

Comisión n °1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

ALGUNOS APORTES RESPECTO A LA CAPACIDAD DEL ADOLESCENTE DE 16 AÑOS PARA LAS DECISIONES RELATIVAS AL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO

Autoras: María Virginia Bertoldi de Fourcade y Patricia Stein *

Resumen:

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.

1. Introducción.

En esta propuesta intentaremos realizar algunos aportes en relación a la capacidad del adolescente de 16 años para la toma de decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. La formulación normativa del art. 26 *in fine* del Código Civil y Comercial, que se vincula al reconocimiento de la plena capacidad del adolescente a partir de los dieciséis años para decidir respecto de su cuerpo, amerita ciertos ajustes a fin de lograr su integración al sistema y posibilitar una efectiva tutela de los derechos en juego. Ello pues, no obstante que se procuró adecuar la regulación interna a tratados internacionales con rango constitucional, la nueva situación jurídica de estos jóvenes en los aspectos relacionados, parece dejar librado a sus propios errores o aciertos el cuidado de su persona. Es dable advertir que, pese a la noción indiscutible de la progresiva generación de aptitudes de quien está en desarrollo, no puede prescindirse absolutamente de la presencia de los adultos en toma de decisiones que pueden afectar definitivamente su futuro ni pueden mantenerse indiferentes frente a la perspectiva de su cuidado. En efecto, estamos en presencia de personas que deben ser especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico.

* María Virginia Bertoldi de Fourcade. Profesora Titular de la cátedra “B” de Derecho Privado I de la Universidad Nacional de Córdoba. Patricia Stein. Profesora Adjunta de la cátedra “B” de Derecho Privado I de la UNC; Profesora adjunta de Derecho Civil I de la Universidad Blas Pascal, Córdoba.

2. Puntos de ponencia y su fundamentación

- a. **Conforme lo establecido en el art. 26 *in fine*, el adolescente a partir de los 16 años, será considerado un adulto y, por lo tanto, con plena capacidad para el cuidado de su propio cuerpo, pero ante decisiones que impliquen un sesgo de riesgo, y por lo tanto, salgan de la pauta de razonabilidad del planteo, los progenitores responsables deberán ser consultados.**
- b. **El profesional de la salud o quien afecte de alguna manera el cuerpo del adolescente 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 la salud.**

El Código Civil y Comercial regula en el art. 26 lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad, concediendo el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo, a los adolescentes, franja etárea comprendida entre los 13 y 18 años; se les reconoce, en función de presumir que cuentan con la madurez y desarrollo suficiente, poder decisorio a quienes hubieran cumplido los 13 años y aún no tengan los 16, para consentir actos médicos que no comprometan ni impliquen un riesgo para su vida o salud; por otro lado, se exige el acompañamiento de los responsables de su cuidado en aquellos tratamientos de los que pueda resultar un riesgo grave para su vida o salud.

Además, se introduce la edad de 16 años como el tope a partir del cual el régimen de menor edad ya no es aplicable en función de la presunción que la norma establece en favor del adolescente mayor de 16 años: él es considerado como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo¹.

Consideramos excesivas las críticas formuladas respecto al empleo en la norma del término “adulto”², si bien coincidimos que podría haber sido más precisa en su formulación, alcanza para significar lo que la disposición normativa quiso: que en los aspectos relacionados con su salud, el que hubiera cumplido 16 años, goza de plena capacidad para decidir.

Establece el artículo citado: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. 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. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

¹FERNANDEZ, Silvia E., comentario art. 26, CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA COMENTADO. Directores: Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián. Tomo I. Infojus, Buenos Aires, 2015

² RIVERA, Julio C., “Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2015, p. 220

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.”

Estimamos que la pauta fijada por la norma debe ser razonablemente interpretada, pues lo que no es razonable no es ajustado a derecho.

El adolescente de la edad referida será considerado un adulto y, por lo tanto, con plena capacidad para el cuidado de su propio cuerpo pero, ante decisiones que impliquen un sesgo de riesgo, y por lo tanto, salgan de la pauta de razonabilidad del planteo, los progenitores responsables deberán ser consultados. Ello de ninguna manera conspira contra el diseño legislativo, sino que contribuye a promover el cuidado y protección de los hijos. Estimamos que lo dicho encuentra consonancia en la Convención sobre los Derechos del Niño, pues la protección de la que se goza bajo el amparo del “interés superior”, no siempre tiene que ver con sus “deseos” y se extiende hasta los 18 años.

Así, en la misma legislación se observan ciertas limitaciones impuestas a la regla consagrada en el art. 26, que no son sanciones, sino justamente versiones de una tutela legal en relación a determinados actos que pueden comprometer su salud. Por ejemplo para la dación de órganos en vida debe contarse con la edad de 18 años (art. 15 ley 24.193 de trasplante de órganos); para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, la ley 26.862 exige la edad de 18 años (art. 7); para acceder a los tratamientos integrales hormonales y a la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, la ley 26743 de identidad de género, requiere para ello ser mayor de edad (art. 4); para disponer directivas anticipadas respecto de su salud el art. 60 del C.C. y C. exige que la persona sea capaz mayor de edad. La misma exigencia se da, incluso para los actos de disposición del cadáver como son las exequias e inhumación o la dación de todo o parte del cadáver con fines pedagógicos, científicos, de investigación (art. 61 C.C.y C.).

A pesar que la ley faculta plenamente al adolescente de 16 años a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, al presumir que cuenta con la madurez suficiente, la realidad nos demuestra que en determinados casos, contar con sólo la edad como indicador de una resolución meditada de esa naturaleza no es suficiente para que las implicancias del acto que dispone sobre el cuerpo sean adecuadamente comprendidas. Podría tratarse de actos médicos o de otras maniobras que afecten de algún modo la salud en su dimensión integral. Por lo dicho, estimamos que los progenitores no deben ser excluidos *prima facie* y el que opere 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, como anticipamos, no conspira contra el diseño normativo, sino que entendemos contribuye a fortalecer la protección de los hijos.

Por lo tanto, estimamos que a pesar de la pauta legal del art. 26 in fine, contar con la edad no bastaría por sí sola para definir la existencia de capacidad para todos los casos. Veamos por ejemplo, la decisión tomada por una adolescente de 16 años de realizarse implantes mamarios; ya que, en los términos de la norma citada, podría dar el consentimiento informado para la intervención quirúrgica (art. 59 C.C.y C.), pero sin consultar a sus progenitores o cuando éstos se oponen. O el supuesto del joven que dispone tatuarse íntegramente el cuerpo o someterse a profusos “piercings” sin ningún contralor adulto, menospreciando las consecuencias que ello puede acarrearle en lo social, laboral, o las limitantes que imponen, por ejemplo, otras regulaciones en orden a ser dador de sangre o situaciones futuras cuyos alcances no logra advertir sólo.

En estos supuestos tampoco es adecuado confiar exclusivamente en el criterio del profesional o artífice de la intervención en el cuerpo; frente a la consulta y oposición de los responsables deberá recurrirse a la autorización judicial. El juzgador, entonces, deberá hacer un juicio de valor respecto de la decisión atendiendo a su razonabilidad y considerar la negativa si, a pesar de tenerse la edad requerida, no se demuestra comprender, razonar y evaluar las consecuencias del acto para el cual el joven hubiese dado consentimiento.

Para la plena efectividad de la norma, se requiere un cambio cultural en los diversos contextos en los que los jóvenes desenvuelven su personalidad, ya sea el familiar, escolar, el médico, entre otros.

El profesional de la salud o quien afecte de alguna manera el cuerpo del adolescente 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 del cuerpo del hijo.