

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

EL DERECHO DE LOS ADOLESCENTES A RECHAZAR A TRATAMIENTOS MÉDICOS

Autores: María Laura Frisicale y Sofía V. Girotti Blanco*

Resumen:

El artículo 26 del Código Civil y Comercial reglamenta el derecho del adolescente al cuidado de su propio cuerpo y su capacidad decisoria. En la categoría de 13 a 16 años no se legisla de manera expresa el derecho de rechazo a tratamientos médicos. Proponemos de lege ferenda la regulación expresa de esta facultad, ya que usualmente se judicializan los casos de rechazos de tratamientos médicos por adolescentes. De lege lata proponemos una interpretación de la norma que efectivice el interés superior del niño al permitirle al adolescente el ejercicio autónomo de sus derechos personalísimos en aquellos casos que cuente con la efectiva competencia (de acuerdo a los parámetros que se proponen).

1. Capacidad de los niños para consentir y rechazar tratamientos médicos en el ordenamiento jurídico argentino.

Desde el caso Gillick a la fecha mucho se ha discutido sobre el consentimiento informado en los niños y adolescentes.¹ Antes de la sanción de la ley 26.529, algunos autores entendían que los mayores de 14 años tenían capacidad para decidir sobre su propio cuerpo, fundamentaban su posición en que el consentimiento informado es un acto voluntario lícito y como tal, solo requiere del discernimiento del sujeto.² Para otros autores, en cambio, las personas sólo podían decidir autónomamente sobre su propio cuerpo una vez que hubiesen alcanzado la plena capacidad.³

El debate se reinstaló con la sanción de la ley 26.529, que en su artículo 2 inciso e, reconoció el derecho de los niños a intervenir en la toma de decisiones en cuestiones que involucren su salud. La doctrina criticó fuertemente esta ley por no brindar pautas claras que precisen sobre el consentimiento informado de los niños y adolescentes, era la oportunidad legislativa para resolver la cuestión.⁴

*Ponencia avalada por Mario A. Zelaya, profesor adjunto con dedicación semiexclusiva en la asignatura “Derecho Privado Parte General” que se dicta en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

¹ House of Lord England, “Gillick (A.)v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security”, 17-10-1985. Aída Kemelmajer de Carlucci sintetizó el caso, véase: Kemelmajer de Carlucci, Aída; “El derecho del menor a su propio cuerpo” en Borda, Guillermo A. (director), *La persona humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 257.

² El Código Civil de Vélez Sarsfield, artículo 921.

³ Gorvein, Nilda Susana y Polakiewicz, Marta; “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo” en *El Derecho*, T.165, p. 1289. Sambrizzi, Eduardo A.; “Sobre la capacidad de los menores de edad para consentir la realización de tratamientos médicos” en *La Ley* 2007-D, 1281.

⁴ Cantafío, Fabio Fidel; “Protección de la salud pública en las investigaciones clínicas”, *La Ley* 2012-B, 1075. Del Mazo, Carlos Gabriel; “Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y

Pese a este debate, los casos que accedieron a la Justicia no versan sobre cuándo un adolescente puede consentir un tratamiento médico. En los repertorios jurisprudenciales, únicamente existen antecedentes de casos en que los niños o adolescentes rechazan un tratamiento médico. Los médicos responsables de la atención de un paciente menor de edad que se resiste a un tratamiento, generalmente, requieren la autorización judicial.

El antecedente más remoto, sobre rechazo a tratamientos, data del año 1986 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, se trataba de una niña recién nacida, cuyos padres rechazaban la transfusión sanguínea por motivos religiosos. Los jueces resolvieron que los padres no podían negarse a que su hija reciba el tratamiento médico, porque la patria potestad les era otorgada para la protección de los derechos de su hijo. El caso no fue aislado en nuestro país, años más tarde se judicializaron supuestos similares de rechazo de tratamiento médico. En el año 2002, una mujer embarazada, próxima a dar a luz, se opuso a recibir una transfusión sanguínea, que finalmente la Justicia de la Capital Federal autorizó para proteger la salud de la persona por nacer. En el año 2005, una adolescente que profesaba el culto de Testigo de Jehová, ante la inminencia de una intervención quirúrgica se resistió a recibir transfusiones sanguíneas. Años más tarde, la Justicia de Mar del Plata, debió también resolver el renombrado caso de los padres artesanos que resistían la vacunación de su hijo porque adherían a los paradigmas de los ayurvédicos. En La Pampa, a mediados del 2012, se trató el caso de un niño recién nacido que necesitaba una transfusión sanguínea y sus padres se negaban a consentir. Finalmente, el año pasado en la ciudad de Rosario se resolvió el caso de una niña de diez años que rechazaba la transfusión sanguínea por motivos religiosos.⁵

En todos los casos, previos a la sanción de la ley 26.994, la Justicia autorizó a los médicos a realizar el tratamiento, a pesar de la oposición del paciente o de sus padres. La justificación de la decisión fue similar en la mayoría de los casos. Se fundamentó en el ejercicio funcional de la responsabilidad parental, que debe ser en beneficio del menor; en el interés superior del niño, identificado con el derecho a la salud y en el límite a la libertad de conciencia cuando se afectan los derechos de terceros.

