

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

CAPACIDAD PROGRESIVA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Autoras: Silvana María Chiapero,^{*} Wendi Romina Oroná^{**} y Ana Paula Fernández^{***}

Resumen: *En orden a la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes para actuar por sí mismos –sin el asentimiento de sus representantes legales-, en las cuestiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, el artículo 26 del Código Civil y Comercial, utiliza como criterio la distinción entre “tratamientos invasivos y no invasivos”, sin mayores aditamentos, lo cual genera un sistema confuso y asistemático.*

1. Ponencia:

1. Proponemos que la persona de trece años pueda intervenir a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que no involucren su vida o salud, pero en los términos que establece la Ley 26.061, en lugar de lo dispuesto en el art 26 C.C.C.N. que los habilita a decidir “por sí” en tales actos.

2. Propiciamos la utilización de una clasificación más sencilla y jurídica como sería distinguir entre actos que no comprometen la salud ni provocan grave riesgo en la vida e integridad física del adolescente, y actos que sí lo hacen.

3. Sugerimos suprimir el quinto párrafo del art. 26 del C.C.C.N., desde que la judicialización de la eventual discordancia entre el adolescente y sus progenitores traerá aparejado que la solución llegue cuando la cuestión ya haya devenido abstracta, con el riesgo de responsabilidad del médico o equipo médico, tanto si obra en contra de la voluntad del adolescente (violando su dignidad), como si no realiza el acto médico pese al pedido de sus progenitores, exponiendo al adolescente a riesgo en su vida o salud.

4. Proponemos una fórmula legislativa clarificadora del sexto párrafo del art. 26 C.C.C.N., en cuanto califica de “adulto” al adolescente que hubiera cumplido los dieciséis años “para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”, ya que la actual redacción no deja en claro si dicha directiva *general y posterior* deberá prevalecer sobre las reglas contenidas en leyes *especiales anteriores*, que exigen la edad de dieciocho años para ciertos actos vinculados al cuerpo, tales como la Ley de trasplante de órganos (art. 15 de la Ley 24193), Ley de Identidad de género (art. 5 de la Ley 26743), como asimismo lo dispuesto en el C.C.C.N. en materia de directivas médicas anticipadas (art. 60 C.C.C.N.).

^{*} Profesora Titular de Derecho Privado I, Cátedra “D”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

^{**} Profesora Ayudante “A”, Derecho Privado I, Cátedra “D”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

^{***} Adscripta Derecho Privado I, Cátedra “D”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

5. No dejamos de advertir las dificultades que se podrían generar al momento de interpretar términos tan abiertos y no jurídicos, como son las categorías de “tratamiento”, “invasivo”, “no invasivo”, e incluso el mismo término “salud”, por lo cual consideramos que podría dictarse una reglamentación que establezca un listado enunciativo y revisable periódicamente en el cual se contemple qué actos y/o tratamientos médicos serán considerados “invasivos” o “no invasivos”, lo que podría ser viable a través del Ministerio de Salud de la Nación.

2.Fundamentación:

2.1 Infancia y adolescencia

Hay que recordar que la niñez es una categoría histórica y que, en consecuencia, los cambios socioculturales y los avances de las organizaciones políticas y socio-económicas generan niños y adolescentes con capacidades diferentes. A su vez, el avance de la ciencia y de la técnica y el acceso de los niños a las mismas les otorgan habilidades que antes no tenían y que enriquecen su capacidad de dominio del entorno cotidiano, y, naturalmente, modifican sus actitudes para desenvolverse.¹

Asimismo, de los arts. 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, se desprende una nueva concepción de la infancia, como un proceso evolutivo compuesto de diferentes etapas de desarrollo psicofísico que van determinando distintos grados en cuanto a la capacidad de decidir, llegando a afirmarse que la capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente.²

Pero, además, y en cuanto al tema que nos ocupa, es sabido que la adolescencia es una etapa de la vida en la que muchas veces el mundo exterior se percibe como hostil y excluyente, enfrentándose a su vez un espacio interior que a menudo propone pulsiones violentas. Se trata de una fase de transición, en la que variados miedos suelen hallarse muy presentes y en la que continuos cambios afectan tanto el cuerpo como la mente.

