

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

LA CAPACIDAD DE LOS ADOLESCENTES PARA DISPONER SOBRE ACTOS EN SU PROPIO CUERPO

Autoras: Sandra Beatriz Castro y Ana María de los Ángeles Montalto*

Resumen:

El art. 26 del CCCN incorpora el principio de autonomía progresiva, reconociendo a niños y adolescentes mayores aptitudes acordes a su evolución física y psíquica, expresando su derecho a ser oídos en los juicios que les conciernen, a participar en las decisiones sobre su persona y a intervenir en el proceso con asistencia letrada.

Se regula el ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo. La franja etaria más vulnerable es la de los adolescentes mayores de 16 años de edad que son equiparados a los adultos.

Los tratamientos invasivos generarán grandes discusiones, llevando a su judicialización. También puede crear tensiones en las relaciones entre padres e hijos.

Debe compatibilizarse la norma con la legislación especial en materia de salud.

1. Un nuevo modelo de minoridad

Después de fijar, en el artículo anterior, el límite de la minoridad en los 18 años y de diferenciar dentro de ella a los adolescentes como grupo especial de menores, el artículo 26, sienta como principio general que ellos ejercen sus derechos a través de sus representantes.

En concordancia, el art. 101 CCCN, dispone la representación de las personas menores de edad no emancipadas en cabeza de sus padres; en su ausencia, incapacidad, privación o suspensión de la responsabilidad parental, la representación corresponde al tutor que sea designado (art. 101, inc. b).

Hasta aquí, nada difiere el nuevo cuerpo normativo de lo dispuesto por el antecedente inmediato-Código Civil, reformado por ley 26.579- toda vez que mantiene la incapacidad como principio genérico.

El 2° párrafo produce un quiebre respecto de la tradición jurídica anterior al introducir un régimen más flexible, adecuado a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, dado que incorpora el principio de gradualidad en la adquisición de capacidad de ejercicio, postulándose que la persona menor de edad que “...*cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*”.

* Sandra Beatriz Castro, Adjunta Interina-Facultad de Derecho- UBA. Ana María de los Ángeles Montalto, Adjunta Interina-Facultad de Derecho- UBA.

De esta forma, se deduce de la norma analizada que los menores son considerados sujetos plenos de derecho, protagonistas de decisiones atinentes a su persona e intereses, superando el modelo tradicional de sujetos objeto de tutela sin posibilidad de autodeterminación.

Es así que, se los habilita a prescindir de la intervención de los representantes ante situaciones de conflicto de interés con éstos últimos, permitiendo su intervención con asistencia letrada para tales fines.

Fija asimismo, reglas de actuación procesal de este colectivo como el derecho de toda persona menor de edad a ser oída en los procesos judiciales que le conciernen y a participar en las decisiones sobre su persona, reiterando esta previsión en varias normas del CCCN¹.

El nuevo Código presenta un avance significativo y una mejor adecuación de nuestra legislación a la normativa internacional². No obstante, estas previsiones ya habían sido incorporadas al derecho interno a través de la Ley 26.061³.

En ese sentido, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo el postulado de la “autonomía progresiva”, que implica el reconocimiento de mayores aptitudes en la medida que el sujeto evoluciona física y psíquicamente, conforme su desarrollo biológico lo va progresivamente dotando de mayor comprensión de su entorno y circunstancias de vida; el sujeto se vuelve cada vez más competente⁴.

Esta visión del niño contempla un proceso madurativo que excede el mero transcurso del tiempo y la llegada a una determinada edad tasada de acuerdo con parámetros empíricos globales. Como punto de partida, se trata de reconocer que el niño, como sujeto de derecho participativo, tiene necesidades propias y específicas. Luego, darle la intervención que corresponda de acuerdo con su edad y desarrollo y respetar su ámbito de autonomía, que será mayor a medida que transcurran los años determinando la menor injerencia de los padres en las decisiones que involucran los intereses del menor. En este

1 Ver arts. 113 (previo discernimiento de la tutela), 117 (por el tutor en cuestiones relativas al ejercicio de derechos patrimoniales), 595 inc. f) (en procesos de adopción, exigiéndose, bajo sanción de nulidad, su consentimiento a partir de los 10 años), 598 (consagra el derecho a favor de los descendientes del adoptante en el proceso de adopción) y en los arts. 608, 613, 617 (donde se requiere su intervención en las distintas etapas del proceso de adopción), arts. 639 inc. c) y 646, inc. c) (como principio general en materia de responsabilidad civil, donde se introduce el derecho de los menores a ser oído como un deber de los progenitores), en los arts. 677 a 680 donde se establece el marco general de participación de los niños y adolescentes en procesos judiciales y finalmente en el art. 707 que establece “...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

