

¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina

Alone with their body? Capacity of adolescents
to medical acts in Argentina

Sozinho com seu corpo?
Capacidade dos adolescentes
para actos médicos na Argentina

*Jorge Nicolás Lafferriere*¹

¹Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.
Argentina.

nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i16.1353>

RESUMEN: El Código Civil y Comercial de la Argentina en su artículo 26 introduce un sistema gradual de capacidad para las personas menores de edad en relación con los tratamientos médicos. Partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las leyes de Salud Sexual y de derechos del paciente, estudiaremos el artículo, sus fundamentos y la distinción entre los tipos de tratamientos médicos y las edades del niño. También analizaremos las otras disposiciones sobre la responsabilidad parental y las leyes especiales referidas a temas de salud que continúan vigentes. Procuraremos mostrar

Recibido: 31/05/2017. Evaluado: 08/08/2017. Aprobado: 24/08/2017

que la mayoría de edad anticipada en materia médica tuvo origen en el contexto de los debates sobre el acceso de adolescentes a los anticonceptivos y que la extensión que realiza el nuevo Código Civil a todos los “tratamientos médicos” resulta problemática, desordenada, insuficiente y contradictoria con otras normas recientes.

PALABRAS CLAVE: capacidad, tratamientos médicos, mayoría de edad anticipada, personas menores de edad.

ABSTRACT: The Argentine Civil and Commercial Code in its article 26 introduces a gradual system of capacity for minors in relation to medical treatments. Based on the Convention on the Rights of the Child and the Laws on Sexual Health and Patient Rights, we will study the article, its foundations and the distinction between the types of medical treatments and the ages of the child. We will also discuss the other provisions on parental responsibility and special laws on health issues that remain in force. We will try to show that the anticipated majority in medical matters originated in the context of the debates on the access of adolescents to contraceptives and that the extension made by the new Civil Code to all “medical treatments” is problematic, disorderly, insufficient and contradictory with other recent standards.

KEYWORDS: capacity, medical treatments, mature-minor doctrine, minors

RESUMO: O Código Civil e comercial do artigo Argentina 26 introduz um sistema gradual de capacidade para pessoas menores de idade em relação com tratamentos médicos. Com base na Convenção sobre os direitos da criança e as leis da Saúde Sexual e direitos do paciente, vamos estudar o artigo, suas fundações e a distinção entre os tipos de tratamentos médicos e a idade da criança. Também vamos discutir outras disposições sobre responsabilidade parental e as leis especiais relativas às questões de saúde que continuam em vigor. Nós nos esforçaremos mostrar de idade cedo no campo da medicina, originou-se no contexto das discussões sobre o acesso de adolescentes aos contraceptivos e Considerando que a extensão que faz o novo Código Civil para “tratamentos” problemático, confuso, insuficientes e inconsistentes com outras normas recentes.

PALAVRAS-CHAVE: tratamentos médicos, capacidade, idade precoce dos menores.

SUMARIO: Introducción. **I.** La Convención sobre los Derechos del Niño. **II.** Los adolescentes y la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación responsable. 1. Los alcances de la ley 25673 con relación a la salud adolescente. 2. Los fundamentos de la capacidad anticipada en materia de salud sexual. **III.** La legislación marco sobre adolescencia y consentimiento informado. 1. La ley 26061 de derechos de niños, niñas y adolescentes. 2. La ley 26529, reformada por la ley 26742, y el consentimiento por representación. **IV.** El art. 26 CCC y sus fundamentos. 1. Los tratamientos médicos implicados en el art. 26 CCC. 2. El adolescente entre 13 y 16 años. 3. El adolescente mayor de 16 años. 4. La responsabilidad parental y los casos difíciles. **V.** Proyecciones del art. 26 sobre otras leyes especiales en salud. 1. La ley 22990 de sangre. 2. La ley 24193 de ablación e implante de órganos. 3. La ley 25673 de Salud Sexual y Procreación responsable. 4. La ley 26130 de esterilización. 5. La ley 26743 de identidad de género. 6. La ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida. **VI.** Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Entre las reformas más novedosas que introduce el Código Civil y Comercial de la República Argentina (ley 26994, B.O. 8/10/2014, en adelante CCC) en materia de personas humanas se encuentra la adopción de un sistema gradual de capacidad para las personas menores de edad en relación con los tratamientos médicos.

El régimen general para las personas menores de edad indica que se trata de personas incapaces de ejercicio (art. 24 inciso b), que cuentan con la representación de sus padres o tutores (artículo 101 inciso b CCC)². Ahora bien, en la regulación de la “responsabilidad parental”, el CCC incorpora como principio “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” (art. 639 inciso b CCC). Esta “autonomía progresiva” se complementa con el principio que establece la primera parte del artículo 26: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. 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”.

Entre los actos que el ordenamiento jurídico les permite realizar, el mismo artículo 26 CCC contempla lo relativo a los tratamientos médicos a través de un régimen jurídico especial a partir de los trece años:

Artículo 26: Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

² Existe una postura en el derecho argentino que sostiene que las personas menores de edad están regidas por una regla de capacidad y que la incapacidad sería la excepción. Ver María Victoria Famá, «Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial», *La Ley* (20/10/2015): 1, AR/DOC/3698/2015. En cambio, es mayoritaria la opinión que entiende que la regla es la incapacidad y la capacidad de ejercicio es la excepción: Manuel Cobas, «Comentario a los artículos 22 a 30», en *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014), 115; Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014), 79; José W. Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», en *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético. Tomo I, dirigido por Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2015), 207; Silvia Fernández, «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Buenos Aires: Editorial Infojus, 2015), 67; Carlos Muñiz, «Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado», en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, edición a cargo de Gabriel Limodio (Buenos Aires: EDUCA, 2016), 471.

En el presente trabajo³ nos proponemos analizar este régimen jurídico. Para ello, luego de referir sintéticamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, comenzaremos por los antecedentes legislativos con foco en tres normas: la ley 25673 (B.O. 22/11/2002) de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la ley 26061 (B.O. 26/10/2005) de derechos del niño, niña y adolescente, y la ley 26529 (B.O. 20/11/2009) de derechos del paciente. En ese marco, ingresaremos luego al estudio del artículo 26 del CCC, considerando sus fundamentos y sus disposiciones. Tendremos en cuenta la distinción que realiza el artículo entre los tipos de tratamientos médicos, por un lado, y por el otro, entre las edades del niño. Luego consideraremos la relación del artículo 26 con la regulación de la responsabilidad parental, con especial referencia a los casos difíciles. Estudiaremos las proyecciones del artículo 26 CCC sobre otras normas especiales referidas a salud y finalmente formularemos las conclusiones.

Nuestra principal hipótesis es la siguiente: los planteos para otorgar una mayoría de edad anticipada en materia médica tuvieron origen en el contexto de los debates sobre el acceso de adolescentes a los anticonceptivos. En el CCC ese adelantamiento de la capacidad se extiende al resto de los “tratamientos médicos”, pero se realiza en forma problemática, asistemática, desordenada, contradiciendo otras normas recientes y sin considerar la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse. Procuraremos analizar cómo percibe la nueva regulación al adolescente, sobre todo con relación a su familia, y también cómo impacta este nuevo marco normativo en la actuación de los profesionales de la salud. Así, procuraremos formular algunas propuestas para la revisión del sistema instaurado por el nuevo Código Civil y Comercial.

I. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1989, encontramos una norma específica sobre el derecho a la salud. En efecto, dispone el artículo 24: “Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

³ El presente artículo se inscribe en el proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”.

rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

El punto clave es la interpretación armónica del artículo 24 a la luz del artículo 5 de la misma Convención que dispone: “Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Igualmente, el artículo 3.2 referido al interés superior del niño también resulta importante para la interpretación: “2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Del juego de estos textos podemos sostener que en la Convención no se establece una obligación del Estado de conferir una capacidad para consentir actos médicos a los niños. Más aún, cuando se refiere el inciso f del artículo 24.2 a la prevención, se enfatiza la importancia de la “orientación a los padres”, en lo que constituye una pauta hermenéutica decisiva en la materia. En definitiva, cada legislación debe plasmar una regulación que armonice el respeto a los deberes y derechos de la familia, el interés superior del niño y el ejercicio de los derechos por sí.