Algunos casos fueron muy claros. Se trataba de niños de muy corta edad, absolutamente imposibilitados de expresar su voluntad. La oposición al tratamiento por parte de los padres se contradecía con su deber de proteger a los hijos, no es posible invocar la libertad de pensamiento o de religión si se lesionan los derechos de un tercero. Sin embargo, en niños de mayor edad la resolución del caso se torna más dificultosa, pues la

adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529” en *Revista Derecho de Familia y Personas*, La Ley, Buenos Aires, julio de 2010. Pagano, Luz M.; “El derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Testigos de Jehová y vacunación forzosa”, en *APBA* 2012-5-555. Santi, Mariana; “La persona menor de edad en el Proyecto de Código” *Revista Derecho de Familia y Personas*, La Ley, Buenos Aires, junio 2013, p. 173 y ss. Tobías, José W.; “El asentimiento del paciente y la ley 26.529” *Revista de Derecho de Familia y Personas*, La Ley, Buenos Aires, n°5, p. 171 y ss. Webb, María Soledad; “¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?”, *La Ley* 2011-B, 419. Zelaya, Mario A.; Costabel, Lucas y Mondingo López Fiorella; “La capacidad progresiva del niño en materia de salud”, ponencia de las *Jornadas Preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.

⁵ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín, sala II, “*A.Q., J. R.*”, 11-11-86. Juzgado Criminal y Correccional Transición Mar del Plata n° 1, “*Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende*”, 09/05/2005. Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario; Sala II, “*GCBA c/ C. L. K.*”, 13-11-2002, causa N° 6091.CSJM, “*N.N. oU. ,V. Protección y guarda de personas*”. 6-10-10. Juzgado de la Familia y el Menor La Pampa, “*Asesoría de Menores S/ Solicita protección de persona (A.F.)*”, 17-10-12, expediente n°1131/12. Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, “*G., L. A. s/ autorización supletoria*”, 21/06/2014.

justificación de la decisión judicial debe referirse necesariamente a la “capacidad” del niño para rechazar un tratamiento médico.

En este contexto se sanciona Código Civil y Comercial, t.o. ley 26.994, que consagra el principio de capacidad progresiva, incorpora la categoría del “*adolescente*” a la legislación civil y establece expresamente reglas referidas al régimen de capacidad de los menores en cuestiones de salud.⁶

En base a estos nuevos parámetros, sin embargo, no es posible resolver los casos de rechazos de tratamientos médicos por menores, que como expresáramos son los casos que usualmente se judicializan. El Código Civil y Comercial, t.o. ley 26.994, no responde que sucede cuando el adolescente decide rechazar un tratamiento; si los padres o el médico podrían solicitar autorización judicial, si tuvieran una opinión encontrada; ni cómo debe interpretarse el interés superior del niño en estos casos.

2. Interpretación literal, según sus palabras

El artículo 26 del Código Civil y Comercial, t.o. ley 26.994, establece respecto a los adolescentes mayores de dieciséis años que: “*A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.*” Esto significa que esta clase de adolescentes puede ejercer autónomamente el derecho a rechazar a tratamientos médicos. El Código establece así una nueva regla de capacidad que empodera a los adolescentes para decidir autónomamente sobre su propio cuerpo.⁷ En uno de los fallos citados, resuelto conforme al Código Civil de Vélez Sarsfield se le había denegado el derecho a la adolescente, de 18 años, a rechazar el tratamiento con fundamento en la presión psicológica que ejercían sus familiares. Este tipo de argumentos no tienen cabida con el Código Civil y Comercial actual, para limitar la capacidad de los adolescentes mayores de 16 años debe existir una previa restricción a la capacidad en los términos de los artículos 32 y siguientes del Código Civil y Comercial.