2.2 Capacidad – Capacidad o autonomía progresiva de NNA.

En primer lugar, tal como destaca Asís Roig, *"la idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. Tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de derecho, como la propia dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad"*.³

¹ FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho Constitucional de Familia*, T. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 546.

² FAMÁ, M. V., HERRERA, M. y GIL DOMÍNGUEZ, A., *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 167 y ss.

³ DE ASÍS, Roig, *Sobre la Capacidad*, en PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (coord.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 13 y ss.

Ahora bien, el principio de capacidad progresiva importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización y efectivización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado.⁴

Aparece como un concepto central, que incrementa los márgenes de capacidad a medida que el niño va madurando, y va ampliando sus bordes de discernimiento a través del ejercicio de sus derechos con el acompañamiento de sus padres.

El principio de capacidad o autonomía progresiva implica reconocer que el niño, como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece para comprender el sentido de sus acciones.

En este punto, es que la autonomía o capacidad progresiva, importa progresividad en el ejercicio de los derechos, es decir, estamos frente a un proceso, un tránsito de la niñez a la mayoría de edad, de manera gradual, escalonada.

La autonomía progresiva, implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes de roles y funciones conforme a su desarrollo y madurez.

2.3 Autonomía progresiva vinculada al ejercicio de derechos personalísimos de NNA

Luego de consagrar la generalización del principio de autonomía progresiva, que ya fuera consagrado por la legislación supra nacional (CDN) y luego receptado por nuestro derecho interno (Ley 26.061), el art. 26 del actual Código Civil y Comercial confirió a los niños la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud en función de su desarrollo por edad.

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").

Así, en este contexto, los debates interpretativos más encendidos pueden darse en el marco del art. 26 dedicado, precisamente, al "ejercicio de los derechos por la persona menor de edad" disponiéndose que: *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 concierna así como a participar en las decisiones sobre su persona. 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.*

⁴ Así, por ej.: FAVOT, María L., *Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil*, Fecha: 2010 Publicado: APC 2010-1-1.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Los conflictos imaginables son múltiples, pues múltiples son también las leyes sanitarias vigentes, cuyos objetos son tan variables como ciertos procedimientos médicos (*leyes de contracepción voluntaria, de trasplantes de órganos, de sangre —que regula las transfusiones sanguíneas—*), algunas enfermedades en particular o su prevención (*leyes sobre lucha contra el sida, contra el mal de Chagas, profilaxis contra la rabia, etc.*) y aspectos generales de la atención de la salud (*Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, leyes de salud sexual y reproductiva, etc.*)

El catálogo es mucho más extenso y puede involucrar materias tan diversas como la identidad de género, la vacunación obligatoria, las aplicaciones de *piercings* y tatuajes⁵, la experimentación clínica, las cirugías estéticas y tantas otras. Ello resulta natural y propio de un sistema en el que la legislación sanitaria se halla fragmentada y carece de sistematización.

Creemos que lo deseable es que los niños, niñas y adolescentes tomen sus decisiones en materia de salud con orientación familiar, cuando ello resulte factible. Pues al habilitar la decisión sobre tratamientos médicos a edades más tempranas, la norma en cuestión, más que suplantarse el valor de la reflexión compartida sobre cuestiones complejas —*que suele ser útil a cualquier edad*—, tiende a reconocer una realidad existente y a regularla del mejor modo posible, pensando en el cuidado y el mejor interés de los jóvenes.⁶

El nuevo código cuenta con la virtud de reunir en su texto los dos criterios más significativos para la determinación efectiva del concepto de autonomía progresiva, es decir, para la definición concreta de los momentos relevantes del trayecto decisorio. En este sentido, de un lado hace referencia a la aptitud físico psíquica de los jóvenes, como condición variable, a ser analizada caso a caso por el equipo médico, según circunstancias que permitan apreciar la madurez del paciente para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado (*art. 59*). De otro lado, dispone sobre edades cronológicas de referencia, con base en los conocimientos y la experiencia general. Éstas podrían tener gran importancia para garantizar la atención médica apropiada a jóvenes cuyos progenitores desatiendan sus responsabilidades parentales y a aquellos cuya atención suponga conflictos generacionales insalvables; asimismo,⁷ para evitar ciertos conflictos derivados del ejercicio de una medicina defensiva, entre otros.

