 1 de la CDN define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 4 (2003), estableció que los adolescentes hasta los dieciocho años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención, tienen derecho a medidas especiales de protección y, en virtud a la evolución de sus facultades, pueden ejercer sus derechos de manera progresiva. La CDN comprendió que “los derechos crecen con los niños y las niñas, puesto que los ejercen a medida que avanzan en su desarrollo” (Galviz, 2009, pág. 602), siendo de vital importancia la obligación que tienen los padres y la familia en general, de proporcionarles dirección, orientación y permitirles ejercer sus derechos, sin negarles el goce y ejercicio de estos.

Entonces, en virtud de esta doctrina de protección integral, *¿cuál es el rol del Estado?* En la medida en que los padres cumplen con sus respectivas obligaciones para con los hijos, es su deber, en virtud del Art. 5 de la Convención, respetar la dinámica natural entre la familia y el niño. Asimismo, en la medida que los padres no tengan la aptitud necesaria para cumplir con este derecho y deber a cabalidad, es obligación del Estado proporcionarles la asistencia que necesitan para enfrentar esa tarea con éxito, conforme dispone el Art. 18 de la indicada Convención. La cooperación puede comprender programas educativos y sociales, medidas de prevención y protección eficaces que proporcionen “la asistencia necesaria al niño y a las personas que cuiden de él” (CDN, 1989, Art. 19.2).

Por lo tanto, para que los niños y adolescentes puedan poner en práctica sus derechos, se tiene el reconocimiento del *principio de autonomía*

progresiva, que junto con el *principio del interés superior del niño* y su *derecho a ser oído*, son los tres postulados básicos sobre los que gira el cambio de paradigma, los mismos que se constituyen en herramientas para garantizar el ejercicio de sus demás derechos personalísimos, entre los que se encuentra su derecho a acceder a la justicia y tener una participación en el proceso judicial respecto a todos los asuntos que les afecten.

2. El principio del interés superior del niño

La CDN, así como la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se ha construido a partir de la misma, dieron nacimiento a una transformación sustancial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia en Bolivia, así como en las legislaciones de diversos países. Esta transformación sienta sus bases en el *principio del interés superior del niño* o *favor filii* (expresión latina, pero procedente de la Inglaterra del siglo XVIII) que es el objetivo primordial que debe protegerse en las relaciones jurídicas en las que participe un niño, niña o adolescente. Sin duda, es la directriz básica de protección que ha sido incorporada en las Constituciones de los diferentes países del mundo, así como en los demás Tratados y Convenciones internacionales.

La CDN establece en su Art. 3 que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Sin embargo, cabe preguntarse *¿qué es el principio del interés superior del niño?* Existen diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se han elaborado en torno al concepto del interés superior del niño, en consideración a que es un principio vago, un concepto jurídico indeterminado que refleja distintas interpretaciones que en muchas circunstancias resulta dificultoso para el legislador y los operadores de justicia determinar su alcance en el caso en concreto.

Con respecto al Art. 3 de la Convención, Martínez Ruiz, citada por Gil Domínguez, Famá y Herrera (2006), manifiesta que su primer inciso tiene una doble función: como pauta de conducta de todos los organismos y como pauta de interpretación. Bajo este criterio, la autora señala que el interés superior del niño es un concepto flexible que permite —y exige— calificarlo y redefinirlo en cada caso específico, atendiendo a las particularidades de la situación. En tal sentido, lo define como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, Tomo I. pág. 47).

Cillero Bruñol (2011) señala que se trata de un principio jurídico garantista y de un deber para las autoridades públicas y privadas de tomar decisiones en favor del bienestar social de los niños y adolescentes, a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales. El indicado autor establece que, según este principio, en todas las medidas a la infancia que tomen las instituciones públicas o privadas, se atenderá al *interés superior del niño* como una consideración primordial. Este principio se complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten. Es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de la infancia y, a su vez, de su relación con la doctrina de los derechos humanos en general (Cillero, 2011, pág. 7-8).

Para Cecilia Grosman, citada por Gil Domínguez, Famá y Herrera, el concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la

intervención institucional destinada a proteger al niño (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, Tomo I. pág. 45).

López - Contreras (2015) define al interés superior del niño como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. Sostiene que para establecer el interés superior del niño es necesario considerar el caso en concreto. Para alcanzar el bienestar general es indispensable considerar tres elementos: la capacidad de las niñas, niños y adolescentes, su entorno familiar y social, y la predictibilidad, que tiene que ver con la posibilidad de predecir en el caso en concreto su situación o condición futura para alcanzar su mejor desarrollo integral. Afirma que el beneficio de los niños y adolescentes es prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego (López – Contreras, 2015, pág. 55 – 56).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Opinión Consultiva 17/2002 se ha referido a este principio al establecer que el interés superior del niño debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños (CIDH, 2002, párrs. 56-61). De donde se desprende que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la protección de sus derechos fundamentales, para coadyuvar al libre desarrollo de su personalidad y su desarrollo integral.

En definitiva, el principio del interés superior del niño es una noción abstracta que si bien debe ser determinada e interpretada para cada caso en concreto, debe abarcar todos los derechos de los niños y adolescentes desde su aceptación como personas, como *sujetos de derecho*. El *interés del niño* es todo aquello que lo beneficie, que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos

fundamentales que debe ser tomado en cuenta por encima de los demás intereses, con prioridad y primacía.

3. El principio de autonomía progresiva

El principio de autonomía progresiva es uno de los tres postulados básicos sobre los cuales gira el cambio de paradigma que reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho. Considerando su personalidad y necesidades en cada periodo de su vida, se les permite participar activamente en su proceso formativo, permitiendo asimismo el reconocimiento y la efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este principio constituye una herramienta fundamental para el ejercicio autónomo de sus demás derechos personalísimos que debe considerarse atendiendo a la evolución de sus facultades.

