

La capacidad progresiva del niño en materia de salud

Mario A. Zelaya*, Lucas Costabel** y Fiorella Mondino***

Abstract

El artículo 26 del Código Civil y Comercial provoca incertidumbre respecto de cuáles son los tratamientos a los que el adolescente entre 13 y 16 años puede decidir por sí mismo someterse, y cuáles son aquellos para los que requiere “la asistencia de sus progenitores”, tales los términos de la norma.

Con la finalidad de brindar una mayor y especial protección a las personas en desarrollo a través del otorgamiento expreso de nuevas prerrogativas a su favor, la Convención sobre los Derechos del Niño¹, en adelante CDN, recoge el principio de la *protección integral* que concibe al niño² como sujeto de derechos, a diferencia del postulado de la *situación irregular* que lo trata como objeto de amparo o protección, a partir de una presunción irrefragable de inmadurez. En consecuencia, permite entender la capacidad mediante datos biológicos, psicológicos y sociales que responden a la natural evolución del niño, y consagra como principio rector el de la *capacidad progresiva* (también llamado autonomía progresiva), que concibe su capacidad como un camino hacia la adultez en el que se le asegura en forma gradual el ejercicio por sí mismo de mayor cantidad de derechos, conforme la evolución de sus facultades.

Como era de esperar por tratarse de una ley de aplicación de la CDN, la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” es coherente con el trato del niño como sujeto de derechos y con la incorporación a su texto del postulado de la *capacidad (o autonomía) progresiva*, al otorgarle aptitudes graduales de acuerdo a la evolución de sus facultades, que le permitan ejercer por sí mismo los derechos que se le reconocen teniendo en cuenta —en la configuración de su interés superior— “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (arts. 3

* Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Privado Parte General, UNS, Director del Observatorio de Derecho de la Salud.

** Estudiante de Abogacía UNS, Integrante del Observatorio de Derecho de la Salud.

*** Estudiante de Abogacía UNS, Integrante del Observatorio de Derecho de la Salud.

¹Vigente en el país desde el 4 de enero de 1991 y luego incorporada al texto de la Constitución Federal en la última reforma de 1994 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22..

² Prescribe en su art. 1 que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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”.

inc. d, 19 inciso “a” y 24 inciso “b”), pero contando a la par con la protección propia de su edad.

Luego de consagrar la generalización del principio, el art. 26 del Código Civil y Comercial confirmó a los niños la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud en función de su desarrollo por edad.³ De ese modo, sigue las aguas de la ley 26.529 de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" en cuanto a que "...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..." (art. 2º, inciso "a").

La norma del Código Civil y Comercial 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”; y a partir de los dieciséis años lo considera como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es decir que de todos los modelos con los que se puede consagrar el principio de *capacidad progresiva*⁴ el legislador se decidió por adoptar el criterio de edades fijas a partir de datos o consideraciones extraídos de la experiencia que habilitan a presumir las aptitudes del niño para celebrar o no por sí mismo los actos que se le permiten en cada segmento. El sistema en su estado puro otorga precisión a cada categoría con la consiguiente seguridad jurídica, simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones que no admiten prueba en contrario (las edades), disminuye la posibilidad de contiendas, reduce la discrecionalidad del juzgador al momento de decidir quién está habilitado o no para ejercer por sí mismo un derecho, y por fin, permite introducir el principio de capacidad progresiva sin que se resienta la necesaria precisión de las normas en este ámbito con las que debe brindarse un marco jurídico de protección del niño.

³ La *capacidad progresiva* se concreta con menos énfasis en el campo de los derechos patrimoniales porque se ven involucrados intereses de terceros y valores como la seguridad y la estabilidad jurídica, y se requieren conocimientos especiales para evaluar los riesgos al momento de actuar. Prueba de ello es la posibilidad de intervención directa de los niños en el ejercicio de derechos extrapatrimoniales tales como los casos de los arts. 2, 24 y 27 de la ley 26.061, o de la ley 25.673 que establece el Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable, que autoriza a dar información sobre mecanismos contraceptivos a personas menores de edad sin requerir el consentimiento de los padres.

⁴ Aunque el análisis de cada uno de ellos excede los límites impuestos a este trabajo, cabe al menos enumerarlos con la única finalidad de conocer su existencia: a) podría optarse por la eliminación de todo límite de edad en el segmento de personas menores de 18 años;^{4b} podría decidirse por la determinación precisa de estratos por edades permitiendo al niño demostrar en cada caso la aptitud para el ejercicio del derecho; c) podría pensarse en un modelo que otorgue o no aptitud dependiendo de la incidencia para el niño o para terceros del derecho que el primero pretenda ejercer (patrimonial o extrapatrimonial); d) y por fin, podría incluso considerarse conceder gradualmente mayores aptitudes a los niños a partir de la fijación de estratos rígidos por edad.