Pero coincidimos con la doctrina que sostiene que una categorización como la prevista en el art. 26 del Código no debe interpretarse en forma rígida, ni aplicarse a rajatabla. Es que si bien la reforma legal persigue el reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes, y su carácter de sujetos progresivamente autónomos, apartándose así de los modelos decimonónicos que los trataban como meros dependientes de la autoridad parental, lo cierto es que las disposiciones del nuevo Código se aplicarían a

⁵ NEBBIA, Mariela; NEBBIA, Martín R., *Tatuajes y piercings*, Fecha: 2005 Publicado: SJA 2/11/2005 ; JA 2005-IV-1046.

⁶ WIERZBA, Sandra M., *Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el derecho actual*, Fecha: 2013-11-04. Publicado: RDF 62-73.

⁷ WIERZBA, Sandra M., Op. Cit.

una sociedad que ha mutado sustancialmente y que se halla sujeta a nuevos conflictos y riesgos.

Finalmente, ante el diverso tratamiento de una misma materia por variados textos legales — *p. ej., el Código analizado y la profusa legislación sanitaria*—, si bien ciertos principios generales del derecho, como el que establece que la ley especial prevalece sobre la general y el que expresa que la ley posterior deroga la anterior, podrán orientar la interpretación, muchas veces habrá otras soluciones posibles. Pues el derecho a la salud siempre se ocupará de cuestiones bien dinámicas y particulares, debiendo asignarse prioridad en casos concretos a valores tan importantes como la vida o la dignidad, decidirse sin demora en situaciones inesperadas y siempre considerar los riesgos que las respectivas decisiones supondrán para el propio paciente y para terceros.

3. Reflexiones finales

En definitiva, consideramos que el nuevo enfoque que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de capacidad de las personas humanas, implica una significativa y valiosa actualización de nuestro Derecho y sobre todo una sistematización de los principios básicos que informan una legislación que se encontraba dispersa (Ley de Protección Integral de Derechos de los niños, niñas y adolescentes, Ley de Matrimonio igualitario, Ley de identidad de género, Ley de los derechos del paciente, entre otras).

En punto a la capacidad de los niños en el ámbito de los derechos de la personalidad, se armoniza el derecho interno con los tratados internacionales, al admitir la noción de progresividad y abandonar los fraccionamientos temporales que conducían a compartimentos estancos, midiéndola, al menos para ciertos actos vinculados con el ejercicio de los derechos personalísimos y los vinculados con el propio cuerpo, en función de la edad, madurez y capacidad de discernimiento (pauta ya determinada por la ley 26061 y la Convención sobre los Derechos del niño).

Sin embargo, al utilizar como criterio la distinción entre “tratamientos invasivos y no invasivos” se genera un sistema confuso y asistemático.

En primer lugar, porque hay actos médicos que no enmarcan dentro de un “tratamiento”, pero que pueden generar graves consecuencias en la salud del adolescente, que no estarían comprendidos en la previsión legal.

Además, así como existen *tratamientos no invasivos que no comprometen la salud*, también existen *tratamientos no invasivos que comprometen la salud* (vbg. rechazar anteojos o tratamientos para la obesidad o por trastornos alimenticios en adolescentes diabéticos). Asimismo, existen *tratamientos invasivos que comprometen la salud*, pero también algunos *tratamientos invasivos que no comprometen la salud* (vbg. extirpar un forúnculo).

Por lo tanto, somos de la idea que la regla contenida en el art. 26 C.C.C.N. no brinda respuesta legislativa expresa para todos los supuestos.

Desde otra perspectiva, entendemos que el adolescente entre trece y dieciséis años, debería intervenir en la toma de decisión de actos médicos no invasivos, pero en los términos que lo habilita la ley 26061 y no “por sí solo”, como establece la norma.

A nuestro entender, en esos casos tampoco debería judicializarse la eventual controversia entre el adolescente y sus progenitores, por tratarse de cuestiones intra familiares en las que en principio no debería tener injerencia el Estado.

Finalmente, nos parece sustancial observar la regulación que venimos analizando, asentados en la directriz del art. 2 del C. C. N. que guía la tarea de interpretación legal bajo la perspectiva de derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.