Famá, citada por Lamm (2018), señala que autonomía y protección no son términos excluyentes. Por el contrario, se necesita reconocer espacios de autonomía en determinadas circunstancias y, ante ciertos actos, resulta una modalidad de protección ya que moldea la personalidad, colabora en el proceso madurativo, la autoestima y la seguridad personal. Asimismo, Lamm cita las tres nociones a considerarse y que involucran las facultades de los niños y adolescentes según el Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef, Florencia. Ellas son: a) *evolución* o desarrollo, competencia y gradual autonomía del niño; b) *participación* o respeto de capacidades y transferencia de responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño, en función a su nivel de competencia; y, c) *protección* o derecho a recibir protección de sus progenitores o representantes y del Estado contra situaciones que le sean perjudiciales (Lamm, 2018).

Cecilia Grosman (2012) manifiesta al respecto que la capacidad del menor, que configura el alcance de su autonomía, no constituye una categoría absoluta y varía en función del tiempo, la sociedad y el grupo familiar. Establece que la infancia no es una categoría igual en todos los

tiempos y que la evolución social genera niños diferentes con posibilidades y capacidades distintas, vale decir, los derechos del niño que se vinculan con sus libertades, con su capacidad de elegir y obrar se modifican en el transcurso del tiempo, variación que, no solo se debe a un mayor reconocimiento de su persona sino también a los cambios producidos en la maduración de los niños como consecuencia de las transformaciones existenciales. Asimismo, señala que las capacidades de los niños están ligadas a la organización social, dependiendo de las posibilidades económicas que tienen dentro de la sociedad (Grosman, 2012).

En definitiva, este principio se refiere a la posibilidad que tienen los niños y adolescentes de ejercer autónomamente sus derechos, pero sin llegar a poner en duda, de que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Implica reconocer que para el ejercicio de sus derechos puede ser necesario el apoyo de sus padres, tutores o en su defecto del Estado, para un correcto ejercicio. Sin embargo, los adultos no pueden pretender ejercer los derechos que les competen a los niños hasta que cumplan la mayoría de edad, lo contrario implicaría desconocerlos como sujetos de derecho, más bien lo que deben reconocer es su *derecho a la autodeterminación*, vale decir, su derecho a decidir autónomamente respecto a las cuestiones que les afectan en el marco de su libertad.

3.1. La autonomía progresiva: apoyo normativo

El principio de autonomía progresiva emerge del Art. 5 de la CDN, el mismo que establece:

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, (...) *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. [Resaltado propio].

Por su parte el Art. 14 2. señala que: “2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la *evolución de sus facultades*” [Resaltado propio].

En virtud con estos artículos se puede establecer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo y les corresponde tanto a los padres o tutores como al Estado otorgarles orientación y apoyo para que ejerzan los derechos reconocidos en la Convención, debiendo considerar su *edad y grado de madurez*. En el derecho comparado existen normas que diferencian expresamente el ejercicio autónomo de los derechos entre los niños y los adolescentes, tal es el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (ley 26.994 de 7 de octubre de 2014) que reconoce expresamente a estos últimos algunos actos que pueden ser ejercidos por ellos mismos. Para los legisladores argentinos, la adolescencia implica el ejercicio de cierta autonomía, con suficiente comprensión de su persona, opciones y facultades de reflexionar y de tomar decisiones.

El Art. 12 de la Convención señala que:

Los Estados Partes deben garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el *derecho de expresar su opinión libremente* en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de su edad y madurez.*” [Resaltado propio]

A su vez, la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos humanos (párrs. 101-102) establece que:

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 (...).

A modo de ejemplo, la progresividad del ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia se trata en el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, mediante la Sentencia de 31 de agosto de 2012, donde la CIDH establece que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. En consecuencia, el aplicador del derecho deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad en la determinación de sus derechos, tales como la apariencia física (características somáticas y morfológicas), la madurez psicológica y su interés superior para acordar la participación de éste según corresponda. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Ahora bien, es importante manifestar que este principio de autonomía progresiva es fundamental para determinar la capacidad procesal de las niñas, niños y adolescentes, aspecto que será desarrollado posteriormente.

4. La doctrina de protección integral en la legislación boliviana: el principio del interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva

El Estado Plurinacional de Bolivia fue el octavo país que adoptó la CDN al ratificarla el 26 de junio de 1990, al incorporarla a su ordenamiento jurídico interno con la aprobación de la ley 1152 de 14 de mayo de 1990, al aprobar el Código del Menor (ley 1403) el 18 de diciembre de 1992,² así como al reconocer *el principio del interés superior del niño* en la Constitución Política del Estado.

² Si bien este código fue el primer avance legislativo en lo que respecta a los derechos de la niñez y adolescencia en Bolivia e incluía un concepto más amplio de protección

Sin embargo, después de arduos trabajos de los equipos interdisciplinarios de la sociedad y del Estado, se elaboró un proyecto de ley para adecuar la legislación boliviana a la Convención. Fue así que el 27 de octubre de 1999 se promulgó el Código Niña, Niño y Adolescente (ley 2026). Ante la vigencia de la actual Constitución Política del Estado el 7 de febrero de 2009 y ante la necesidad de adaptar la legislación sobre niñez y adolescencia al nuevo texto constitucional, se promulgó la ley 548 (decreto supremo 2377) o nuevo Código Niña, Niño, Adolescente en fecha 17 de julio de 2014 (CNNA) y su respectivo reglamento el 27 de mayo de 2015, que están en plena vigencia.

Este nuevo paradigma que considera a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, ha revolucionado el derecho de la niñez y adolescencia en Bolivia y por ende el derecho de las familias. Este último, que actualmente se encuentra contenido en la ley 603 o Código de las Familias y del Proceso Familiar de 19 de noviembre de 2014, considera como principio primordial el interés superior del niño en resguardo de los derechos de la infancia y adolescencia emergentes de las relaciones de familia, determinando el camino a seguir de legisladores y operadores de justicia.

En Bolivia, con el establecimiento de la Asamblea Constituyente, por primera vez se constitucionalizan los derechos de niños y adolescentes, adoptando una postura expansionista sobre la familia, y haciendo una normativa extensiva y especial en materia de familia y niñez. En primer lugar, la Constitución Política del Estado (2009) considera que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado reconocer y proteger a las familias, garantizando las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral, contando todos sus integrantes con igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades (Art. 62). Asimismo, dedica dos secciones a los *derechos de la*

de la niñez, con la provisión de servicios básicos, protección y afectividad, aún mantenía ciertos aspectos del sistema irregular de protección.

niñez, adolescencia y juventud en su sección V (Arts. 58 – 61) y a los *derechos de las familias* en su sección VI (Arts. 62 – 66).