Los menores de dieciséis años, en cambio, tienen menos facultades para decidir sobre su propio cuerpo. El artículo 26 del Código Civil y Comercial dice: “*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*

⁶ No es objeto del presente trabajo precisar el alcance de las expresiones tratamientos invasivos y no invasivos. Véase: Zelaya Mario A., Costabel Lucas, Mondino Fiorella, “La capacidad progresiva del niño en materia de salud”, *Microjuris*, 16-3-15. Cantafio, art. cit., Santi, art. cit.

Tampoco podemos dejar de mencionar, las disquisiciones surgidas en torno a leyes particulares en materia sanitaria que disponen diferentes edades de referencia y régimen, a modo de ejemplo: la Ley de Sangre (22990) en su art. 44 inc. b, dispone que la persona menor de 18 años puede ser donante si cuenta con la autorización de sus padres o representantes legales.

⁷ La regulación del Código Civil fue más lejos y maximizó los derechos de este grupo etario. En el caso específico de la ley de autonomía del paciente 41/2002 española su art. 9 3. C dispone: “*Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.*” No se advierte con qué sentido se debe informar a los padres y en su caso en que medida se tomara en cuenta su opinión, si será a fin de cuentas, el menor quien tomará la decisión. Pareciera que el legislador pretendió poner más requisitos, mayores vallas, en el ejercicio de los derechos por el menor de edad en el caso de tratamientos que implicaran graves riesgos.

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;”

Las nuevas reglas de capacidad del Código se sintetizan en las expresiones: “*decide por sí*”/ “*presta su consentimiento*”. Según la Real Academia Española, *decidir* significa “tomar determinación de algo”, *consentir* equivale a “permitir algo o condescender en que se haga”. Pareciera que entre los dos vocablos hay una relación de género a especie. La decisión es un término amplio, se refiere a la manifestación de la voluntad. Decidir es elegir una posibilidad entre varias, en el caso de los actos médicos implica la facultad tanto de aceptar como la de rechazar un tratamiento. En cambio, el “consentimiento” es una decisión en sentido positivo, el consentimiento se refiere a la aceptación del acto médico.⁸

De acuerdo a una interpretación según las propias palabras del artículo 26,⁹ el adolescente entre trece (13) y dieciséis (16) años podría “decidir” por sí sobre aquellos tratamientos que no son invasivos ni comprometen su estado de su salud. En estos casos, el adolescente tiene reconocido legislativamente el derecho a rechazar el tratamiento médico, pues su decisión puede ser en un sentido positivo o negativo.¹⁰ Sin embargo, si el tratamiento médico es invasivo y compromete el estado de salud del adolescente, las nuevas reglas de capacidad establecen que para “consentir” el tratamiento necesita el asentimiento de los padres. En consecuencia, como el vocablo “consentir” refiere a la aceptación de algo —en este caso el tratamiento médico— las nuevas reglas de capacidad no contemplan la posibilidad del rechazo de tratamientos médicos invasivos o que pongan en riesgo la vida o salud del adolescente, que paradójicamente son los casos que sí se judicializan.

Encontramos en el Derecho Comparado que esta cuestión ha sido contemplada expresamente. Así, por ejemplo en el Código Civil de los Países Bajos si el paciente menor de edad se opone a un acto médico que es trascendental para su salud, solamente se realizará el acto médico si es claramente necesario para prevenir un serio daño a su salud.¹¹ En el Código Civil de Quebec también se prevé el rechazo, se requiere una autorización judicial para los casos en que el adolescente se niegue, excepto en los casos de emergencia, si la vida está en peligro la integridad física del paciente está amenazadas, en estos casos es suficiente con el consentimiento de los padres¹².

3. Interpretación según la finalidad. El Ejercicio de derechos personalísimos.

Ante la falta de regulación del rechazo de tratamiento en el artículo 26, corresponde interpretar su sentido conforme a la finalidad de la ley. Las nuevas reglas atinentes a la capacidad del adolescente para decidir sobre su propio cuerpo tienen por finalidad reglamentar el ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores de edad.

⁸Hubiese sido más apropiado que al referirse a la manifestación de voluntad sobre la aceptación o rechazo de un tratamiento médico, se utilizase la expresión “decisión informada”, y dejar de lado la vieja caracterización como “consentimiento informado” que se confunde con la necesaria aceptación del tratamiento propuesto.

⁹ Artículo 2, Código Civil y Comercial.

¹⁰ A modo de ejemplo podría pensarse en el caso de las vacunas que se administran vía oral como OPV, cólera o fiebre tifoidea, son vacunas que no forman parte del plan nacional de vacunación y por tanto no son obligatorias.

¹¹Dutch Civil Code: Article 7:465 6.