II.

LOS ADOLESCENTES Y LA LEY 25673 DE SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE

1. LOS ALCANCES DE LA LEY 25673 CON RELACIÓN A LA SALUD ADOLESCENTE

Salud sexual y procreación responsable es la primera problemática médica en la que se discute a nivel legal la capacidad de las personas menores de edad para intervenir por sí mismos en lo que concierne a su salud. En efecto, cuando en 2002 se aprueba en Argentina la ley 25673, la discusión en torno a la capacidad de las personas menores de edad es uno de los puntos más álgidos del debate.

La norma quedó redactada de forma particularmente ambigua. El tema era tratado en tres artículos: “Art. 2º: Serán objetivos de este Programa: (...) inc. d) Promover la salud sexual de los adolescentes”. “Art. 3º: El programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna”. “Art. 4º: La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849)”.

La mención que hace este artículo 4 a la ley 23849 (B.O. 22/10/1990) resultaba significativa, pues la ley de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó, en relación al artículo 24 antes señalado, una reserva que señala: “la República Argentina,

considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”. De esta manera, cuando la Argentina se obligó a llevar adelante la Convención, reconoció las responsabilidades indelegables de los padres en materia de planificación familiar.

Posteriormente, el art. 4º de la reglamentación de la ley (Anexo I del decreto 1282/2003, B.O. 26/5/2003) dispuso:

Art. 4º: A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años. Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo con su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/ SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la ADMINISTRACION NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGIA MEDICA (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de CATORCE (14) años, con sus padres o un adulto responsable.

Sin entrar en el arduo debate planteado por este texto, se puede advertir que esta materia presenta una complejidad y delicadeza únicas y que la ley fue redactada haciendo referencia a la clara definición de la ley 23849, mientras que el decreto introdujo confusión al señalar que debía actuarse “procurando la asistencia de un adulto de referencia” en las consultas y con los “padres” o un “adulto responsable” en la prescripción de métodos, pero señalando que ello era particularmente necesario en el caso de los menores de 14 años. Es decir, se reemplazaba a los padres por “adulto de referencia” en algunos casos; se señalaba un deber de procurar contactarlos, pero sin precisión normativa; se ponía una edad de referencia, pero sin claridad sobre cómo proceder con las personas mayores a 14 años.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CAPACIDAD ANTICIPADA EN MATERIA DE SALUD SEXUAL

Para comprender los debates vinculados con los adolescentes y la procreación responsable, resulta insoslayable referirse a la sentencia inglesa conocida como el caso “Gillick”⁴. En esa decisión se sostuvieron criterios relativos a la competencia para decidir sobre anticoncepción para menores de 16 años, aclarándose que no es suficiente que la niña implicada en el caso entienda la naturaleza de la información que se le está brindando, sino que además tiene que tener la “madurez suficiente” para entender qué está en juego. Y además se sostuvo que los derechos de los padres ceden ante el derecho del niño a tomar sus propias decisiones cuando alcanza una comprensión suficiente y un discernimiento para ser capaz de formar su propia decisión en la materia que requiere decisión.

Lord Fraser, quien plasma el voto mayoritario de la sentencia Gillick, reconoce que no duda que cualquier tratamiento médico importante para un niño menor a 16 años normalmente sólo se realiza con la aprobación de los padres y por eso es muy inusual para un médico aconsejar a un niño sin el conocimiento y el consentimiento de sus padres en materia de anticonceptivos. Pero, sostiene Fraser, la señora Gillick tiene que justificar su poder de veto absoluto y hay circunstancias en las que el doctor es mejor juez que sus padres. Además, entiende que es notorio que los niños de ambos sexos son renuentes a confiar en sus padres en asuntos de índole sexual y los lineamientos del Departamento de Salud muestran que abandonar el principio de confidencialidad para niñas bajo 16 años puede producir que no busquen ninguna ayuda profesional y se expongan a riesgos de embarazo y enfermedades de transmisión sexual⁵. Y luego precisa las condiciones para que se pueda requerir directamente el consentimiento de la menor sin la intervención de sus padres: “(1) que la niña (aunque sea menor de 16 años) entienda el consejo médico; (2) que el médico no pueda persuadirla de informar a sus padres o permitirle a él informar a los padres sobre el hecho de que está buscando consejo anticonceptivo; (3) que ella muy probablemente vaya a tener relaciones

⁴ Gran Bretaña: Tribunal de la Cámara de los Lores, «Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security» [1985] UKHL 7 (17 October 1985), <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>

⁵ “Nor do I doubt that any important medical treatment of a child under 16 would normally only be carried out with the parents’ approval. That is why it would and should be ‘most unusual’ for a doctor to advise a child without the knowledge and consent of the parents on contraceptive matters. But, as I have already pointed out, Mrs. Gillick has to go further if she is to obtain the first declaration that she seeks. She has to justify the absolute right of veto in a parent. But there may be circumstances in which a doctor is a better judge of the medical advice and treatment which will conduce to a girl’s welfare than her parents. It is notorious that children of both sexes are often reluctant to confide in their parents about sexual matters, and the D.H.S.S. guidance under consideration shows that to abandon the principle of confidentiality for contraceptive advice to girls under 16 might cause some of them not to seek professional advice at all, with the consequence of exposing them to the immediate risks of pregnancy and of sexually-transmitted diseases.”

sexuales o continuar teniéndolas con o sin tratamiento anticonceptivo; (4) que si no recibe consejo contraceptivo su salud mental o física es probable que se afecte; (5) que su mejor interés requiere que el médico le brinde consejo contraceptivo, tratamiento o ambos sin el consentimiento de los padres”⁶.

Con posterioridad al caso “Gillick” la jurisprudencia británica dictó nuevas sentencias que fueron matizando y precisando los alcances de esta progresiva autonomía⁷. Basset sistematiza las limitaciones que se fueron desarrollando en los fallos ulteriores a “Gillick” en torno a cuatro tópicos: la estabilidad de la persona menor y que no esté sujeto a fluctuaciones anímicas, una ampliación del espectro de información que debe ser comprendido por el niño para ser considerado apto, la distinción entre la aptitud para consentir y la aptitud para rechazar y los poderes de la Corte para revisar el consentimiento de un niño apto⁸. Estos criterios en general no son tenidos en cuenta cuando se cita el caso “Gillick”.

En coincidencia con el citado caso, se advierte cómo, también en Argentina, la temática de salud sexual fue la primera en que se plantea una discusión sobre capacidad de los niños para intervenir por sí mismos en temas médicos y ello ocurrió en medio de no pocas polémicas y una cierta desconfianza de la ley hacia la familia. El criterio que se fue imponiendo apuntaba a permitir a las personas menores acceder a estos programas por sí mismos, tal como lo expresó el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires: “La limitación de la autoridad de los padres, correlativa a la concesión de un derecho a los niños y adolescentes en edad fértil, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la ley”⁹. Este fallo citó la sentencia del caso “Gillick”. Vale aclarar que la ley 418 (BOCBA N° 989, 21/07/2000) de la Ciudad de Buenos Aires, considerada en la sentencia citada, no contenía disposiciones tan claras sobre la responsabilidad de los padres como las que tiene la ley nacional 26573.

Probablemente en este punto quede en evidencia la complejidad que encierra la temática de la salud sexual en personas adolescentes. En general, prima un enfoque sanitarista que se concentra reduccionistamente en la distribución de anticonceptivos y se ha descuidado la

⁶ “(1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice; (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; (5) that her best interests require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent” (traducción del autor).