En el Art. 60 el texto constitucional reconoce el *principio del interés superior del niño*:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño o adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

De la lectura de este artículo se desprende que la legislación boliviana da una noción de este principio en la Constitución y señala expresamente que es un deber del Estado, la familia y la sociedad velar porque su aplicación sea prioritaria. Asimismo, reconoce el derecho de acceso a la justicia de los niños y adolescentes, manifestando que la justicia en el caso de menores de edad debe ser pronta, oportuna y con personal especializado. El Art. 59 del mismo texto constitucional establece que todos los niños y adolescentes tienen derecho a su desarrollo integral y ninguna medida a adoptarse debe ser contraria a su interés superior.

El CNNA constituye la ley especial boliviana que contiene los derechos de la niñez y adolescencia reconocidos dentro de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, cuyo objeto es el siguiente:

reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando un Sistema Plurinacional Integral de la niña, niño y adolescente³, para la

³ El Sistema Plurinacional de Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente es el conjunto articulado de órganos, instancias, instituciones, organizaciones, entidades y servicios. Este sistema ejecutará el Plan Plurinacional de la Niña, Niño y Adolescente, cuyos objetivos específicos, estrategias y programas tienen como objetivo primordial garantizar el pleno goce de sus derechos (Arts. 159 y ss. de la ley 548).

garantía de esos derechos mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad (Art.1).

La finalidad que persigue la ley 548 es garantizar que cada niño y adolescente pueda ejercer plena y efectivamente sus derechos para que pueda desarrollarse integralmente y exigir el cumplimiento de sus deberes (Art. 2).

Este texto legal tiene como base los siguientes principios: *interés superior*, prioridad absoluta, igualdad y no discriminación, equidad de género, participación, diversidad cultural, desarrollo integral, corresponsabilidad, rol de la familia, *ejercicio progresivo de derechos y especialidad* (Art. 12). Es evidente que este Código se enmarca en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Boliviano, pero también tiene como base la realidad y costumbres de su pueblo.

En su Art. 5, la ley 548 reconoce a los niños (desde la concepción hasta los 12 años cumplidos) y adolescentes (desde los 12 hasta los 18 años cumplidos) como *sujetos de derecho*. Reconoce el principio del *interés superior del niño* en sus Arts. 12.a y 9 como un principio fundamental y señala que para determinar ese interés en una situación concreta, debe apreciarse su opinión y de la persona a cargo, ya sean padres, tutores o guardadores; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías, deberes y los de las demás personas; y, su condición específica como persona en desarrollo. Asimismo, les reconoce un *derecho a la participación* libre, activa y plena (Art. 12.e) y a ser *escuchados y tomados en cuenta* en todos los ámbitos de su vida social, pudiendo opinar en los asuntos en los que tengan interés. Les reconoce también el principio del *ejercicio progresivo de sus derechos* (Art. 12.j) por el cual garantiza el ejercicio personal de sus derechos así como el cumplimiento de sus deberes de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva.

Ahora bien, la ley 603 o Código de las Familias y del Proceso Familiar (2014) también se refiere al principio del interés superior del niño en

el Art. 6.i dentro de la parte sustantiva de la norma, así como en su libro segundo del proceso familiar en el Art. 220.k (principios del proceso familiar), constituyéndose en un principio fundamental que debe ser aplicado por las autoridades judiciales al momento de adoptar cualquier decisión o acción jurisdiccional en la que se involucre un niño o adolescente. En la indicada norma, se le reconocen sus derechos y deberes (Arts. 31 – 34), así como el derecho a expresar su opinión libremente (Art. 36), estableciendo asimismo que se les escuchará directamente en todo procedimiento que les afecte, con apoyo del equipo técnico especializado del ente correspondiente, procesos en los cuales las autoridades judiciales deberán aplicar de manera preferente los principios y las medidas de protección especial establecidas por el CNNA.

En definitiva, la Legislación boliviana tiene normas de protección integral a los niños y adolescentes y busca garantizar una efectiva protección y cumplimiento de sus derechos. Por tanto, reconoce y regula en sus diferentes normas familiares y de la niñez y adolescencia, los principios a los que se ha hecho referencia anteriormente, adoptando en su ordenamiento jurídico interno, el nuevo paradigma que surge a partir de la CDN.

5. Participación procesal de los niños y adolescentes

Los niños y adolescentes en su condición de sujetos de derecho, en virtud del principio del interés superior del niño y al principio de autonomía progresiva que han sido desarrollados anteriormente, tienen derecho a acceder a la justicia, a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les afecten. En tal sentido, existe un conjunto de normas procesales que constituyen mecanismos de participación activa de las personas menores de edad en los procesos judiciales, las mismas que permiten conocer y considerar sus intereses, sus opiniones y sus pretensiones.

Este conjunto de normas y reglas buscan garantizar la *tutela judicial efectiva* de los derechos de los niños y adolescentes, velando por su mejor interés y una protección eficaz y oportuna a sus derechos, que los ampare contra actos que puedan vulnerarlos. Esta tutela judicial efectiva de derechos de los niños y adolescentes es una responsabilidad esencial del Estado que, en palabras de Cecilia Grosman citada por Gil Domínguez, Famá y Herrera, se define a través de cuatro ejes esenciales: a) el acceso a la justicia, b) la representación propia, c) los tribunales especializados y el respeto a las normas del debido proceso (2006, tomo I, pág. 682).

La mencionada autora señala que, si el acceso a la justicia representa para cualquier ciudadano una seria dificultad, para los niños esta posibilidad se convierte en una quimera, pues difícilmente se acercarán a los tribunales para ejercer sus derechos, para lo cual se requiere una labor de acompañamiento social y de responsabilidad comunitaria, mediante el apoyo de la familia, las defensorías u otras instituciones intermediarias que trabajen para que la justicia se construya como un lugar de apoyo a los niños y adolescentes, en lugar de representar un lugar extraño que los traumatiza (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, tomo I, pág. 683).