¹² Civil Code Quebec: Article 16.

En las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo se ejercen distintos derechos que son considerados derechos personalísimos como lo es el derecho al respeto por la integridad física y psíquica, el derecho a la dignidad, a la libertad, a la intimidad y a la vida, entre otros. Entre ellos existe una mutua interdependencia, uno no podrá ser ejercido sin el respeto del otro.

Por un lado, el derecho a la integridad física implica la preservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente. El respeto a la integridad física busca proteger la dignidad inherente a todo ser humano. El reconocimiento del derecho a rechazar un tratamiento médico es una forma de respetar la integridad física del sujeto.¹³ Por otro lado, y aunque parezca paradójico, el derecho al rechazo del tratamiento médico se identifica con el derecho a la salud. La definición de la idea de “salud” es un concepto más que controvertido tanto en la ciencia médica como en la literatura jurídica.¹⁴ Pero, en función al derecho a la autodeterminación, la toma de decisiones sobre el cuidado del cuerpo está determinada por lo que cada persona considera el “mayor estado de bienestar físico y psíquico”.

Por definición estos derechos personalísimos, deben ser ejercidos por su titular siendo insusceptibles de ser ejercidos por representantes. Se explica que: *“Salvo que se causen daños irreparables a terceros es preciso admitir el derecho de un individuo sobre su propio cuerpo. La solución contraria implica una actitud paternalista que consiste en imponer conductas en aquellos ámbitos en que deben prevalecer las elecciones personales. Como bien afirma John Stuart Mill: ‘Nadie puede ser obligado a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz o porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo’”*¹⁵

En el caso de los niños y adolescente se presenta un dilema ante el sistema de representación dispuesto en el Código para que los menores ejerzan sus derechos. La mayoría de los fallos que resolvieron el rechazo de los tratamientos médicos por parte de los niños y adolescentes, fundamentaron sus decisiones en el carácter funcional de la patria potestad. Si bien, esto continúa así, en el Código Civil y Comercial, t.o. ley 26.994, se modificó la antigua denominación “*patria potestad*” por la de “*responsabilidad parental*”, en el intento de: *“Bregar por relaciones más democráticas dentro de las familias es una de las grandes conquistas y desafíos del derecho de familia contemporáneo. La autonomía y ‘mismidad’ de las personas menores de edad como así de la mujer, obligan a hablar de la ‘responsabilidad’ que tiene cada uno de los miembros de la familia y no de la ‘potestad’ o poder que ejercen.”*¹⁶

¹³Sobre el “derecho a rechazar tratamientos médicos” en adultos véase: Lorenzetti, Ricardo L.; “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos” *La Ley* 1997-F, 601. Sobre el derecho a rechazar el tratamiento por adolescentes véase: Tribunal Constitucional Español, sentencia 154/2002, 18-7-2002.

Sobre la integridad física, véase: Anello, Carolina; “El derecho a la integridad física, psíquica y moral”, en Alonso Regueira, Enrique; *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 65 y ss.

¹⁴Para el sociólogo Emile Durkheim, la salud es una construcción social. Así, por ejemplo, siglos atrás (XVII y XVIII) la condición de ser sano o enfermo dependía de designios divinos. Alcántara Moreno, Gustavo Enrique; “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad” en *Sapiens Revista Universitaria de Investigación*, Vol. 9, Núm. 1, junio de 2008, Venezuela, pp. 93-107.

¹⁵ Colautti, Carlos E., *Derechos Humanos Constitucionales*, Rubinzal Culzoni, 1999, ISBN 950-727-187-2 / Cifuentes, Santos; *Derechos Personalísimos*, 2º edición, Buenos Aires, Astrea, 1995.

¹⁶ Herrera, Marisa; “El uso del lenguaje en el Proyecto de Reforma del Código Civil ¿cambios superficiales o sustanciales?”, *Rubinzal Culzoni online*, RC D 303/2014. Asimismo, véase: Herrera

“Responsabilidad”, implicará cuidado, protección, respeto, acompañamiento y no toma de decisiones en razón de la “autoridad” que ostenta el adulto por sobre el menor. Entonces el cambio de denominación es un signo más, de la finalidad perseguida por el legislador en cuanto a empoderar a cada persona humana como centro del sistema y fomentar el ejercicio por sí de sus derechos.¹⁷

En suma, a medida que el adolescente adquiere mayores competencias menores debe ser el protagonismo de los padres en las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo.¹⁸ En consecuencia, el ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los adolescentes requiere que el sistema de representación en materia de derechos personalísimos sea de carácter excepcional.