⁷ Ver Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, octubre (2010): 228, cita online: AR/DOC/5473/2010.

⁸ Basset, “Autonomía progresiva ...: 228.

⁹ Argentina: Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sent. de 14 de octubre de 2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», La Ley online (cita: AR/JUR/3606/2003).

integralidad que es la materia vinculada con el ejercicio de la propia sexualidad. Entonces, se legitima la “limitación” de la autoridad de los padres por los fines de la ley. Entendemos que, si bien la anticoncepción se inserta en un contexto médico, difiere de otros actos médicos en tanto involucra la sexualidad que excede en mucho a lo puramente médico y se vincula con valores humanos y espirituales como la intimidad, la castidad, el pudor, el amor y la capacidad de entrega personal¹⁰. Antes que recortar al adolescente de su familia con un enfoque sanitarista e individualista, entendemos que debería promoverse una integración de la familia y una educación para el amor más integral.

En consecuencia, se advierte que el planteo referido a la capacidad de las personas menores para actos médicos surge en torno a la anticoncepción, en la búsqueda de alternativas para eludir la autoridad de los padres y llegar a los adolescentes en forma directa. Así como nos permitimos discrepar con la política de salud reproductiva hacia las personas menores de edad, con más razón señalamos que no se verificaban las situaciones que llevaran a trasladar ese criterio a los actos y tratamientos médicos en general como hizo el art. 26 CCC. Pero volveremos sobre el punto luego.

III.

LA LEGISLACIÓN MARCO SOBRE ADOLESCENCIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. LA LEY 26061 DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La ley 26061 de derechos de niños, niñas y adolescentes se refiere a su derecho a la salud en el artículo 14, redactado enfatizando las garantías que deben ofrecer los “organismos del Estado”.

En lo que concierne a la temática de capacidad, esta ley no introdujo modificaciones, de modo que continuaban vigentes las normas generales del Código Civil y los menores tenían derecho a ser oídos y expresar su opinión, pero la decisión recaía en sus padres o tutores. Incluso reconoce explícitamente el rol de la familia en materia de salud. Sólo cabe mencionar

¹⁰ De hecho, en el caso Gillick, Lord Templeman sostenía en 1985 que lo que estaba en juego era la “competencia” para ejercer la sexualidad y usar la contracepción.

que el artículo 3 vincula la protección del interés superior del niño con el respeto de “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (art. 3 inciso d, ley 26061).

2. LA LEY 26529, REFORMADA POR LEY 26742, Y EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

La ley 26529 referida a los Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud regulaba lo referido al consentimiento informado. En la redacción original de la ley 26529, el artículo 6 disponía: “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente” y el artículo 2 de la ley en su texto original se refería a las personas menores de edad: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

Para Tobías, en la ley 26529 la aptitud para asentir requería de la capacidad de obrar para el acto, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley¹¹. Este autor criticó la confusa redacción de la ley 26529 en el supuesto de incapacidad o de imposibilidad de comprender la información a causa del estado físico o psíquico y que el texto no planteaba un orden de prelación ni priorizaba al que en esos momentos se ocupa del paciente¹².

Tomando nota de esta redacción ambigua, en 2012, la ley 26742 (B.O. 24/5/2012)¹³, modificó el artículo 6 de la ley 26529 que ahora dispone: “Artículo 6º: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo

¹¹ José W. Tobías, «El asentimiento del paciente y la ley 26529», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, septiembre (2010): 171.

¹² Tobías, loc. cit.

¹³ En este trabajo no profundizamos algunos aspectos críticos de la ley 26742 y sus disposiciones. Nos remitimos a Jorge Nicolás Lafferriere, «Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742», en *Muerte Digna*, dirigido por Andrés Gil Domínguez (Buenos Aires: La Ley, 2013).

anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

La reforma de la ley 26742 modificó la ley 26529 en relación con la situación de los niños, niñas y adolescentes, de los incapaces y de personas con “imposibilidad de brindar el consentimiento informado” en dos puntos:

- a) se explicita la potestad de los representantes legales de tomar decisiones sobre el final de la vida rechazando el encarnizamiento terapéutico;
- b) se precisa el orden de prelación en la toma de decisiones, remitiendo a la ley 24193 de ablación e implante de órganos.

Solari sostuvo sobre la ley: “En lo que compete a los niños, se mantienen los lineamientos del texto anterior, dándole participación al menor de edad, pues tienen derecho a intervenir y ser escuchados en los términos de la ley 26061. Su voluntad deberá tenerse en cuenta, a los fines de decidir al respecto. Se consagra, de esta manera, la capacidad progresiva del sujeto menor de edad”¹⁴. Sin embargo, queda claro que, en el sistema de la ley, “será el representante legal del niño quien, en definitiva, aceptará o rechazará la terapia o procedimiento médico o biológico en cuestión, en ejercicio de la representación legal”¹⁵.

Posteriormente, el 5 de julio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1089/2012 (B.O. 6/7/2012) reglamentario de la ley 26529, modificada por la ley 26742, y formuló nuevas precisiones:

Art. 5: (...) También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente....

¹⁴ Néstor E. Solari, «La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 132.

¹⁵ Solari, “La situación...: 132.

Igualmente, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 10 del decreto 1089/2011: “Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación con una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento”.

La reforma y especialmente el decreto reglamentario intentaron precisar cómo se debe actuar en los casos en que la persona sea incapaz o bien esté imposibilitada de brindar el consentimiento. En lo que respecta a nuestro tema de estudio, se ratifica el doble criterio: por un lado, escuchar al niño; por el otro, ratificar que la decisión debe ser tomada por los representantes legales.

Como explica Tobías, con la ley 26529 se “consagraba un sistema que requería de la capacidad de obrar: su ausencia (como en el caso de los menores) imponía que el asentimiento lo brindaran los representantes legales, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley”¹⁶. Dos años después, los casos que trata esta ley son regulados también, aunque en forma más general, por el artículo 26 CCC. Entendemos que quedará abierta la cuestión interpretativa y, en tanto la ley 26529 no ha sido derogada, habrá que hacer un esfuerzo de interpretación sistemática para armonizar el artículo 26 CCC con esta norma todavía vigente.

IV.

EL ARTÍCULO 26 CCC Y SUS FUNDAMENTOS

En el marco de estos procesos legislativos llegamos al nuevo artículo 26 CCC. Metodológicamente, se ubica en el capítulo 2 dedicado a la capacidad, del título I denominado “Persona Humana”, del Libro I (“Parte General”). Este capítulo 2 se divide en tres secciones: 1) Principios Generales; 2) Persona menor de edad; 3) Restricciones a la capacidad.

Luego de definir a la persona menor de edad y al adolescente en el artículo 25, el artículo 26 se titula: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” y dispone con relación a los tratamientos médicos: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos,

¹⁶ José W. Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 216.

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 los fundamentos del Proyecto de ley elevado al Congreso leemos: “El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”.

El párrafo transcrito resulta ambiguo en lo terminológico. Por un lado, señala que se pretende receptor la noción de “autonomía progresiva” y la diferencia de la capacidad civil tradicional. Sin embargo, unas líneas antes, se refiere a la regulación de “la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo”, recurriendo al mismo término de capacidad. Aunque no aparece mencionado el término, una buena parte de la doctrina argentina entiende que el artículo 26 CCC recepta la idea de “competencia”, siguiendo lo que sostuvo en 2001 Kemelmajer de Carlucci: “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por eso, y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. Si el paciente no tiene esa edad, o no está emancipado, el contrato médico, por ser acto negocial, debe ser celebrado por los representantes legales. Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”¹⁷.

Sin embargo, la palabra “competencia” no aparece ni en el articulado del CCC ni en los fundamentos, mientras que se sigue usando la expresión “capacidad”. En todo caso, es

¹⁷ Aída Kemelmajer de Carlucci, «El derecho del menor a su propio cuerpo», en *La persona humana*, dirigido por Guillermo Borda (Buenos Aires: La Ley, 2001): 255.

un debate teórico que excede los alcances de este trabajo centrado en el análisis estricto del artículo 26 CCC y que esperamos retomar en otro momento.