La CIDH señala en su Opinión Consultiva 17/2002 que

si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Asimismo, establece que 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 un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de dieciséis 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 (párrs. 100-102).

De esta opinión consultiva se establece que el acceso a la justicia de los menores de edad requiere de la articulación de los recursos procesales idóneos para que la tutela de los derechos humanos resulte eficaz y sea oportuna, más aun si se trata de personas consideradas en *situación de vulnerabilidad*, como bien señala el Art. 3 del Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Código Modelo Caba), al manifestar que son aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, etc., encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Por esta razón, es de vital importancia que las normas jurídicas que protegen los derechos de la niñez y adolescencia estipulen los diferentes mecanismos que les confieren protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos, debiendo existir una esfera de actuación directa de los niños y adolescentes al ejercer su derecho a ser oído.

Ahora bien, el CNNA regula en su libro II (protección jurisdiccional) los procesos especiales previstos en materia de niñez y adolescencia. Dentro de sus principios procesales (Art. 193) regula entre otros, el *principio de especialidad*, vale decir, que la justicia en materia de niñez y adolescencia se desarrolla con la intervención del personal interdisciplinario especializado; el *principio de desformalización*, ya que se debe flexibilizar el procedimiento evitando toda ritualidad o formalidad en el acceso a la justicia de los menores; el *principio de reserva*, puesto que en todo proceso se debe guardar la reserva necesaria para garantizar la dignidad e integridad de los niños y adolescentes; y, el *principio de proporcionalidad*, ya que la aplicación de cualquier medida judicial debe estar relacionada con su edad y etapa de desarrollo.

De lo anterior se desprende que la legislación boliviana regula el derecho de acceso a la justicia de los menores de edad y su derecho a ser

oídos en función a la evolución de sus facultades. Sin embargo, el Art. 194 del CNNA establece que en los procesos judiciales, el niño o adolescente será representado legalmente por sus padres o guardadores según corresponda y que, en caso que sus intereses se contrapongan a los de sus representantes, le corresponderá al juez público en materia de niñez y adolescencia designar un *tutor extraordinario*, que deberá ser personero de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la misma que está conformada por equipos multidisciplinarios de abogados, trabajadores sociales, psicólogos y otros profesionales relacionados con la temática (Arts. 186 y 203 CNNA).

5.1. El derecho constitucional del niño a ser oído

El derecho constitucional del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todo procedimiento judicial en el que sus derechos se encuentren involucrados, es un principio general que ha sido incorporado al ordenamiento jurídico boliviano como un derecho humano fundamental, tomando como base al Art. 12 de la CDN. Este derecho comprende la posibilidad de que los niños y adolescentes, conforme a su edad evolutiva, puedan participar activamente del proceso en el que se afecte algún interés suyo, siendo el Estado el que debe brindar los medios idóneos que posibiliten su ejercicio. Este derecho es la manifestación más relevante del nuevo paradigma que los reconoce como sujetos de derecho.

En palabras de Edwards (1996), el derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento, continua este autor, es angular para el debido proceso a fin de que sea como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta a modo de comprender lo que él considera respecto del problema en el que está involucrado (Edwards, 1996). En otras palabras, el derecho del niño o adolescente a ser

oído establece la posibilidad que exprese libremente su opinión, en cualquier etapa del proceso en el que estén en juego la afectación a sus intereses, que sea como una instancia de diálogo entre el menor y la autoridad revestida de un procedimiento especial, con el fin de evitarle consecuencias estigmatizantes o revictimizantes. Sin embargo, si bien este derecho está expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico, en la praxis se plantean interrogantes respecto a la manera y la modalidad en la que los operadores de justicia deben garantizarlo.

El derecho del niño o adolescente a ser oído forma parte del debido proceso y es una manifestación del ejercicio del derecho irrenunciable de defensa en juicio. Encuentra recepción en el Art. 12 de la CDN, norma convencional de rango constitucional, que manifiesta que se debe garantizar al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, sin que medie presión, coacción o influencia alguna, en todos los asuntos que afecten su interés superior. Ahora bien, este derecho puede ser ejercido por sí o por medio de un representante, aunque la vía más apropiada es que el menor se haga oír por sí mismo para que exista una mayor inmediatez entre el órgano jurisdiccional y su persona.

Por tanto, como señalan los párrafos 16 y 22 de la Observación General 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (2009), este es un *derecho y no así una obligación*, porque es el niño o adolescente quien tiene la *opción* de decidir sobre hacer uso o no de su derecho y sin que esto implique la renuncia a este derecho. Por esta razón, los Estados deben asegurarse que el menor reciba toda la información necesaria y el asesoramiento para tomar una decisión favorable a su interés superior. De lo anterior se desprende que, si bien el niño tiene derecho a participar en los procesos de toma de decisiones que afecten su vida, también puede ejercer influencia en las decisiones que se tomen respecto suyo.

Risolia de Alcaro, citada por Fiorella C. Vigo (2016), señala que la opinión de niños de corta edad debería ser tenida en cuenta siempre que en esa escucha participaran profesionales especializados para

interpretar lo expresado por el niño. De acuerdo a esta postura, un niño pequeño aun cuando no posea el lenguaje oral, puede manifestar su opinión a través del lenguaje corporal, signos, dibujos y representaciones. Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado que debe analizarse en cada caso en particular si el niño posee la madurez suficiente para decidir respecto a su propio proyecto de vida y sus propios intereses, esto es importante ya que no todos los niños y adolescentes alcanzan el mismo grado de madurez en función a su edad (Vigo, 2016, pág. 5).

Ahora bien, es importante cuestionarse, *¿cómo se escucha al niño?* Una de las garantías judiciales que es fundamental a los derechos del niño, en el marco del proceso de familia, es la necesidad de contar con tribunales idóneos y especializados para escucharlos. Esto quiere decir, que las personas que van a escuchar a los niños y adolescentes deben ser profesionales capacitados para receptor e interpretar la opinión del niño acorde a su interés superior, a su edad y madurez. En tal sentido, estos profesionales colaboran al juez, con conocimientos basados en psicología y asistencia social, elaborando informes que constituyen pautas fundamentales para que el Juez pueda tomar la decisión adecuada.