4. Interpretación sistemática

El rechazo a un tratamiento médico, no es otra cosa que la emisión de un consentimiento informado en sentido negativo. Por tanto, es necesario interpretar la norma del artículo 26 en paralelo con el artículo 59 del Código Civil y Comercial que dispone las reglas para la emisión del consentimiento informado.

La norma define al consentimiento informado como “una declaración de voluntad expresada por el paciente”, es decir, como una manifestación de voluntad sobre el ejercicio de un derecho personalísimo, para la que no se requiere *capacidad jurídica* sino *aptitud-competencia*. El consentimiento no será válido si el enfermo no era competente al momento de su otorgamiento y si no comprendió la información recibida. En este sentido Wierzba explica: “...la facultad de las personas para decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que este podrá tener sobre su vida y su salud.”¹⁹

Marisa; “La democratización de las relaciones de familia, desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes”, *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, n°4, año 2011, pp. 18-56.

¹⁷ “...esto no significa considerar que los niños en toda su etapa de desarrollo podrán ejercer todos sus derechos por sí mismos, ya que sostener esto implicaría desprotegerlos aún más. Por el contrario, significa ser respetuoso de los derechos humanos del niño y afirmar que es necesario que el derecho reconozca que los niños van adquiriendo la capacidad de ejercer sus derechos de acuerdo a la etapa evolutiva en la que se encuentran.” Viola Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, *Cuestio de Derechos*, revista electrónica, N° 3 - segundo semestre 2012 - ISSN 1853-6565, pp.82-99.

¹⁸ Santos Morón, María José; “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, n°15, 2011, p. 84. Véase en contra: Abellan Salort, J.C; *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, Madrid, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2007.

Fíjese como la ley 41/2002 española en su art. 9p. 3 inc. c, no supera los atisbos de la función netamente paternalista/dominante del instituto de la patria potestad, al disponer que en caso de actuación de grave riesgo para el menor, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Normativa que ha sido criticada por considerarla violatoria del deber de confidencialidad. Claramente la ley Argentina, se diferencia y la supera al encaminarse en un respeto por esta función de responsabilidad y no de mando de los progenitores. Véase: Santos Morón, art. cit., p. 84

¹⁹ Wierzba Sandra M.; “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación” en *Revista de Derecho Privado*, Año I, n°2 Infojus.

En consecuencia, aquella persona que haya comprendido los riesgos, beneficios y los objetivos del tratamiento o práctica propuesta tendrá la “capacidad” de aceptar o rechazar dicho tratamiento médico, siempre que no existieren influencias externas y/o internas que vicien tal voluntad.²⁰ Esta regla debería ser también aplicada a los adolescentes, ya que si cuentan con la competencia suficiente para el entendimiento de la información, sumado a ciertas consideraciones específicas (que desarrollaremos en el punto siguiente) no habrá obstáculo alguno para la aceptación o rechazo del procedimiento por el propio paciente. Y ello, en función de que no se requiere en el ámbito del ejercicio de los derechos personalísimos plena capacidad legal sino competencia (vinculada a la noción de discernimiento en el caso concreto).

Asimismo, a partir de una lectura integral del artículo 59 surge que el mal llamado “*consentimiento por representación*”, contemplado en su último párrafo, será ejercido únicamente en casos de ultima ratio, privilegiándose siempre la participación del propio paciente. Expresamente dice: “*Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.*” Sólo en situaciones de extrema gravedad en el estado de salud y en que no queden dudas de la imposibilidad de expresar la voluntad, el paciente será sustituido en su decisión. La finalidad del Código Civil y Comercial es restringir lo máximo posible este tipo de decisiones por sustitución, de modo de permitir a la persona el ejercicio autónomo de sus derechos.²¹

Si se aplica analógicamente esta norma en el caso de los adolescentes significaría, en principio, que debería limitarse al máximo posible la intervención de los padres en la decisión. Empero son necesarias algunas precisiones previas. La “*absoluta imposibilidad de expresar la voluntad*”, puede entenderse como la imposibilidad de comunicación del adulto, como por ejemplo por una falta de consciencia temporaria y/o permanente, este requisito no puede emparentarse sin más con el proceso madurativo que implica la adolescencia. Este es un punto central en las nuevas reglas de capacidad: qué es lo que se presume: ¿la madurez del adolescente o su inmadurez? En base a esta cuestión se define cuál es la carga de argumentación y cómo debe resolver el juzgador en caso de duda: si no tiene certeza sobre la competencia del adolescente ¿debe autorizar el tratamiento a pesar de su rechazo, o debe presumir su madurez?