2 Art. 12 CDN “ 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin; se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

3 Ley 26061, sancionada el 28/09/2005 y Promulgada de hecho el 21/10/2005, Art. 3.

4 LANDSDOWN, Gerison, en “La evolución de las facultades del niño”, trabajo publicado por el Centro de Investigaciones Innocenti-UNICEF, donde analiza la trascendencia que tiene en la Convención sobre los derechos del niño la idea eje de las facultades del niño en evolución. Ver especialmente, el punto 1.2.: “La evolución de las facultades, la participación y el principio de autonomía”, p. 19 y sgtes.

proceso, el niño deberá ser escuchado y tenida en cuenta su opinión cuando haya adquirido la edad y la madurez suficiente para ser su propio portavoz⁵.

2. Ejercicio de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo

El art. 26, a partir del cuarto párrafo, regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad.

En tal aspecto, vincula a la capacidad progresiva con lo que se ha denominado “competencia de los menores”, esto es, la aptitud de éstos para comprender la dimensión del problema que se les presenta y en el cual están involucrados.

La competencia es un concepto perteneciente al ámbito del ejercicio de los derechos personalísimos, que no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere de una evolución, no se adquiere o pierde en un día o en una semana⁶.

Es un concepto ligado al discernimiento, pero implica una valoración de la aptitud de comprender el alcance de la decisión en el caso particular de acuerdo al grado de madurez que ostenta el sujeto menor.

El reconocimiento del valor jurídico de la voluntad autónoma del menor, en los actos médicos, se construyó sobre la base de un precedente anglosajón⁷ cuya doctrina rápidamente se extendió al resto de Europa y Estados Unidos de América.

La autonomía en el contexto de los derechos personalísimos del niño, adquiere un significado especial como señalan Gorvein y Polakiewicz, ya que para comprender como funciona el principio, es necesario reconocer la existencia de una pirámide constituida por niveles: en su base se ubica el derecho al bienestar del niño o el principio de defensa al mejor interés del niño; el derecho a la información, el derecho de expresión y en la cúspide de la pirámide se ubica la autodeterminación⁸.

Dentro del universo de sujetos que a los efectos de la ley son reputados como adolescentes (conf. Art.25) la norma divide entre dos franjas etarias, previendo soluciones distintas para cada caso, en orden de resolver el conflicto sobre si el adolescente es o no competente para consentir un tratamiento sobre su propio cuerpo.

La primera franja se ubica entre los menores de edad que habiendo cumplido 13 años, aún no hubieran alcanzado la edad de 16 años. Respecto a éstos, a su vez, diferencia por un lado, a los tratamientos invasivos para el adolescente, o que comprometieran su salud o impliquen grave riesgo a su actividad o integridad y, por el otro, a aquellos que

5 SANTI, Mariana “La Persona menor de edad en el Proyecto de Código”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas n° 5-Junio2013.Editorial La Ley, p.176.

6 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en “La Persona Humana” Director Guillermo A. Borda. La Ley, p. 249 y sgtes.

⁷ Caso “Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security (1985), vinculado a la salud reproductiva, puede verse un extenso desarrollo de la doctrina que surge de este precedente en HIGHTON, Elena-Wierzba, Sandra: “La relación médico-paciente. El consentimiento informado” Editorial AdHoc-Buenos Aires 2003, p. 629 y sig.

8 Gorvein y Polakiewicz. “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”. ED, 165-1283.

carezcan de tal potencialidad, al respecto, en cuánto a estos últimos concierne, se consagra una presunción de aptitud del adolescente a efectos de decidir por sí sobre ellos, situación que no se replica en el supuesto restante, para cuya realización se demanda la debida asistencia de sus progenitores.

La decisión sobre conveniencia o no de llevar a cabo estos actos está en cabeza del menor quien contará a tales efectos con la colaboración de sus padres.

Ante diferencias entre ellos, el art. 26 no menciona quien resuelve el conflicto, solamente menciona que se hace teniendo en cuenta cuál es el mejor interés del adolescente, y siempre en base a la opinión de los profesionales de la salud. Queda entonces abierta la posibilidad de que sea un comité de bioética, una junta médica o el juez.

Finalmente, a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En este caso, se consagra la mayoría de edad anticipada para estos menesteres por lo que el adolescente a partir de los 16 años ejercerá el derecho consagrado en la ley prescindiendo de la intervención de sus representantes legales.

No se entiende porque la ley asimila a los mayores de 16 años a los adultos. Siguiendo la técnica legislativa empleada para los adolescentes situados entre los 13 y 16 años, hubiera sido más apropiado decir que “*gozan de capacidad de ejercicio para dichos actos*” si la pretensión del legislador era liberarlos de la incapacidad con que se los engloba en el art. 24.