Más allá de lo terminológico, lo cierto es que no se brindan fundamentos ni argumentos que justifiquen por qué el artículo 26 CCC sienta reglas especiales para la “capacidad” en materia de tratamientos médicos. Estas reglas conjugan un “consentimiento” del adolescente, que en ciertos casos requiere la asistencia de sus padres, y que a partir de los 16 años se afirma que puede decidir como un adulto para el cuidado de su propio cuerpo. Con razón, Tobías se pregunta: “¿puede, por ejemplo, afirmarse que el menor de edad adquiere la aptitud de resolver complejas alternativas médicas para enfrentar un grave problema de salud antes de la requerible para celebrar un sencillo acto de naturaleza patrimonial? (para el que carece de capacidad)”¹⁸. El CCC extiende la “capacidad” anticipada relacionada con los anticonceptivos a todos los actos médicos, sin mayores explicaciones y sin dotar a la nueva regulación de un sistema más completo y sistemáticamente ordenado, que contemple adecuadamente a todos los actores en juego.

A continuación, analizaremos estas reglas y sus problemáticas.

1. LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS IMPLICADOS EN EL ART. 26 CCC

Entrando en el análisis del texto del artículo 26, podemos advertir que comprende cuatro situaciones con relación a la capacidad de las personas menores de edad para consentir tratamientos médicos:

- a) En el caso de los menores de trece años, son los padres o tutores quienes brindan el consentimiento para tratamientos médicos, sin perjuicio del deber de escuchar al menor.
- b) El artículo establece como presunción 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”.
- c) En cambio, el adolescente entre trece y dieciséis años debe prestar el consentimiento con la “asistencia de sus progenitores” “si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”. En este caso, “el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés

¹⁸ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 217.

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

- d) El adolescente a partir de los dieciséis años “es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Comentando el artículo 26 CCC, Famá afirma que “la norma propone un sistema mixto que se construye a partir de dos variables: a) una subjetiva, vinculada con franjas etarias móviles; y b) una objetiva, relacionada con el tipo y complejidad del acto médico”¹⁹. El primer caso no presenta mayores innovaciones en cuanto a la cuestión de la capacidad de ejercicio. Ello no significa que no puedan suscitarse conflictos, pero a los fines de este trabajo nos concentraremos en los cambios que introduce el artículo 26 con relación al régimen ya vigente. Así, los otros tres casos configuran una nueva regulación jurídica que proponemos analizar a continuación.

En cuanto a los aspectos generales del artículo, se puede constatar una redacción poco sistemática e insuficiente. La falla sistemática viene dada por la utilización de términos distintos en el propio artículo y en relación con la normativa general sobre el tema del consentimiento (ley 26529). En relación con el mismo artículo 26, primero usa la expresión “tratamientos”, luego habla de “acto médico” y cuando se refiere a los mayores de 16 años habla de “cuidado de su propio cuerpo”. En lo que concierne a la coherencia con la ley 26529, podemos advertir que en esa ley se habla de “terapias o procedimientos médicos o biológicos” (art. 2 inciso e), “recibir información sanitaria” (art. 2 inciso f), “estudios y tratamientos” (art. 3), “procedimiento” (art. 5). Entendemos que se debería cuidar la redacción para que sea clara y no deje lugar a dudas, máxime que la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad se extiende a los actos “que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26 CCC). Según el Subcomité de ética clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, la referencia a tratamientos debe interpretarse como inclusiva de “todo acto médico”²⁰. En este punto, el mayor problema reviste, a mi entender, en la expresión “cuidado de su propio cuerpo” que encontramos en el último párrafo del artículo 26. Esta fórmula es muy amplia y parece comprender más que los actos médicos, en texto abierto que resulta difícil de compatibilizar con las normas sobre responsabilidad parental. Pero volveremos sobre el punto.

La insuficiencia de la redacción del artículo 26 se refiere a la excesiva simplificación de las distintas alternativas que presenta el genéricamente llamado “consentimiento infor-

¹⁹ Famá, loc. cit.

²⁰ Submisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Submisión de Ética Clínica», 6 de junio (2016), Acceso el 27 de abril de 2017

http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primer/2016/Subcom_DelValle_anticipo_25-8-16.pdf.

mado”. En efecto, el artículo 26 CCC parece reducir toda la problemática a una cuestión de “consentimiento”. Sin embargo, muchas veces los conflictos más serios se plantean con relación al “rechazo” de un procedimiento. Así, la ley 26529 que regula esta materia -más allá de sus deficiencias o aspectos criticables- es más precisa cuando en el artículo 2 inciso e dispone: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Igualmente, la complejidad de los actos médicos implicados lleva a esa ley a establecer requisitos más rigurosos en cuanto a la forma (instrumento escrito y firmado) respecto a los siguientes casos: “a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto” (artículo 7, ley 26529).

Algunos autores han procurado realizar una casuística de aplicaciones del principio de autonomía progresiva del CCC y analizaron 63 posibles situaciones, desde actos médicos, hasta la partición de bienes, el testamento o el reclamo de alimentos²¹. En relación a los actos médicos, incluyeron: vacunación, extracción de sangre y otros estudios no invasivos, testeo HIV Sida, preservativos y anticonceptivos, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura, colocación de DIU, operación quirúrgica (tratamiento oncológico, operación riesgosa), actos no invasivos e invasivos de cuidado al propio cuerpo, operación mutilante (ej. cambio de sexo), tratamientos integrales hormonales, bloqueadores hormonales, ligadura de trompas o vasectomía, cirugía estética no reparadora, cirugía estética reparadora, tatuaje, piercing, donación de sangre, aborto, donación de material genético, criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad, ser parte en investigaciones médicas, negativa a someterse a transfusión (testigos de Jehová) o a intervenciones que ponen en riesgo la vida, negativa a someterse a intervenciones que no ponen en riesgo la vida, ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, implantación de médula ósea, ablación de órganos o materiales cadavéricos, directivas anticipadas, internación personas menores de edad, tratamiento por adicciones, tratamiento psicofarmacológico, utilización de

²¹ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación», 18 de agosto de 2015, Id SAIJ: DACF150461, Acceso el 17 de abril de 2017, <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcantircod>

camas solares²². Esta larga enumeración permite comprender la complejidad de los distintos actos, médicos y referidos al cuerpo, que están implicados en el artículo 26.

Estos elementos nos permiten llegar a una conclusión: la incorporación de las reglas de capacidad con relación a los actos médicos en el CCC incurre en una simplificación excesiva de las situaciones implicadas, ignora las importantes distinciones que cabe realizar entre los distintos actos médicos y genera problemas de coherencia sistémica con relación a otras normas. Más allá de la diferencia de fondo con la opción del legislador, hubiera sido preferible que el tema fuera regulado en la normativa específica sobre derechos de los pacientes (ley 26529) para que hubiera una regulación más pormenorizada y más ajustada a la realidad del adolescente y su contexto vital integral, lo que incluye los deberes y derechos de los padres, y a las peculiaridades de la relación del paciente con los profesionales de la salud.

2. EL ADOLESCENTE ENTRE 13 Y 16 AÑOS

Como hemos visto, desde los trece años, la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en relación con los tratamientos médicos se torna compleja. Por un lado, porque la ley habla de una “presunción” de aptitud (art. 26 CC y CU), de modo que habrá que ver cómo se interpreta esa presunción y quién define la presencia o no de tal aptitud. Para Tobías, el significado de “capacidad presumida” requiere ser precisado²³. ¿Significa que pueden darse situaciones o planteos para desvirtuar la presunción? ¿Quién formularía esos planteos? ¿Ante quién? ¿Bajo qué criterios se decide sobre la revocación de la capacidad presumida? La importancia del tema es decisiva, pues en caso de que se demuestre que no existe aptitud para asentir, sería aplicable el consentimiento por representación en los términos de la ley 26529. La ambigüedad afecta tanto al adolescente, como a sus padres y a los profesionales de la salud.