Esta cuestión no es menor. Entre los fallos reseñados, en el caso “*G., L. A. s/ autorización supletoria*”, se asume que la niña de diez años no tiene madurez para decidir el tratamiento médico, y en el caso “*Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende*” se otorgó la autorización con fundamento en la disminución de discernimiento de una adolescente de dieciocho años por la presión de sus familiares.

A través de las propias palabras del artículo 26 se presume el grado de madurez suficiente, luego de los trece años para tratamientos médicos no invasivos y sin riesgo a la salud, si se interpreta a contrario sensu, no existe tal presunción para aquellos tratamientos que no cumplen estos requisitos, y por tanto, la carga de argumentación

²⁰ En la doctrina comparada y en los fundamentos del anteproyecto se utiliza el término “competencia” para aludir a estas cuestiones.

²¹ Frisicale, M. Laura y Girotti Blanco, Sofía; “Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial”, *Microjuris*, MJ-DOC-7008-AR | MJD7008, MJ-DOC-7009-AR | MJD7009.

estará en cabeza del paciente (del adolescente). Entonces, en caso de duda, el intérprete debería autorizar la práctica médica pese a la negativa del paciente.

La proposición anterior, también tiene algunos reparos si recurrimos a una interpretación sistémica. Para la solución del caso debe ponderarse también el artículo 31 inciso a) del Código Civil y Comercial, que establece: “*la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;*” en este caso, la carga de argumentación se invierte, y en caso de duda el juzgador debería presumir la madurez del adolescente y aceptar el rechazo.

5. El principio de autonomía progresiva y el interés superior del niño.

La Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 5 y 12 reconoce el principio de autonomía progresiva. En cumplimiento del test de convencionalidad y a causa del proceso de constitucionalización del derecho privado, es que el nuevo Código Civil y Comercial ha incluido este principio a lo largo de diversos y variados institutos, como por ejemplo, el artículo 595 inciso f relativo a la adopción, y el artículo 404 relativo a la edad nupcial.²²

De forma clara y sencilla la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci explica su noción: “*La competencia o autonomía progresiva es una noción perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso, no se adquiere o pierde en un día, o en una semana, sino que se va formando y requiere una evolución; no es algo rígido ni de "todo o nada"; se trata de un elemento de desarrollo evolutivo, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias. Bajo esta denominación, se analiza en concreto si un sujeto individualizado 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.*”²³

Los dos puntos en que el Código se apoya son la *edad* y *el grado de madurez*. Iguales edades no significara iguales competencias. Un adolescente puede comprender acabadamente su estado de salud y otro de igual edad, que se encuentre con una patología mental temporánea a consecuencia de su enfermedad o ya sea con un proceso madurativo diferente, puede que no entienda de igual manera su situación. Y, a su vez, la misma persona podrá tener competencia para decidir sobre ciertas cuestiones, pero para otras que requieran un mayor grado de madurez y comprensión no podrá ejercer por sí sus derechos.

Por tanto, la edad como el grado de madurez son parámetros de importancia para la determinación del ejercicio de derechos por el propio adolescente²⁴, teniendo en

²² Este derecho a ser oído, que es consecuencia del principio en análisis, ha sido reconocido en diversa normativa a nivel internacional. En lo que aquí nos interesa, el convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina que rige en la Comunidad Europea, al regular el consentimiento informado dispone: Art. 6 p. 2: “*La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez*”.

²³ Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, *Revista de derecho privado y comunitario*, Tomo: 2010 - 3. Derechos del paciente, RC D 264/2013.

²⁴ Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (supra 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la

determinadas situaciones mayor primacía uno sobre otro parámetro (por ejemplo en cuestiones de índole patrimonial, el ordenamiento opta por regirse por parámetros etarios fijos que den seguridad jurídica).

En suma, por aplicación de este principio de jerarquía constitucional, el intérprete debería permitir al adolescente, entre 13 y 16 años rechazar el tratamiento médico si en el caso concreto cuenta con la edad y madurez suficiente para tomar esa decisión.

La tarea del intérprete es harto difícil, pues los derechos en conflicto son de alta jerarquía: el derecho a la vida vs. el derecho a la integridad física, el derecho a la autodeterminación vs. el derecho a la vida, el derecho a la libertad de religión y el derecho a la libertad de pensamiento. La complejidad de los bienes y libertades en juego exigen al intérprete extremar su tarea argumentativa.

La jurisprudencia, anterior al Código Civil y Comercial, identificó el interés superior del niño con el derecho a la salud. Si bien la definición del interés superior del niño debe hacerse en cada caso concreto, en los supuestos en que los adolescentes que se niegan a recibir un tratamiento médico debe ponderarse la interacción del derecho a la salud, a la integridad física y a la autodeterminación.