Al respecto, la Observación General 12 (2009) estableció que los Estados parte deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en las que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en el que se sienta respetado y seguro. Asimismo, el Comité señala que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, ya que el proceso de escuchar a un niño es difícil y puede causarle efectos traumáticos. La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones trae consigo un derecho fundamental, que es el *derecho a la información*, ya que exige que los responsables de escuchar al niño, así como padres o tutores, le informen sobre los asuntos, opciones, posibles decisiones que puedan adoptarse, sus consecuencias, y las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones (Observación General 12, 2009, págs. 8 – 10).

En cuanto al ambiente de escucha al niño, manifiesta que no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad, ya que, por el contrario, los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños, debiendo prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada para ellos, prestación de apoyo adecuada, debida capacitación de personal, diseños de salas del tribunal, vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas (Observación General 12, 2009, pág. 12).

Es importante que la escucha al niño o adolescente se realice en un ámbito informal y ajeno a las reglas de proceso, para que exista un ambiente cómodo de escucha, que no le sea intimidatorio o inadecuado a su edad y que le dé mayor confianza y seguridad. Debe explicarse al niño y adolescente la razón y utilidad de las diligencias a llevar a cabo en respeto a las normas generales del debido proceso y conforme a su derecho a la información. Además, tratándose de niños y adolescentes, es fundamental que la resolución del conflicto se realice en un tiempo adecuado.

Al respecto, Cecilia Grosman, citada por Gil Domínguez, Famá y Herrera, establece que el debido proceso en el caso de niños y adolescentes se traduce en:

- a) que el niño debe contar con una información previa, adecuada a su edad, que le posibilite conocer la situación o materia sobre la cual deba emitir su opinión; b) preservar su intimidad que requiere audiencias informales; c) implementar la intervención de profesionales especializados cuando sea necesario, que sepan interpretar adecuadamente la expresión del niño a través de la palabra, el dibujo u otros medios de acuerdo a su edad (...) d) no formar la palabra del niño o adolescente si no se encuentra suficientemente preparado para ello, con la posibilidad de ser representado por otra persona de su confianza o un abogado, si no desea hablar personalmente, es decir, una

delegación independiente decidida por el propio menor (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, tomo I, págs. 696-697)

El derecho del niño a ser oído ha sido consagrado en varios artículos del Código de las Familias y del Proceso Familiar, por ejemplo en el caso de los procesos extraordinarios de asistencia familiar (Art. 109 y ss.); la situación de los hijos y la guarda de los mismos como efecto de un proceso de divorcio (Art. 212), entre otros. Asimismo, el derecho del niño a ser oído está regulado expresamente en el Art. 122 (derecho a opinar) del CNNA y en el Art. 12.e (principios) se le reconoce un *derecho a la participación* libre, activa y plena, así como a ser escuchados y tomados en cuenta en los ámbitos de su vida social, pudiendo opinar en los asuntos en los que tengan interés.

6. Derecho comparado

6.1. El principio del interés superior del niño en la legislación argentina

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación Argentina promulgada en fecha 21 de octubre de 2005 (LPIDNA):

tiene por objeto la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. (LPIDNA, 2005, Art. 1).

La LPIDNA define al interés superior en su Art. 3, como la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías

reconocidos en esta ley” debiéndose respetar, su condición de sujeto de derecho; el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, estableciendo que, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (ley 26.994) promulgado en fecha 7 de octubre de 2014, también reconoce el principio del interés superior del niño en varios articulados de su texto legal.

En Argentina existen diversos fallos en los que los jueces se han encontrado en situaciones de conflicto en la determinación del interés superior del niño en el caso en concreto y si es que este interés es el parámetro que debe orientar la toma de decisiones cuando se encuentren involucrados los intereses de los niños y adolescentes. Al respecto, es importante manifestar, a modo de ejemplo, que el Código Civil y Comercial suple la carencia normativa que se suscitaba frente a situaciones de la realidad que atraviesan los niños y adolescentes y regula asimismo la facultad de los jueces de apartar, de manera excepcional y temporal, a un niño de su familia nuclear en casos de que se compruebe que su permanencia en ese medio familiar resulte contraria a su interés superior. De donde se desprende que muchas veces pueden existir conflictos entre la responsabilidad parental y el interés superior del niño.

6.2. Las nociones de capacidad e incapacidad en el Código Civil y Comercial

El cambio de paradigma en la esfera de la niñez y adolescencia también ha dado surgimiento a un nuevo régimen que prescinde de los términos tradicionales de capacidad e incapacidad que estaban regulados en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield y por el que se consideraba a los niños y adolescentes como incapaces de obrar. Vale decir que, si bien tenían capacidad de derecho, eran incapaces respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos. Esa tradicional noción de capacidad

presuponía una asignación de los roles a los miembros de la familia que no se adaptaba a las transformaciones de la sociedad argentina, que luego de la reforma de 1994 y con la influencia de la CDN, ha adoptado el principio del interés superior del niño, a partir del cual se garantiza el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y su preparación para una vida independiente en sociedad.

Este nuevo régimen de capacidad se asienta en el principio constitucional y convencional de la autonomía progresiva de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos (Arts. 3, 5 y 12 de la CDN y Opinión Consultiva OC – 17/2002) y en el término de *competencia* que forma parte del ámbito de los derechos personalísimos y considera a la edad y la capacidad como cuestiones de grado, vale decir, que la competencia no se alcanza en un momento preciso, sino que requiere una evolución.

Bajo este nuevo paradigma incorporado en el Código Civil y Comercial, la doctrina argentina considera que lo correcto es utilizar los términos de *competencia o capacidad progresiva*, que se les reconoce a los niños y adolescentes tanto para derechos como para obligaciones, ya que ellos son paulatinamente responsables de sus actos a medida que van adquiriendo facultades, por tanto deben asumir las consecuencias que derivan de esos derechos. Por tanto, como bien señala Aida Kemelmajer de Carlucci, a mayor autonomía, menor representación se requiere en el ejercicio de derechos de los hijos; y, a menor autonomía, mayor representación se requiere en el ejercicio de sus derechos. Finalmente, como sostienen Fernández y Famá, citadas por E. Lamm, en materia de niñez y adolescencia la regla y el principio es la *capacidad de ejercicio* y la excepción es la incapacidad o restricción de la capacidad de ejercicio, cuando se verifica que los niños y adolescentes carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma.