En segundo lugar, la presunción de 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”, genera como regla general que el adolescente brinde su “consentimiento”. Nos preguntamos aquí si no existe ninguna previsión sobre las atribuciones de los padres, especialmente en caso de rechazo de tratamientos u otras situaciones especialmente delicadas. Adviértase que las normas sobre responsabilidad parental siguen vigentes (art. 638 CCC y siguientes) y que a los padres corresponde en primer lugar velar

²² Discrepamos con muchas de las “aplicaciones” propuestas por el texto comentado, sobre todo en tanto tienden a considerar “no invasivos” a muchos procedimientos en los que el cuerpo es penetrado por una aguja.

²³ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 219.

por el desarrollo integral de sus hijos, lo que incluye su integridad física y psíquica y su salud. Como dice Juan Navarro Floria, “se trata de una norma fuertemente invasora de la intimidad familiar, que deteriora en modo sumo la autoridad de los padres, necesaria para el orden familiar. Un niño de 13 años no podrá ser operado de apendicitis o someterse a un tratamiento de ortodoncia si él no está de acuerdo, y el disenso con sus padres deberá someterse al juez”²⁴

Basset criticaba la regulación de la ley 26529 luego de la reforma por ley 26742 por no contemplar la complejidad del tema y señalaba la necesidad de considerar “la pregunta por el tenor de la intervención..., la pregunta sobre la relevancia de la intervención del niño, sobre los requisitos y los mecanismos con los cuáles se protegerá su vulnerabilidad, los dilemas cuya resolución rica hemos visto en los vaivenes posteriores del caso Gillick, en torno a qué actitud tomar si los efectos son decisiones del menor son de naturaleza irreversible, sobre la comprensión que el menor tiene de su propia muerte y sus implicancias, sobre el acompañamiento integral, sobre el estándar de influencia indebida”²⁵.

Como hemos visto, los llamados “tratamientos médicos” configuran una pluralidad de situaciones: estudios diagnósticos, medicación, revisión física, intervenciones quirúrgicas, etc. A su vez, la toma de decisiones supone tanto el consentimiento como el rechazo de un “tratamiento”, o eventualmente la revocación del consentimiento, y estos tipos de decisión pueden tener graves consecuencias. Para Basset, debe distinguirse si están en juego consecuencias irreversibles para la salud, en cuyo caso el juez debería aplicar un estándar de escrutinio más estricto. También hay que adoptar ese criterio de mayor rigor en relación con el rechazo de tratamientos curativos. Un aspecto decisivo es cómo se evalúa la madurez suficiente, especialmente en esos casos más decisivos²⁶.

Respecto a los “tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”, el artículo 26 abandona la expresión “se presume” y habla que el adolescente “debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores”. Aquí ya no se trataría de un consentimiento por representación, sino que los “progenitores” actúan como “asistentes”. Entendemos que la presunción de la que habla el párrafo anterior sigue siendo la regla general en cuanto a la aptitud, pues quien no puede realizar por sí lo menos riesgoso, menos podría realizar lo más riesgoso. En este supuesto, el problema que puede plantearse es de tipo práctico: ¿qué sucede en un caso de urgencia cuando no es posible

²⁴ Juan G. Navarro Floria, *Los derechos personalísimos* (Buenos Aires: El Derecho, 2016), 71-72.

²⁵ Úrsula C. Basset, «La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP* Agosto (2012): 161.

²⁶ Úrsula C. Basset, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», *Cuaderno Jurídico de Familia*, Nro. 57 (2014): 8.

encontrar a los padres? Entendemos que rige la regla del artículo 9 de la ley 26529 cuando dispone:

ARTICULO 9º. Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

Por su parte, Tobías considera desorientadora la propuesta de distinguir a partir del criterio de los actos que “comprometen la salud” pues “cualquier tratamiento médico busca mejorarla o preservarla y no comprometerla”²⁷. Este autor también llama la atención sobre la problemática encerrada en la expresión “invasivo” pues no se aclara si se refiere a lo corpóreo o también a lo psíquico²⁸. Según la Enciclopedia Médica Medline, “un procedimiento invasivo es aquel en el cual el cuerpo es ‘invadido’ o penetrado con una aguja, una sonda, un dispositivo o un endoscopio”²⁹. En el texto sobre aplicaciones del principio de autonomía progresiva que hemos citado, escrito por Kemelmajer y otros, parecen adoptar un criterio distinto sobre la invasividad, al punto que sostienen que una sutura no es invasiva³⁰. Por nuestra parte, entendemos que basta con que no se cumpla cualquiera de las condiciones del artículo 26 para que proceda la asistencia de los padres, a saber: que un tratamiento sea invasivo, o que comprometa la salud, o que provoque un riesgo grave en la vida o la integridad física. Igualmente, se podría haber hecho una remisión a los casos en los que se exige un consentimiento escrito y que están regulados en el artículo 7 de la ley 26529 que ya hemos mencionado, en tanto allí se explicitan supuestos considerados más riesgosos que requieren una mayor formalidad.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la referencia a los “progenitores” debe entenderse como comprensiva de las otras figuras jurídicas de representación del adolescente, como el tutor, el guardador o quien ejerza la autoridad parental³¹. En este punto, no compartimos la interpretación extensiva realizada por el grupo de trabajo convocado por la Secretaría de

²⁷ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 220.

²⁸ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 220.

²⁹ Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Enciclopedia médica, Voz: Invasivo, Acceso el 17 de abril de 2017, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002384.htm>

³⁰ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

³¹ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 221.

Salud Comunitaria (Resolución 65/2015) que considera que un “referente afectivo” o “allegado” pueda sustituir a los padres³². Tampoco fue considerada por el artículo 26 la evaluación de si el menor sufre o no influencia indebida de su entorno y la inclusión del contexto familiar³³.

Igualmente, creemos que es necesaria una más precisa y rigurosa regulación del deber médico de brindar información precisa y comprensible para la persona menor de edad. No creemos que pueda admitirse sin más que el menor queda equiparado al adulto, desconociéndose que subsiste durante toda la niñez hasta los 18 años (e incluso más allá) una vulnerabilidad que exige mayores garantías de parte de los actores que intervienen en torno a la salud de la persona menor de edad. Basset explica que en la jurisprudencia posterior a “Gillick” se precisaron mejor algunos requisitos sobre este punto, a saber: “i) la necesidad de prever un determinado rango de consecuencias especialmente exigente; ii) la exigencia de que el niño tenga cautela; iii) la necesidad de evaluar si el niño conoce o no plenamente las circunstancias y principios involucrados en su decisión para consentir un tratamiento”³⁴.

Recapitulando, entendemos que la redacción del artículo 26 CCC deja varias cuestiones abiertas a interpretación o no resueltas y ello repercute tanto en los propios adolescentes, como en sus padres y los profesionales de la salud.

3. EL ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS

Según el artículo 26 CCC, desde los 16 años la persona menor de edad se considera como un adulto para la toma de decisiones en salud.

Para Juan Pablo Olmo, “el párrafo sexto de la norma prevé lo que parte de la doctrina ha llamado un supuesto de ‘mayoría de edad anticipada’ para las decisiones relativas al cuidado del propio cuerpo, para lo cual el adolescente será considerado como un adulto a partir de los dieciséis años”³⁵. Tal como hemos señalado antes, no se han explicitado suficientemente los fundamentos de esta decisión y cómo se articula con otras normas sobre capacidad de las personas menores de edad. En efecto, ¿por qué un adolescente de 16 años es capaz para decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo y por qué no puede testar (artículo 2464 CCC)?

³² “El valor normativo y jurídico de esta interpretación es muy opinable” (Juan G. Navarro Floria, Los derechos personalísimos, 27).