Estos derechos que se involucran en la decisión del caso complejizan la decisión. El Tribunal Constitucional Español resolvió un caso de un adolescente de trece años que, según los médicos tratantes padecía de un alto riesgo hemorrágico. Al prescribir la transfusión sanguínea el menor se niega y aduce que profesa el culto de los Testigos de Jehová. Los médicos, que fueron autorizados por el juez a realizar la transfusión, se dispusieron a realizar dicho tratamiento médico, pero el adolescente *“la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral.”*²⁵ En el caso se discutía si el adolescente tenía un derecho a la autodeterminación, al respecto se dijo que el adolescente era titular del derecho a la libertad religiosa y que la reacción del menor a los intentos de actuación médica pone de manifiesto que había en él unas convicciones y una consciencia en la decisión asumida que no podía ser desconocida por la autoridad judicial.

El ejercicio de este tipo de derechos por los adolescentes plantea la problemática de determinar hasta qué punto el juicio del adolescente es autónomo y hasta qué punto lo influencia el contexto familiar. Dificultad que se agrava en cuestiones de salud, porque generalmente ante el riesgo y la gravedad de la situación no existe el tiempo necesario para producir la prueba que demuestre la autonomía o la influencia del contexto familiar. Es por ello que la existencia de una regla legal en un sentido concreto, allanaría con creces las dificultades del caso.²⁶

experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. (Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 17/2002, 28/8/2002, punto. 101, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

²⁵Tribunal Constitucional Español, sentencia 154/2002, 18-7-2002

²⁶ Una herramienta útil que nos proporciona el ordenamiento para que el adolescente haga efectiva su autonomía progresiva y en el caso rechace un tratamiento médico, es la figura del *abogado del niño* (cuestión que no desarrollaremos en función de no ser objeto principal del presente trabajo) Véase: Quaini, Fabiana M.; “La representación del niño en el proceso directamente por un abogado en Argentina y el Derecho Comparado”, MJ-DOC-3481-AR | MJD3481; Brunetti, Andrea M.; “La tutela judicial efectiva

Ante la falta de una norma concreta que resuelva la cuestión sobre la negativa a los tratamientos, la carga argumentativa del intérprete es mayor. En el Derecho Comparado, la jurisprudencia ha elaborado pautas concretas para determinar el interés superior del niño. En un caso resuelto por la Suprema Corte de Canadá se fijaron los siguientes parámetros:²⁷

- La naturaleza, propósito y utilidad del tratamiento médico recomendado, además de sus riesgos y beneficios;²⁸
- La capacidad intelectual del adolescente;
- El grado de sofisticación para entender la información relevante para decidir y para apreciar las consecuencias;
- La estabilidad de la opinión del adolescente;
- La verdadera reflexión de sus valores y creencias;
- El potencial impacto de su estilo de vida sus relaciones familiares y sociales sobre su habilidad de ejercer con independencia un juicio propio;
- La existencia de alguna vulnerabilidad emocional o psiquiátrica;
- El impacto de la enfermedad del adolescente en su capacidad de decisión.

Entendemos que la suma de estos parámetros, deben ser ponderados por el operador en el caso concreto, y permiten conocer –junto al parámetro etario- el grado de madurez del adolescente, y concluir en la existencia o no de competencia del paciente para rechazar el tratamiento.

Por tanto, concluimos que si el adolescente tiene suficiente grado de madurez constatado según los parámetros indicados, debe respetarse su decisión aunque esta ponga en riesgo su vida. Después de todo, *¿quién puede conocer, saber el dolor que sufre una persona, el sentido que le da a la calidad de vida, más que el propio enfermo?*

El adolescente, como pacientes, se encuentra en una situación de doble vulnerabilidad, que puede llegar a condicionar su decisión. María José Santos Morón se ha expresado en este sentido: *“Pero ha de tenerse en cuenta que la adopción de una decisión imprudente o irracional (desde el punto de vista médico o de terceros) no puede identificarse con la falta de capacidad. En tal caso nunca podría admitirse el rechazo al tratamiento médico. Y éste constituye un derecho del paciente, expresamente sancionado en la generalidad de los ordenamiento salvo cuando existe peligro para terceros) y por lo que respecta al español, en el artículo 2.4 LDP. No puede olvidarse que sólo el propio enfermo puede valorar los sufrimientos y riesgos que está dispuesto a afrontar para conservar su vida o su salud. Por eso, una decisión imprudente, por sí*

de las niñas, niños y adolescentes. El abogado del niño”, MJ-DOC-6333-AR | MJD6333, Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, artículos 1 al 400, Infojus, 2015, Buenos Aires, p. 69; Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 17/2002, 28/8/2002, punto 60.