Se ha entendido que la opción legislativa deja escaso lugar al tradicional principio de beneficencia de corte paternalista a determinar por el médico y los padres, aunque el giro “es considerado como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” quizás permita la intervención judicial que valore, en la situación concreta, si ese paralelismo puede ser dejado de lado (adviértase en este sentido, las poco felices consecuencias que podrían verificarse, por ejemplo, en casos de anorexia, bulimia o negativas a transfusiones de sangre por pertenencia del joven a una creencia que las tenga vedadas, etc.). Habrá que ver cómo resulta el comportamiento de la regla establecida frente a situaciones concretas que requieran una valoración específica, y si esta posibilidad produce un incremento de intervenciones judiciales para sortear su contundencia⁹.

Otro elemento a considerar en el análisis de esta norma es la posibilidad cierta de que cree tensiones en las relaciones entre padres e hijos. De conformidad con lo dispuesto por el art. 638 del CCCN, los padres ejercen la responsabilidad parental entendiéndose por tal el conjunto de deberes y derechos que les corresponden sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo, formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

En lo que respecta al cuidado del cuerpo y la salud del niño, la responsabilidad parental se restringe cuando el hijo alcanza los 13 años y desaparece cuando llega a los 16 años. En ese sentido, un niño de 13 años no podrá ser operado de apendicitis ni sometido a un necesario tratamiento de ortodoncia si él no está de acuerdo y ante el disenso deberá someterse la decisión al juez. Si tiene 16 años, su decisión es soberana.

⁹ SANTI, Mariana, ob. Cit. p. 184.

También, si el menor puede decidir sobre tratamientos médicos es evidente que podrá además decidir sobre otros aspectos vinculados con su cuerpo. Si a los 16 años es considerado un adulto para todo lo relativo a su cuerpo, imaginemos que hasta podría disponer un cambio de sexo sin necesidad de informar a sus padres, ya que así lo establece el art. 26.

Asimismo, piénsese en la demora que podría ocasionarse en los casos en que la situación deba ser sometida a decisión judicial, por existir controversias entre los padres y el hijo, sobre la necesidad de someterse a un tratamiento invasivo.

Pensamos que en este caso podría resultar conculcado el principio del interés superior del niño, expresamente establecido en el art. 639 del CCCN y en otras disposiciones del ordenamiento jurídico aludido.

3. Varias reflexiones sobre la norma en análisis

En primer lugar debemos destacar que respecto de las decisiones sobre el propio cuerpo y la salud, la norma retorna a las categorías rígidas, determinadas por un criterio meramente cronológico.

Así, fija dos franjas etarias, menores situados entre los 13 y 16 años, y mayores de 16 años.

Podemos afirmar que, en el art. 26 se vislumbra un criterio mixto entre capacidad progresiva según el discernimiento del niño en el caso concreto y un sistema de presunciones de capacidad establecidas a edades prefijadas. Tampoco se expresa la ley si la presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

Por otro lado, la utilización del vocablo “aptitud” nos lleva a plantearnos como interrogante ¿Cuál es el alcance de la alocución? Si la norma se está refiriendo solamente a la competencia para decidir sobre los tratamientos no invasivos, que no comprometan su estado de salud o que no provoquen un riesgo grave a su vida o integridad física, o si también implica que los adolescentes menores de 16 años pueden contratar un médico o un servicio de medicina prepaga para la realización del tratamiento permitido.

Otra de las preguntas que nos sugiere la norma es ¿Qué se entiende por tratamientos?

¿Sólo se refiere a los tratamientos médicos? La ley se refiere en general a “tratamientos”, sin limitaciones respecto de la naturaleza del tratamiento, quedando incluidos entonces, tanto los preventivos, los terapéuticos o curativos, los rehabilitantes y los estéticos.

La norma se refiere a “tratamientos, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su cuarta acepción significa: “Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad”. Semánticamente, la palabra supone una serie de actos médicos que pueden ser o no considerados invasivos y ser todos parte del mismo tratamiento.

Asimismo, ¿Qué se entiende por tratamiento invasivo? Un procedimiento invasivo es aquel que se vale de una o varias técnicas médicas que invaden el cuerpo, con un fin diagnóstico o terapéutico. Por lo general, los métodos utilizados son cortar o punzar la piel o insertar instrumentos dentro del cuerpo. Técnicamente una inyección o una transfusión sanguínea puede considerarse invasiva.

El calificativo “invasivo” nos sugiere la idea de irrupción, de agresión, de ingreso forzoso en un ente que tampoco se aclara si es corpóreo, (el cuerpo) o incorpóreo (la psíquis).