6.3. Autonomía progresiva en el ámbito sanitario

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina regula expresamente la capacidad progresiva de los adolescentes en lo relativo al

cuidado de su propio cuerpo, en tal sentido, dentro de las prerrogativas que pueden poner en práctica por sí mismos, están los actos médicos. En este punto se mencionan a los adolescentes exclusivamente, ya que el Código Civil y Comercial regula la autonomía progresiva en el ámbito sanitario y contempla lo relativo a los tratamientos médicos a través de un régimen jurídico especial para las personas mayores de trece años, que a la luz de esta norma son denominados *adolescentes* y los divide en dos categorías, los adolescentes entre trece y dieciséis años y los adolescentes mayores de dieciséis años.

El ejercicio de los derechos personalísimos dentro de los que se establecen los cuidados del propio cuerpo o actos médicos, forman parte de la esfera de autodeterminación como manifestación de libertad, vale decir, que el adolescente pueda decidir cuándo y cómo ejercer un derecho sobre su cuerpo o abstenerse a ello en virtud de su proyecto de vida. Es por esta razón que se abre paso a un régimen de capacidades progresivas y flexibles en contraposición al esquema rígido estipulado en el Código de Vélez. En tal sentido, en base a este nuevo compilado, los adolescentes tienen derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, en cuanto se trata de consentir terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado que han desarrollado la noción de la autonomía progresiva.

6.4. El Art. 26 del Código Civil y Comercial: mayoría anticipada para el acto médico y consentimiento informado

El Código Civil y Comercial en su Art. 26 introduce este sistema progresivo de capacidad y autonomía para las personas menores de edad en lo que respecta a los tratamientos médicos, de donde se desprende que existen cuatro situaciones en relación a la capacidad de las personas menores de edad: a) *menores de trece años* (son los padres quienes brindan el consentimiento para tratamientos médicos, sin perjuicio de escuchar a los mismos); b) *adolescentes entre trece y dieciséis años* (tienen aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos

tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave a su vida o integridad física); c) *adolescentes entre trece y dieciséis años* (deben prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores en caso de tratamientos invasivos, que comprometan su estado de salud o esté en riesgo la integridad o la vida); d) *adolescentes a partir de los dieciséis años* (considerados como adultos para las decisiones relacionadas al cuidado de su propio cuerpo).

De lo anterior se puede manifestar que en la Legislación argentina hay una variación de la capacidad en función a la edad y la evolución de las facultades; y también una variación dependiendo la complejidad o riesgo del acto médico a realizarse. Ahora bien, *¿qué tratamientos se pueden considerar invasivos y no invasivos?* Algunos autores han analizado posibles situaciones para establecer qué actos médicos se pueden considerar invasivos y cuáles no, sin embargo, la mayor parte de la doctrina los ha clasificado en función al riesgo que pueden generar en la vida o la integridad física del adolescente y su estado de salud en general.

La aptitud para decidir por sí respecto de aquellos *tratamientos que no resultan invasivos*, no compromete su estado de salud o no provoca un riesgo grave en la vida o la integridad física, genera como regla general que el adolescente brinde su consentimiento. Al respecto, no existe una previsión sobre las atribuciones de los padres en caso de algún rechazo a un tratamiento o alguna otra situación delicada que podría entrar en conflicto con sus deberes, a quienes, en virtud de su responsabilidad, les corresponde velar por el desarrollo integral de sus hijos, lo que incluye su integridad física y psicológica.

Respecto a los *tratamientos invasivos* que comprometen el estado de salud o ponen en riesgo la vida o la integridad, el mencionado Art. 26 establece que el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Pero, *¿qué pasaría en caso de conflicto?* La norma establece que se resolverá teniendo en cuenta el interés superior

del adolescente, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Asimismo, el Código Civil y Comercial establece que desde los dieciséis años, la persona menor de edad se considera como un adulto para todas las decisiones vinculadas con la salud y los cuidados de su propio cuerpo, es en este punto que se habla de una *mayoría anticipada para el acto médico*. A raíz de este artículo, se puede manifestar que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo antes de arribar a la mayoría de edad estipulada en las leyes. Sin embargo, es importante considerar que esta regla debe ser razonablemente interpretada, debe evaluarse la gravedad de la situación, la razonabilidad de la decisión, sus implicancias, y realmente considerar si no es necesario que la decisión sea tomada juntamente con los progenitores.

A partir del reconocimiento del principio bioético de la autonomía personal en este ámbito, surge el concepto del *consentimiento informado*, que en los actos médicos es fundamental y se traduce en un presupuesto previo de información adecuada, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de decisiones. Esto presupone una relación médico – paciente, en la cual el médico proporciona al paciente toda la información necesaria respecto a la práctica médica (procedimiento, riesgos y consecuencias) para que el paciente forme su opinión en función a sus ideales, valores, libertad, dignidad e integridad.

Como bien señala Kraut Alfredo, citado por Gil Domínguez, Famá y Herrera (2006), la relación médico – paciente no se agota con el cumplimiento de la obligación de informar, sino que requiere que el paciente destinatario de la información tenga una función participativa de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa y adoptar las decisiones racionales que le dicta su interés. En otras palabras, el derecho a ser informado es fundamental para poner en práctica el derecho del niño a ser oído, para poder expresar su voluntad respecto

al tratamiento al que será sometido, atendiendo el nivel de su comprensión (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2006, tomo I, pág. 615).

Ahora bien, puede existir un conflicto entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño en el caso en que un adolescente decida ejercer autónomamente sus derechos de tal manera que vulnera o amenaza su integridad, su desarrollo como persona y genera un impacto negativo para sí mismo o sus derechos. En ese caso, *¿se deberá decidir considerando el principio del interés superior del niño o su autonomía progresiva?* Ambos son principios básicos de los derechos del niño, uno implica protección de derechos y el otro, libertad para su ejercicio. La doctrina establece que en estos casos debe buscarse un punto medio, tal es el caso de Freeman⁴, que plantea que debe buscarse un equilibrio y lo denomina *paternalismo liberal*, solución que puede hacerse efectiva con el derecho a la opinión de los niños y adolescentes.