³³ Úrsula C. Basset, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», 9.

³⁴ Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence».

³⁵ Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50».

El artículo utiliza el término “adulto” y ello no es coherente desde la perspectiva sistémica. El CCC en ningún momento define “adulto”, sino que utiliza la expresión “mayoría de edad”. Igualmente es problemática la expresión “son considerados”. Para Tobías, lo más prolijo hubiera sido decir que gozan de capacidad de ejercicio para estos actos³⁶.

La redacción del artículo 26 abandona en este párrafo la expresión “tratamientos médicos” y se refiere al “cuidado” del “propio cuerpo”. Nos encontramos ante un margen de actuación de “límites difusos”, que deberá ser evaluado también en el marco de la responsabilidad parental, del art. 5º de la Convención de los Derechos de los Niños y de la ley 26.061³⁷. Nuevamente advertimos las dificultades emanadas de una norma demasiado amplia y general, que no permite considerar los importantes matices que presenta hoy la actividad médica y de salud en general. Esa dificultad se agrava porque la expresión “cuidado del propio cuerpo” parece tener un alcance mayor al que tiene la expresión “tratamientos” o “actos médicos”. Sin embargo, tampoco queda claro qué alcance tiene. Así, podemos mencionar como ejemplo que en el ya citado trabajo de Kemelmajer y otros, se considera que el uso de “camas solares”, la ligadura de trompas o vasectomía y la cirugía estética no reparadora exceden el cuidado del propio cuerpo³⁸. Incluso autores como Silvia Fernández reconocen que el texto incluye “la libertad para disponer del propio cuerpo e integridad, si bien de modo no indiscriminado o imprudente”³⁹. ¿Cuál es el límite? ¿Qué es cuidado y qué no lo es? ¿Participar en una investigación con seres humanos queda comprendido en “cuidado del propio cuerpo”? Las preguntas quedan sin respuesta y la ambigüedad vuelve a repercutir sobre el propio adolescente, sus padres y los profesionales de la salud. El punto es particularmente grave para los casos más difíciles, como las decisiones sobre rechazo de tratamientos médicos incorporadas en la ley 26529 por la ley 26742, u otras situaciones de riesgo de vida.

El Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría considera que “enfrentados a una situación médica y sin dejar de respetar el derecho que le asiste a un adolescente a partir de los 16 años para la toma de decisiones por sí mismo, se debería evaluar la gravedad de la situación, la razonabilidad de la decisión y sus implicancias, así como (de ser posible) contar con el acompañamiento de los padres”⁴⁰.

³⁶ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 221.

³⁷ Tobías, «Comentario a los artículos 1 a 224», 222.

³⁸ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

³⁹ Silvia Fernández E., «Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil», *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 20 de junio (2012): 108, cita online: AP/DOC/2210/2012.

⁴⁰ Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica», op. cit.

Consideramos que hay que integrar a la interpretación del artículo 26 otras normas también vigentes y que permiten una comprensión más completa del cuadro por el que atraviesa un adolescente. Así, podemos mencionar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bertoldi de Fourcade y Stein propusieron una ponencia que afirmaba: “La pauta fijada en el art. 26 in fine del C.C. y C., que se vincula al reconocimiento de la plena capacidad del adolescente a partir de los 16 años para la toma de decisiones relativas a su propio cuerpo, debe ser razonablemente interpretada. El profesional de la salud o quien afecte de alguna manera su cuerpo, deberá propiciar que las decisiones del joven de 16 años sean tomadas con el acompañamiento de los progenitores, pues consideramos que es en el contexto familiar donde se debería encontrar la debida orientación y contención, para operar responsablemente en el cuidado de su salud. Por lo tanto, estimamos que los progenitores no deben ser excluidos “prima facie” y el que actúe en la órbita del cuerpo del joven deberá tener en cuenta tal opinión, puesto que ella se desenvuelve en el marco de la responsabilidad parental. Esto de ningún modo atenta contra el diseño normativo, sino que entendemos, contribuye a fortalecer la protección de los hijos”⁴¹.

En síntesis, la mayoría de edad anticipada para actos médicos a los 16 años se establece como regla sin una adecuada fundamentación, sin considerar la armonización con las normas sobre responsabilidad parental y sin considerar los complejos matices que presentan las decisiones sobre actos médicos.

4. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LOS CASOS DIFÍCILES

El artículo 26 CCC, con los alcances y ambigüedades que hemos visto, debe ser comprendido en el amplio contexto de la responsabilidad parental que no “cesa” durante esa etapa y continúa vigente, aun cuando se reconoce una autonomía progresiva. Es importante recordar la definición del artículo 638: “ARTICULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Igualmente, relevante es el artículo 639 que se refiere a los principios para la actuación de los padres.

⁴¹ Ver la ponencia de María Virginia Bertoldi de Fourcade, Patricia Stein, «Algunos aportes respecto a la capacidad del adolescente de 16 años para las decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo», *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bahía Blanca, 2015, Comisión n° 1, Acceso el 28 de noviembre de 2016, http://jndcbahia Blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro_ALGU.pdf

Con específica referencia a los tratamientos médicos de personas menores de edad, de la lectura del texto de dichos artículos, surge con fuerza la necesidad de enfatizar que, incluso cuando el adolescente está habilitado para tomar decisiones por sí, los padres no pueden ser excluidos y conservan un deber y un derecho de actuar en busca del mejor interés de su hijo y de su protección, desarrollo y formación integral.

Creemos que este balance entre el artículo 26 y las normas sobre responsabilidad parental es clave, especialmente frente a los casos difíciles. Tobías enfatiza la importancia de revisión judicial en caso de negativa por parte del representante legal del incapaz cuando resulte abusiva, citando un fallo de Chile y la ley francesa Kouchner⁴². Gelli, señala la importancia de brindar información rigurosa en los casos de consentimiento por representación “para no inducir eventuales rechazos, en especial de familiares en un grado de parentesco más lejano”⁴³. Aún Kemelmajer y otros reconocen que hay un “entrecruzamiento central y general entre los arts. 26 y 638” y consideran que para la interpretación hay que recurrir a los artículos 1 y 2 del CCC⁴⁴. Basset explica que “en Re W la Corte sostuvo unánimemente que el precedente Gillick no le daba al niño el poder de vetar un tratamiento médico”⁴⁵.

En este punto es bueno retomar lo que hemos dicho sobre el origen de esta capacidad anticipada. En efecto, en el debate en torno a la anticoncepción y ante una presunción de que los adolescentes no dialogaban con sus padres en torno a su sexualidad, se impulsó el criterio de avanzar directamente para que los adolescentes decidan por sí en estas materias. Ahora se extiende esa capacidad a todos los actos médicos y más aún a actos de cuidado del propio cuerpo. ¿Cuáles fueron las razones? ¿Se percibe una desconfianza hacia la familia en los adolescentes también en todo acto médico? ¿Por qué no se pensó en formas más armónicas de integrar al adolescente y la familia en la temática de salud? Advertimos que el mismo CCC evitó incluir la emancipación por habilitación de edad y mantuvo para el menor emancipado por matrimonio las mismas restricciones a la capacidad incluidas en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield (ley 340 aprobada el 25-9-1869), que incluyen la prohibición de aprobar las cuentas de los tutores, donar bienes recibidos a título gratuito o afianzar obligaciones (artículo 28 CCC). ¿Por qué este diferente tratamiento? ¿Es diferente la vulnerabilidad para la administración de bienes que para el cuidado de su persona?

⁴² . Tobías, «El asentimiento del paciente y la ley 26529».

⁴³ María Angélica Gelli, «La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 93.

⁴⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

⁴⁵ Úrsula C. Basset, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence».