Sin embargo, en uno de los rangos fijos en los que se concreta la progresividad — de los 13 hasta los 16 años —, el derecho del adolescente a tomar por sí mismo decisiones sobre su salud se ve condicionado a que los tratamientos no resulten “invasivos”, que no comprometan su “estado de salud” o que no le provoquen un “riesgo grave” en su vida o integridad física. Y es sabido que el término *invasivo*⁵ con el que se califica a un tratamiento médico carece de una definición legal (o al menos aceptada de modo uniforme), que el concepto de *salud*⁶ sigue siendo fuente de controversias por la amplitud de su contenido y que la valoración de la *gravedad* del riesgo depende de la subjetividad del intérprete. Piénsese en las dudas al pretender encasillar en tales categorías el suministro de la “píldora del día después” que impide la anidación del embrión en el endometrio y que ha sido catalogada alguna vez como una técnica abortiva por la CSJN (“Portal de Belén”, 5-3-2002, LL 2202-B-520).

La solución de atar la autonomía del niño a estos conceptos indeterminados olvida que la esencia de la capacidad progresiva es la de ampliar el ejercicio por sí mismo de sus derechos conforme la evolución de sus facultades. Y lo olvida porque la indefinición hace que el adolescente no pueda conocer cuáles son los tratamientos para los cuales le basta con su propia decisión y que ante la mínima duda, el profesional de la salud requiera la venia de los progenitores. Y cabe aclarar, que conforme el art. 101 del nuevo Código, el Ministerio Público sólo actúa en el ámbito extrajudicial “*ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.*”

Más aún, la falta de acuerdo entre los progenitores y el adolescente o entre los progenitores entre sí, no sólo en cuanto a llevar a cabo el tratamiento sino también en cuanto a su calificación como invasivo o riesgoso, determina no sólo la demora para concretarlo (a veces irreparable) sino la posible judicialización —a la que la norma parece resignarse cuando enumera los criterios a tener en cuenta para resolver “el conflicto” — con el consecuente costo que implica el remedio. Eso sin contar con que si sólo se presume *iuris tantum* la capacidad específica de los adolescentes entre 13 y 16 años, la prueba en contrario conducirá esta vez a la necesaria intervención judicial; y que a la misma consecuencia llevará la falta de progenitores, únicos facultados por la norma para asistir al niño en la decisión sobre su salud.

⁵ En el ámbito sanitario es habitual considerar como *invasivo* a aquel tratamiento realizado por un profesional de la salud en el cual el cuerpo es agredido química y/o mecánicamente o mediante inyecciones intradérmicas y/o subcutáneas, o se introduce un tubo o un dispositivo médico. Nótese la vaguedad de sus términos.

⁶ De acuerdo a la definición del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948 «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.». La definición no ha sido modificada desde 1948.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

En términos concretos, legislar la capacidad progresiva a partir de la existencia de tres categorías (0 a 13 años, de 13 a 16 años y de 16 a 18 años), en dos de las cuales la autonomía para el ejercicio de los derechos dependerá de la voluntad de los progenitores, del médico, o del juez (de 0 a 13 años y de 13 a 16 años) y en la otra no, es lo mismo que decir que se han creado sólo dos categorías: de 16 a 18 años decide el niño por sí mismo, y no lo hace de 0 a 16 años. En definitiva, si sólo dos categorías permiten resolver la cuestión con directivas seguras, una tercera (de 13 a 16 años) cuyo segmento de edades coincide con los de aquellas, nada aporta a la progresividad en la adquisición de derechos, razón por la cual podría no existir y su ausencia incluso haría un guiño a la seguridad jurídica.

Si se quisiera sostener la categoría intermedia, aportaría mayor claridad una enumeración taxativa de tratamientos a los que el adolescente pueda someterse por sí mismo. En tal caso, un organismo estatal específico debería ser el encargado de confeccionar y actualizar la lista de los que ingresen dentro de la categoría. Y a la manera de lo que hoy acontece (aunque no con buen suceso) con el programa médico obligatorio (PMO), la labor podría, por ejemplo, ser cubierta por la Superintendencia de Servicios de Salud.

Cualquiera sea la propuesta (y admitimos que pueden ser numerosas), lo relevante es evitar el conflicto, su judicialización y lograr el conocimiento certero y el posterior goce efectivo del derecho por parte del adolescente entre 13 y 16 años, objetivos que no se logran con el sistema creado que no brinda la seguridad que requiere el ejercicio de la práctica sanitaria.

Quienes acepten la redacción de la norma por su respeto a la *capacidad progresiva de los niños* deben hacerse cargo del problema que representa sujetar la progresividad a conceptos indeterminados.