La ley 17.132, de Ejercicio de la Profesión Médica, no define tratamientos médicos invasivos. Entonces ¿Cómo puede determinarse a priori que un tratamiento médico, psicológico, cosmético, no compromete el estado de salud ni provoca un riesgo grave en la vida o integridad de un menor?

La respuesta se impone en virtud de que muchas prácticas llamadas estéticas sin cirugía, el consumo de ciertas sustancias dietéticas, o el consumo de píldoras abortivas, por citar algunos ejemplos, pueden tener impacto en la vida de un menor y sin embargo no podemos decir que sean invasivas.

Creemos que, en algunos casos existe dificultad para valorar la existencia del correcto entendimiento y consecuentemente la aptitud para arribar a decisiones por sí mismo, ya que si bien el discernimiento se presume desde los 13 años, ello no implica que pueda afirmarse sin más que se tenga madurez suficiente para afrontar una situación concreta, especialmente cuando la decisión se vincula a cuestiones trascendentes respecto a la salud como consentir operaciones o tratamientos médicos que conlleven consecuencias de importancia.

La adolescencia es un proceso de cambios y de transición que comienza siendo biológico pero a su vez, se enmarca en un proceso psicosocial que varía según las culturas y los momentos históricos.

Sumado que, si un mayor de edad, cuando se transforma en paciente, se encuentra en estado de vulnerabilidad y, por lo tanto, no está capacitado para decidir libremente, más lo estará un adolescente.

Un último aspecto a considerar, surge de la necesaria compatibilización de la norma en análisis con lo dispuesto en leyes especiales que establecen una mayoría de edad diferente para llevar a cabo operaciones de trasplante de órganos, cambio de sexo, contracepción quirúrgica, etc.

Nos referimos especialmente a las siguientes leyes: ley 26.529, modificada por la ley 26.472, que regula los derechos del paciente y el consentimiento informado; ley N° 26.061 de protección de niños, niñas y adolescentes; ley 26.130 que exige para las intervenciones de contracepción quirúrgica, ser “capaz y mayor de edad”; ley 24.193 de ablación y trasplante de órganos y tejidos, que exige en el dador ser “capaz mayor de 18 años”, salvo en el caso de trasplante de médula ósea que puede ser menor pero requiere autorización del representante legal, o la ley 26.743 que a los fines de proceder a las intervenciones quirúrgicas de reasignación total o parcial de sexo, exige la edad de 18 años y si fuere menor, deberá contar con el consentimiento del último, de sus representantes legales y la autorización judicial (arts. 5 y 11).

4. Conclusiones

- 1) El CCCN se adecúa a las reglas de la CDN en materia de capacidad civil de los niños, niñas y adolescentes.
- 2) La reforma del régimen de menores contenida en el art. 26 del CCCN introduce por un lado un nuevo concepto de minoridad y, por el otro, la distinción entre las nociones

de capacidad y competencia para ejercer por sí mismo los derechos de los que el menor de edad es titular.

3) Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo el postulado de la “autonomía progresiva”, que implica el reconocimiento de mayores aptitudes en la medida que el sujeto evoluciona física y psíquicamente.

4) Habilita a los menores a prescindir de la intervención de los representantes ante situaciones de conflicto de interés con éstos últimos, permitiendo su intervención con asistencia letrada para tales fines.

5) Fija reglas de actuación procesal de este colectivo como el derecho de toda persona menor de edad a ser oída en los procesos judiciales que le conciernen y a participar en las decisiones sobre su persona.

6) Regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad.

7) La norma divide entre dos franjas etarias, previendo soluciones distintas para cada caso, en orden de resolver el conflicto sobre si el adolescente es o no competente para consentir un tratamiento sobre su propio cuerpo.

8) Deberá observarse cautela en la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamientos que no lo son. Advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo.

9) Se ha legislado en forma confusa y peligrosa, habilitando a adolescentes mayores de 16 años a asumir decisiones autónomamente, considerándolos como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. En este aspecto, quizás hubiera resultado más prolijo, decir que gozan de capacidad de ejercicio para dichos actos si lo que se pretendía era liberarlos de la categoría de incapaces con la que los inviste el art. 24 CCCN.

10) debe considerarse la posibilidad cierta de que se creen tensiones en las relaciones entre padres e hijos.

11) Resulta pertinente evaluar la posibilidad de que las controversias entre padres e hijos terminen judicializándose, implicando demoras innecesarias para decidir sobre cuestiones de salud que muchas veces no admiten dilaciones.

12) Debe compatibilizarse lo dispuesto en el art. 26 con la legislación especial en materia de salud.