En nuestra opinión, la interpretación coherente y sistemática del artículo 26 debe llevar a procurar una constante integración de los padres en todo lo relativo a la salud de sus hijos. Ello resulta consistente con las normas sobre responsabilidad parental y permite comprender al adolescente en su contexto vital y no recortarlo de su familia como si fuera un individuo aislado. Una visión más relacional y no tan individualista y liberal permite acompañar los procesos de decisión en forma más realista y humana, sin lanzar a la soledad de la autonomía a los adolescentes, sustrayéndolos de su núcleo básico de afectos y relaciones, la familia.

V.

PROYECCIONES DEL ARTÍCULO 26 SOBRE OTRAS LEYES ESPECIALES EN SALUD

La redacción del artículo 26 en los puntos que estamos comentando plantea como problema si esa norma se aplica a leyes especiales que regulan distintos aspectos de la salud y las decisiones sobre el propio cuerpo. Al respecto, Marisa Herrera señala que la mayoría de edad anticipada en materia médica reconoce como excepción “lo dispuesto para algunos supuestos específicos en la legislación especial v.gr., art. 15 de la ley 24.193 (trasplantes de órganos y materiales anatómicos), art. 26 de la ley 26.657 (salud mental), art. 5° de la ley 26.743 (identidad de género)”⁴⁶.

Nos encontramos con la inveterada cuestión de los conflictos entre la ley general y la ley especial. En este sentido, entendemos que, en tanto no sea derogada, siguen rigiendo las normas de la legislación especial para los específicos casos allí tratados, en tanto consideran situaciones particulares que fueron motivo de una regulación propia.

1. LA LEY 22990 DE SANGRE

En el caso de la ley 22990 (B.O. 2/12/1983) de sangre humana, encontramos una norma precisa en el artículo 44 que dispone:

ARTICULO 44. - Podrá ser donante toda persona que, además de los requisitos de salud que establece la presente ley y su reglamentación, se encuadre en las siguientes condiciones:

⁴⁶ Juan Pablo Olmo, «Comentario a los artículos 22 a 50».

a) Poseer una edad entre DIECISEIS (16) Y SESENTA Y CINCO (65) años. b) Los menores de DIECIOCHO (18) años deberán contar con la autorización de sus padres o de sus representantes legales...”

Se advierte, por un lado, una convergencia con el artículo 26 CCC en su última parte cuando se refiere a los adolescentes mayores de 16 años. Ellos pueden donar sangre tanto por la habilitación del artículo 26 CCC como por el artículo 44 Ley 22990. Sin embargo, según el inciso b) del artículo 44 deben contar con la autorización de sus padres o representantes legales. Se trata de una norma especial que precisa los alcances del artículo 26 CCC.

2. LA LEY 24193 DE ABLACIÓN E IMPLANTE DE ÓRGANOS

En materia de ablación e implante de órganos rige el artículo 15 de la ley 24193 (B.O. 26/4/1993) para la ablación de personas en vida, que dispone:

ARTICULO 15. — Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años... En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho (18) años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto. El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada. La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

La norma especial contradice las disposiciones del artículo 26 CCC, de modo que en estos supuestos debe primar la ley 24193 y por tanto sólo las personas mayores de 18 años pueden ser dadores de órganos en vida. Por su parte, en el caso de ablación de personas menores de 18 años fallecidas, rige el artículo 19 ter incorporado por la ley 26066.

Vale señalar que aún Kemelmajer y otros en su artículo ya comentado indican que en materia de ablación de órganos rige la ley 24193 y no rige el artículo 26 CCC⁴⁷.

⁴⁷ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

3. LA LEY 25673 DE SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE

Ya hemos mencionado las normas de la ley 25673 de Salud Sexual que se refieren a las personas menores de edad. En especial, destacamos que el artículo 4 dispone:

La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 23.849).

Se advierte la dificultad para armonizar el artículo 4 de la ley 25673 con el artículo 26 CCC. Además, hicimos referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pero con la específica referencia a la reserva argentina al art. 24 de la Convención formulada por ley 23849 y que ya hemos citado.

Al respecto, cabe mencionar una resolución de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación (Resolución 65/2015, B.O. 8/1/2016) en la que se anexa como pretendido marco interpretativo del CCC, un documento de trabajo sobre el tema de los llamados “derechos reproductivos” emitido en noviembre de 2015. En ese documento, se considera que los métodos anticonceptivos transitorios no son prácticas invasivas que comprometan el estado de salud y de allí que consideren que se aplica el consentimiento del menor desde los 13 años sin necesidad de asistencia de sus progenitores. Además, en ese documento se hace una interpretación extensiva del término progenitor para incluir a todo allegado o referente afectivo.

Oportunamente, escribimos sobre esta cuestión y nos remitimos a esos trabajos, discrepando con la citada resolución ministerial⁴⁸. Ciertamente, habrá que considerar ahora las implicaciones del artículo 26 CCC y armonizarlo con la disposición transcrita de la ley 23849.

4. LA LEY 26130 DE ESTERILIZACIÓN

Dispone el artículo 1ro. de la ley 26130 (B.O. 29/8/2006) de intervenciones de contracepción quirúrgica: “ARTICULO 1º — Objeto. Toda persona mayor de edad tiene dere-

⁴⁸ Jorge Nicolás Lafferriere, «Patria Potestad y Salud Reproductiva», *El Derecho Legislación Argentina*, Tomo A (2003): 1285 a 1290.

cho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios del sistema de salud”. En consecuencia, consideramos que la regla general del artículo 26 cede ante la clara disposición de la norma especial, máxime si consideramos la gravedad y difícil reversibilidad que tiene la decisión de someterse a una esterilización. Adviértase que aún Kemelmajer y otros consideran que estas acciones exceden al cuidado del propio cuerpo y deben considerarse como permitidas recién desde la mayoría de edad⁴⁹. Ello sin perjuicio de las objeciones de fondo que entendemos deben realizarse a la ley comentada y que exceden el ámbito de este trabajo.

5. LA LEY 26743 DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Por ley 26743 (B.O. 24/5/2012) se reguló lo relativo a la “identidad de género”, entendida como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁵⁰.

Como regla general, se dispone en el artículo 4º como requisito a cumplir por toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la ley, el de “acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley”. En ese artículo 5 se establece:

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

⁴⁹ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

⁵⁰ No entramos a considerar aquí las problemáticas de fondo de esta ley, por exceder los alcances del trabajo.

de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En específica relación a la temática de la capacidad, puede considerarse que las reglas del artículo 26 CCC no se refieren a esta temática, en tanto no se trata en sentido propio de un tratamiento médico.

El problema de las intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercibida está regulado en el artículo 11 de la ley 26743, que dispone en cuanto se refiere a personas menores de edad:

ARTICULO 11. — Derecho al libre desarrollo personal. ... En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

Este artículo modifica la regla del artículo 5, estableciendo el requisito de una autorización judicial para el caso de intervención quirúrgica total o parcial. En este sentido, el artículo 26 CCC no modifica esta disposición. Nuevamente en este punto, Kemelmajer y otros consideran que la operación de cambio de sexo excede el campo del cuidado del propio cuerpo y que con relación a los tratamientos hormonales hay que estar a lo dispuesto por la ley 26743⁵¹. Sin embargo, sin dar mayores fundamentos normativos, las autoras citadas consideran que los “bloqueadores hormonales” pueden ser administrados a personas menores de edad “a partir de los 10 años con su consentimiento y asentimiento de ambos progenitores”⁵². Por su parte, en postura que no compartimos, en el documento anexo a la Resolución 65/2015 de la Secretaría de Salud Comunitaria antes mencionada se considera que las prácticas de modificación corporal de la ley 26743 ingresan en el ámbito del artículo 26 CCC y que deben prescindirse de los requisitos del art. 11 de la ley 26743.

⁵¹ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación».

⁵² Kemelmajer et al.

En este punto, nos permitimos expresar una discrepancia de fondo con la inclusión de las personas menores de edad en esta ley y con la necesidad de una regulación que no adopte visiones reduccionistas como la perspectiva de género, que ignoran la relevancia del dato biológico y exaltan las dimensiones culturales de la sexualidad.