A modo de ejemplo, es importante hacer referencia a la *jurisprudencia* emergente de una Sentencia Inglesa conocida como el caso Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority de 1986. En esta decisión jurisdiccional, se sostuvieron criterios respecto a la competencia para decidir sobre la prescripción y suministro de métodos anticonceptivos por parte de profesionales médicos a niños y/o adolescentes menores de dieciséis años que lo hubiesen requerido, sin existir el consentimiento de sus padres. En el caso en cuestión, la Sra. Gillick se opuso a que sus hijas reciban anticonceptivos sin su autorización basándose en que esa situación era contraria a la Ley Penal. Sin embargo, la Corte Lores, rechazó su petición argumentando que dicha situación no es un delito siempre que se haya efectuado de buena fe y en el mejor interés del paciente.

⁴ Citado por Francisco Estrada Vásquez. (2018) Material para el Curso: Convención sobre los Derechos del Niño. Academia Judicial. Universidad Autónoma de Chile.

Asimismo, aseveró que la competencia para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende solamente de la edad sino también de la madurez del niño y/o adolescente y de la idoneidad de entender la naturaleza de la información que se le está brindando. Además, se sostuvo que los derechos de los padres ceden ante el derecho del niño y/o adolescente a tomar sus propias decisiones, cuando el mismo alcanza una comprensión suficiente y un discernimiento adecuado para dar su consentimiento.

6.5. La figura del abogado del niño incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El derecho de participación de los niños y adolescentes en el marco de un proceso judicial se manifiesta de dos maneras: el derecho del niño a ser oído y el derecho a contar con la asistencia y patrocinio de un abogado de su confianza. Si bien, anteriormente en algunos casos los niños y adolescentes podían ser escuchados por el Juez que se encontraba tramitando el expediente de algún conflicto que los involucraba, nunca antes se le había designado a un abogado que lo patrocinara de forma independiente a sus progenitores o representantes legales. En tal sentido, una interpretación integral de su derecho a ser oídos, así como del principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de los mismos, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos. Por esta razón, en los últimos años se ha incorporado la figura del abogado del niño en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de la República Argentina.

Kemelmajer de Carlucci A. (2018) define al abogado del niño como aquel que asume la defensa técnica de los intereses particulares de un niño, niña o adolescente y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño en el

caso en concreto⁵. De esta definición se desprende que el abogado del niño es quien defiende la mirada del niño y materializa sus intereses en función a su voluntad. Asimismo, la indicada tratadista señala que la asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de estos últimos.

El derecho de los niños y adolescentes de contar con una defensa técnica, constituye una garantía del debido proceso, en consecuencia, si se ven afectados por un proceso judicial, es evidente que tienen derecho a contar con un abogado de su confianza. Ahora bien, la figura del abogado del niño, encuentra su marco normativo en el Art. 27 de la Ley N° 26.061 que señala que: *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte (...) c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”*.

Es importante manifestar que el mencionado Art. 27 en ninguna de sus disposiciones limita la procedencia del abogado de su confianza a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres o representantes legales, como bien lo establece el Art. 26 del CC y C., mas por el contrario hace mención a este derecho en todo proceso que incluya un niño o adolescente sin ningún tipo de distinción, basta que exista un grado

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida. *El proceso familiar en el CC y C. Material Curso Intensivo “Derechos Humanos, Bioética y Familias: actualidad jurisprudencial y debates parlamentarios*. Universidad de Buenos Aires. Julio, 2018.

de madurez suficiente, lo que podrá ser determinado por el Cuerpo Técnico a fin de que los peritos psicólogos lo establezcan.

La Ley N° 14.528 de Procedimiento de Adopción de la provincia de Buenos Aires sancionada el 11 de julio de 2013⁶, establece en su Art. 6 que los niños, niñas y adolescentes que tengan madurez y edad suficiente para participar en el proceso, serán asistidos por un profesional letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (Art. 608 y 617 CC y C). En este sentido, la indicada Ley crea la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños y adolescentes en cualquier procedimiento que les afecte, siendo obligatorio informar a los mismos sobre su derecho a ser legalmente representados por un abogado.

6.6. Jurisprudencia

Es importante considerar la *jurisprudencia* emitida por la Sala 1° de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan de fecha 26/04/2018. En este caso, existió un juicio por accidente de tránsito, cuya víctima fue una adolescente de dieciséis (16) años que conducía una moto. Sus padres iniciaron el juicio en representación de la hija menor de edad, pero el demandado alegó falta de legitimación activa de la adolescente, ya que la misma tiene la edad y madurez suficiente para estar en juicio por sí misma en virtud a su capacidad progresiva.

Sin embargo, pese a ello el juez rechazó la excepción estableciendo que la previsión del Art. 677 del CC y C. que considera el principio de *capacidad progresiva* de la menor adolescente es una previsión que se trata de una *facultad* otorgada a la misma y *no de una obligación*, por lo que concluye que los padres de la menor de edad tienen legitimación para actuar en defensa de los derechos de su hija sin que sea obligatoria la participación de la misma. Esta Resolución fue ratificada por la Sala

⁶ Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (2013). *Ley N° 14.528 de Procedimiento de Adopción* de 11 de julio de 2013.

1º de la Cámara de Apelaciones que establece que el juez a – quo no ha desconocido los mandatos legales ni la presunción de autonomía citada en dicho artículo que permite que los adolescentes intervengan por sí en el proceso, pero concluye que se trata de una facultad, que al no ser ejercida, valida la concurrencia de los progenitores en representación y defensa de los derechos de su hija.

7. Conclusiones

Después de haber realizado la presente investigación, se han llegado a las siguientes conclusiones.

- El principio de autonomía progresiva, el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, son los tres postulados sobre los que gira el cambio de paradigma de los niños y adolescentes, el cual ha revolucionado el derecho de las familias y de la niñez y adolescencia en Bolivia y ha marcado el camino de muchos jueces y legisladores, ya que sus principios han tenido una gran acogida en las leyes y la jurisprudencia. Sin embargo, se considera que si bien estos principios están expresamente regulados es importante que su cumplimiento sea eficaz y oportuno, en tratándose de personas consideradas en situación de vulnerabilidad que evidentemente ya no son objeto de protección sino sujetos titulares de derechos.