Se incorpora a la norma de fondo el reconocimiento ya existente de esta figura en la ley 26.061 artículos 24, 27 inciso c y en la Convención de Derechos del Niño. En la Provincia de Buenos Aires se creó el Registro Provincial del abogado del niño (ley 14568).

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 17/2002, 28/8/2002, punto 60, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

²⁷Canada Supreme Court Judgments; “A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)”, 26-9-06, Case 31955.

²⁸El balance riesgo-beneficio del tratamiento, es fundamental, ya que mientras más complejo sea el tratamiento y mayores riesgos conlleve, mayor es el grado de entendimiento y madurez necesario para otorgar un consentimiento válido.

misma, no es demostrativa de la falta de capacidad del sujeto.”²⁹

Sin embargo, si se tuviera que recurrir a un proceso judicial, la competencia del adolescente debe valorarse en su contexto, y será de vital importancia citar a la audiencia a los padres, las autoridades escolares, los responsables de actividades deportivas/artísticas y los médicos a cargo.

6. Conclusiones

De lege ferenda: Hubiese sido deseable que el nuevo Código Civil y Comercial reglamentara, conforme a los principios en juego, el derecho al rechazo del tratamiento médico por parte de los adolescentes de entre 13 y 16 años, para prevenir la judicialización de los casos de rechazos de tratamientos. La necesidad de regulación surge de los casos recolectados en los repertorios jurisprudenciales y de la importancia del tema en el derecho comparado.

De lege lata: Ante la falta de una norma expresa, y ante la imposibilidad de recurrir a las palabras de la ley para resolver el caso como intérprete de la norma recurrimos a la “*finalidad de la ley, los principios, y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*”.

Consideramos que la omisión de regulación expresa en el CCC, sobre la posibilidad de rechazo de tratamientos médicos por los adolescentes de entre 13 y 16 años, no impide su reconocimiento y aceptación,³⁰ pero para tal conclusión se deben tener en consideración ciertos parámetros y argumentos:

- El respeto por el *ejercicio de los derechos personalísimos* por el propio adolescente, al decidir sobre el cuidado del propio cuerpo. Cuestión que debe ser la regla y la excepción el ejercicio por los representantes legales.
- La intervención de los progenitores en el proceso de decisiones sanitarias de sus hijos adolescentes, debe tener por objeto un acompañamiento del hijo en función de su obligación de *responsabilidad* para con este.
- El reconocimiento de uno de los principios rectores del nuevo Código Civil y Comercial: *la capacidad general de ejercicio de la persona se presume*, siendo la representación la excepción.
- El entendimiento de que se requiere *competencia* suficiente y no es necesario contar con la plena capacidad legal para la emisión de un consentimiento informado válido, aun en sentido negativo.
- La aplicación del *principio de autonomía progresiva* (para lo que se observará la edad y el grado de madurez).
- Pero para que este principio se materialice y respete se deben constatar determinados parámetros por parte del equipo médico, que llevarán a la conclusión de la existencia o inexistencia de competencia decisoria en materia sanitaria y a la innecesaria judicialización del caso. Estos parámetros facilitarían la labor del facultativo, sobre la constatación de competencia de su paciente e incluso ayudarían a los familiares a comprender la autonomía de su hijo.

²⁹ Santos Morón, *op. cit.*

³⁰ Sumamos a ello, que la ley 26529 expresamente recepta el derecho del paciente al rechazo del tratamiento médico, art. 2 inciso e.

- El respeto a la autonomía de los adolescentes en este campo, se condice con el respeto por el derecho humano a la salud³¹. Y ello en función de que el máximo estado de bienestar físico, psíquico y social es una categoría subjetiva, que cada persona define, y por lo tanto, para ejercer este derecho se necesita respetar el derecho a la autonomía de la voluntad, y en el caso particular a su carácter progresivo. Ambos derechos se interrelacionan y dependen uno del otro.
- La conjunción de todos los argumentos expresados llevará al respeto del real interés superior del adolescente en el caso concreto.

La solución interpretativa que proponemos pretende disminuir la judicialización de los casos de rechazo de tratamientos por parte de los adolescentes.

³¹ Derecho Humano reconocido en específico para este grupo etario: Ley 26.661 artículo14, Convención de los derechos de los Niños artículo24.