6. LA LEY 26862 DE ACCESO INTEGRAL A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

En lo que concierne a la ley 26862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida⁵³, la regla general está sentada por el artículo 7 que dispone que los beneficiarios deben ser personas mayores de edad. Entendemos que el artículo 26 CCC no modifica esta disposición en tanto excluye a las personas menores de edad del acceso a las técnicas.

La única disposición que menciona a las personas menores de edad es el artículo 8 de la ley 26862 y se refiere a un supuesto muy específico, a saber: “También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”. En este caso, dado que el artículo no contempla el mecanismo para la toma de esta decisión por parte de las personas menores de 18 años, entendemos que rige el artículo 26 CCC.

⁵³ Sobre nuestra valoración de esta ley, ver Jorge Nicolás Lafferriere, «La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas», *ErreparNews*, Agosto (2013).

VI.

CONCLUSIONES

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial viene a modificar los alcances del consentimiento por representación en las personas menores de edad ante los tratamientos vinculados con su salud, que había recibido una regulación específica en 2012 con la ley 26742 que modificó el régimen establecido inicialmente por la ley 26529.

En el balance, ante la laguna inicial de la ley 26529, en 2012 la ley 26742 había procurado precisar mejor el ámbito de actuación de los padres, había garantizado el derecho de la persona a ser oída, había regulado un procedimiento para el caso de conflicto y había dejado en claro que la decisión final la toman los representantes legales. Cambiando la perspectiva, tan sólo dos años después, en 2014 el nuevo Código cambia de criterio y otorga mayor capacidad jurídica a las personas menores de edad, dotándolas de una completa autonomía en lo que concierne a su salud desde los 16 años y de una situación de creciente autonomía entre los 13 y los 16 años, dependiendo del tipo de tratamiento implicado. Entendemos que quedará abierta la cuestión interpretativa y, en tanto la ley 26529 no ha sido derogada, habrá que hacer un esfuerzo de interpretación sistemática para armonizar el artículo 26 CCC con esta norma todavía vigente.

La anticipación de la mayoría de edad para temas médicos estuvo inicialmente pensada para el contexto de las decisiones sobre anticonceptivos. Ahora la legislación expande el criterio de forma desordenada al resto de los tratamientos médicos, de manera inexplicada, dejando como resultado una regulación fragmentada, contradictoria y ambigua.

En cuanto al artículo 26 CCC, se puede constatar una redacción poco sistemática e insuficiente, con una simplificación excesiva de las situaciones implicadas, ignorando las importantes distinciones que cabe realizar entre los distintos actos médicos, y con problemas de coherencia sistémica con relación a otras normas. En especial, falta una mejor armonización con los deberes y derechos de los padres emergentes de la responsabilidad parental.

Hubiera sido preferible una regulación específica de la capacidad de las personas menores de edad para tratamientos médicos en el marco de la ley de derechos de los pacientes (ley 26529). A su vez, esa regulación debería alejarse de una perspectiva individualista del adolescente como “recortado” de su familia y procurar integrarla en la toma de decisiones sobre salud. El punto es particularmente grave para los casos más difíciles, como las decisiones sobre rechazo de tratamientos médicos u otras situaciones de riesgo de vida. También hubiera sido preciso adoptar salvaguardas para prevenir influencias indebidas y para instalar

un estándar más riguroso en lo que concierne al deber médico de brindar información comprensible para la persona. Los problemas sistémicos y de regulación que presenta el artículo 26 resultan en ambigüedades que afectan al propio adolescente, a sus padres y a los profesionales de la salud intervinientes.

La armonización del art. 26 con otras leyes especiales deja entrever la dificultad inherente a la materia médica y la necesidad de tratamientos más precisos y completos, sin los límites inherentes a la necesaria generalidad del código en materia de capacidad.

Entendemos que la tendencia a otorgar autonomía a las personas menores de edad no siempre refleja la aptitud real concreta del niño de comprender los alcances de los actos implicados. Tal postura también conduce a una progresiva soledad del niño ante situaciones que pueden implicar una presión importante y proyecciones para toda la vida. Creemos que es necesario volver a confiar en la familia en las temáticas de salud y no construir elaboraciones teóricas alejadas de la realidad concreta de las personas y sus entornos existenciales.

Para citar este artículo: Jorge Nicolás Laferrere: “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i16.1353> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 67-100.

BIBLIOGRAFÍA

- Basset, Úrsula, «Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, octubre (2010): 228, cita online: AR/DOC/5473/2010.
- Basset, Úrsula, «El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial Argentina (2014)», *Cuaderno Jurídico de Familia*, Nro. 57 (2014): 8.
- Basset, Úrsula, «La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP* Agosto (2012): 161.
- Bertoldi de Fourcade, María Virginia - Stein, Patricia, «Algunos aportes respecto a la capacidad del adolescente de 16 años para las decisiones relativas al cuidado de su propio

- cuerpo», XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, Comisión n° 1, Acceso el 28 de noviembre de 2016, http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Bertoldi-y-otro_ALGU.pdf
- Cobas, Manuel «Comentario a los artículos 22 a 30», en Código Civil y Comercial Comentado. Tomo I, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014).
- Enciclopedia Médica, Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, Voz: Invasivo, Acceso el 17 de abril de 2017, <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002384.htm>
- Famá, María Victoria «Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial», La Ley (20/10/2015): 1, cita online: AR/DOC/3698/2015.
- Fernández, Silvia «Comentario a los artículos 22 a 50», en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I, dirigido por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Buenos Aires: Editorial Infojus, 2015), 67.
- Fernández, Silvia «Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil», Suplemento Jurisprudencia Argentina, 20 de junio (2012): 108, cita online: AP/DOC/2210/2012.
- Gelli, María Angélica «La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad», La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna, mayo (2012): 93.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora - Fernández, Silvia, «El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación», 18 de agosto de 2015, cita online SAIJ: DACF150461, Acceso el 17 de abril de 2017, <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>
- Kemelmajer de Carlucci, Aída «El derecho del menor a su propio cuerpo», en La persona humana, dirigido por Guillermo Borda (Buenos Aires: La Ley, 2001): 255.
- Lafferriere, Jorge Nicolás «Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742», en Muerte Digna, dirigido por Andrés Gil Domínguez (Buenos Aires: La Ley, 2013).
- Lafferriere, Jorge Nicolás, «La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas», ErreparNews, Agosto (2013).

- Lafferriere, Jorge Nicolás, «Patria Potestad y Salud Reproductiva», *El Derecho Legislación Argentina*, Tomo A (2003): 1285 a 1290.
- Muñiz, Carlos «Régimen de capacidad de los menores en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado», en *Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial*, edición a cargo de Gabriel Limodio (Buenos Aires: EDUCA, 2016).
- Navarro Floria, Juan G. *Los derechos personalísimos* (Buenos Aires: El Derecho, 2016).
- Olmo, Juan Pablo «Comentario a los artículos 22 a 50», en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014), 79
- Solari, Néstor E. «La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género», *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna*, mayo (2012): 132.
- Subcomisión de Ética Clínica de la Sociedad Argentina de Pediatría, «El principio de autonomía en pediatría en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Una comunicación de la Subcomisión de Ética Clínica», 6 de junio (2016), Acceso el 27 de abril de 2017, http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/primero/2016/Subcom_DelValle_anticipo_25-8-16.pdf.
- Tobías, José W. «Comentario a los artículos 1 a 224», en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Tomo I*, dirigido por Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2015), 207.
- Tobías, José W. «El asentimiento del paciente y la ley 26529», *Revista de Derecho de Familia y de las Personas-DFyP*, septiembre (2010): 171.
- Tribunal de la Cámara de los Lores, «Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security» [1985] UKHL 7 (17 October 1985) disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>
- Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sent. de 14 de octubre de 2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», cita: AR/JUR/3606/2003.