- Evidentemente el principio del interés superior del niño o “favor filii” es el objetivo primordial que debe protegerse en las relaciones jurídicas en las que participe un niño o adolescente y, sin duda, es la directriz básica de protección que ha sido incorporada en las Constituciones de los diferentes países del mundo, así como en los demás Tratados Internacionales. Sin embargo, si bien es un principio que debe ser garantizado por el Estado, la familia y la sociedad, se considera que es un principio que puede ser sujeto a múltiples interpretaciones, razón por la que muchas veces resulta arduo para los operadores de justicia decidir el alcance de dicho interés en el caso en concreto.

- La participación procesal activa de los niños y adolescentes es fundamental, ya que busca garantizar la *tutela judicial efectiva* y se manifiesta con el derecho a tener una asistencia letrada que defienda sus intereses y su derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso. Si bien este derecho está expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico, en la praxis se plantean interrogantes respecto a la manera y la modalidad en la que los operadores de justicia deben garantizarlo. Asimismo, es importante que los niños y adolescentes sean escuchados en ambientes apropiados y que el juez que escuche al menor sea una persona idónea y preparada profesionalmente para interpretar de manera adecuada el deseo de los mismos, garantizando asimismo su derecho a la información que es fundamental para poner en práctica el derecho a ser oído.

- A diferencia de la Legislación argentina que ha sido analizada en el Derecho Comparado, la Legislación boliviana no regula la autonomía progresiva de los adolescentes en lo que respecta a los cuidados de su propio cuerpo en actos médicos. En este sentido, la normativa boliviana aún mantiene los términos de capacidad e incapacidad para los menores de edad, con algunas excepciones en el ámbito contractual, pero no hace mención alguna respecto a actos médicos o temas bioéticos.

- Finalmente, en la Legislación boliviana no se reconoce como tal la figura del abogado del niño, como bien se ha incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ya que señala en la Ley N° 548 de manera expresa que los niños y/o adolescentes serán representados legalmente por sus padres, guardadores o tutores. Sin embargo, en caso de que sus intereses se contrapongan a los de sus representantes legales, por mandato de la ley, los Jueces en materia de Niñez y Adolescencia pueden designar a un tutor extraordinario, personero de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia para que asuma la defensa de los mismos.

8. Referencias

Bibliográficas

- Belluscio, A.C. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea, séptima edición actualizada.
- Beloff, M. (1999). *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular; un modelo para armar y otro para desarmar*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile.
- Buaiz Valera, Y.E. (2003). *La doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud (Red Interamericana de Educación en Derechos Humanos)
- Ministerio de Salud, Costa Rica https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf
- Cillero Bruñol, M. (1999). *El interés superior del niño, en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile.
- Cillero Bruñol, M. (2011). *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Instituto Interamericano del Niño, Niña y el Adolescente. (<http://educacioninicial.mx/wp-content/uploads/2017/11/A001.pdf>)
- Edwards, C.E. (1996). *Garantías Constitucionales en Materia Penal*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea.
- Estrada Vásquez, F. (2018). *Material para el Curso: Convención sobre los Derechos del Niño*. Academia Judicial. Santiago de Chile: Universidad Autónoma de Chile.

- Vigo, F.C. (2016). *El derecho del niño a ser oído en la Justicia de Familia*. Buenos Aires – Argentina. Universidad de Buenos Aires.
-<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf>
- Galvis Ortiz, L. (2009). *La Convención de los Derechos del Niño veinte años después*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Vol 7. Num. 2. Manizales – Colombia: Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud. (<http://www.redalyc.org/pdf/773/77315614002.pdf>)
- Gil Domínguez, A., Famá M.V., Herrera M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I y II. Buenos Aires – Argentina: Editorial Ediar.
- Grosman, C. (2012). *Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Pub. La Ley (1993) – B, 1089.
- Grosman, C.P.- Nora Lloveras, Kemelmajer De Carlucci, A., Herrera, M. (2018 – I). *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot.
- Kemelmajer De Carlucci, A. (2018). *El proceso familiar en el CC y C*. Material Curso Intensivo “Derechos Humanos, Bioética y Familias: actualidad jurisprudencial y debates parlamentarios”. Buenos Aires – Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Lamm, E. (2018) *Autonomía progresiva y derecho al cuidado del propio cuerpo*. Material Curso Intensivo “Derechos Humanos, Bioética y Familias: actualidad jurisprudencial y debates parlamentarios”. Buenos Aires – Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- López – Contreras. R.E. (2013). *Interés Superior de los Niños y Niñas: definición y contenido*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70. Guatemala.

Normativas

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General Nro. 4. “*La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*”. Ginebra – Suiza.
- Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General Nro. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*. Ginebra – Suiza.
- Congreso Argentino. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. (Ley N° 26.994).
- Congreso Argentino. (2005). *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. (Ley N° 26.061).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Opinión Consultiva OC – 17/2002* de 28 de agosto de 2002.
- Honorable Congreso Nacional. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 7 de febrero de 2009*. (Gaceta Oficial de Bolivia)
- Honorable Congreso Nacional. (2014). *Código de las Familias y del Proceso Familiar Ley N° 603 - 19 de noviembre de 2014*. Bolivia. (Gaceta Oficial de Bolivia)
- Honorable Congreso Nacional. (2014). *Código Niña, Niño y Adolescente. Ley N° 548 - 17 de julio de 2014*. Bolivia. (Gaceta Oficial de Bolivia)
- Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (2013). *Ley N° 14.528*.
- Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura. (2014). *Código Procesal Modelo para la Justicia de*

Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Código Modelo CABA. Buenos Aires – Argentina: Editorial JusBaires.

Páginas Web

<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho_ni.htm

<http://www.diariojudicial.com/nota/73122>

http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm

<http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-de-la-sala-primera-de-la-camara-de-apelaciones-en-lo-civil-comercial-y-mineria-de-san-juan/> (Jurisprudencia)