

Comisión nº1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana”

## **LA APTITUD DEL ADOLESCENTE A PARTIR DE LOS DIECISÉIS AÑOS PARA CONSENTIR ACTOS VINCULADOS AL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO**

**Autores:** Mario A. Zelaya\* y Federico Daniel Arrué\*

### **Resumen:**

*Cuando la parte final del artículo 26 del Código Civil y Comercial permite a los adolescentes de más de dieciséis años adoptar en forma autónoma las decisiones sobre el “cuidado de su propio cuerpo”, el término “cuidado” debe interpretarse en forma restrictiva de modo de entender que las facultades de tales adolescentes no exceda la “conservación” de su cuerpo.*

### **1. Antecedentes.**

La ley 26.529 de Derechos del Paciente<sup>1</sup> no se hizo cargo de reglamentar en materia de salud la aplicación del principio de capacidad progresiva que emana de la Convención de los Derechos del Niño<sup>2</sup>, según el cual el pase de la incapacidad a la capacidad no es instantáneo sino que implica un camino a través del cual el niño va adquiriendo la aptitud para ejercer por sí mismo más derechos conforme su crecimiento en años, madurez y discernimiento, hasta llegar a la mayoría de edad. Sin embargo, la omisión no fue total porque la ley reguló el tema mediante un reenvío a la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes<sup>3</sup> al decir en su art. 2 inciso “e” que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho “*a intervenir en los términos de la Ley N° 26061 a los fines de la toma de decisión*” sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

La cuestión se hubiera visto solucionada si la ley 26.061, anterior a ley de Derechos del Paciente, se hubiera pronunciado de modo concluyente al respecto. Sin embargo, la única referencia sobre el tema (indirecta, por cierto) en la ley se encuentra en el art. 24 que legisla el derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos, según el cual aquéllos tienen derecho a “*que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme su madurez y desarrollo*” y luego aclara que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven (art. 24 inc. b). Y es sabido que tener en cuenta la opinión de una persona no implica convertir su opinión en vinculante para el intérprete.

---

\* Profesor Adjunto de la Cátedra Derecho Privado Parte General, Dpto. de Derecho - UNS.

\* Ayudante” A” de las Cátedras de Filosofía del Derecho y Ciencias Políticas, Departamento de Derecho – UNS.

<sup>1</sup> Sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009.

<sup>2</sup> Aprobada por ley 23. 849 (sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990) y luego incorporada al texto de la Constitución Nacional en la última reforma de 1994 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22.

<sup>3</sup> Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

El decreto 1089/2012<sup>4</sup> que reglamenta la Ley de Derechos de los Pacientes no contribuye a aclarar la cuestión desde que insiste en que los profesionales de la salud deben “*tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes*” sobre las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, según la competencia y discernimiento de los menores y que si de la voluntad expresada por el menor se genera un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061 (art. 2 inc. “e”). Hasta ahí la legislación no aportaba precisiones pero al menos la respuesta era uniforme.

Sin embargo, en el art. 5 del decreto 1089/2012, al momento de reglamentar el consentimiento por representación, dispone que operará este consentimiento en el caso de los menores de edad que no sean capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Pero sólo cuando puedan comprender tales alcances “*se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente*”. En resumen: comprenda o no el menor los alcances de la práctica médica, son los autorizados legalmente los que otorgan el consentimiento para la ejecución o no del procedimiento en la persona del menor, quien sólo participa en el proceso de toma de decisiones a través de su opinión “*según su competencia y discernimiento*”, como la propia norma agrega sin hacerse cargo de la vaguedad del contenido de ambos términos.

Con este estado legislativo se encontraba hasta mediados del año 2015 el profesional de la salud puesto a decidir acerca de la intervención que debía conferirle al menor al momento de llevar adelante la práctica. No hace falta mayores fundamentaciones para concluir que subordinar las facultades autónomas del menor a conceptos y fórmulas indeterminados que deben ser puestos en práctica por profesionales temerosos de una represalia judicial es lo mismo que no conferirles.

## **2. La solución del Código Civil y Comercial**

La Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, se encargó de presentar los “Fundamentos” del por entonces “Anteproyecto” donde explicó que el cuerpo proyectado habría de regular expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo “*siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional*”. Es así que el art. 26 del Código Civil y Comercial confirió a los niños la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud<sup>5</sup> en función de su desarrollo por edad.

---

<sup>4</sup> Publicado el 6 de julio de 2012.

<sup>5</sup> De acuerdo al Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948, “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La definición no ha sido modificada desde 1948.

El legislador se decidió por adoptar el criterio de edades fijas a partir de datos o consideraciones extraídos de la experiencia que habilitan a presumir las aptitudes del niño para celebrar o no por sí mismo los actos que se le permiten en cada segmento. Este parámetro otorga precisión a los límites mínimo y máximo de cada categoría con la consiguiente seguridad jurídica, simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones que no admiten prueba en contrario (las edades), disminuye la posibilidad de contiendas, reduce la discrecionalidad del juzgador al momento de decidir quién está habilitado o no para ejercer por sí mismo un derecho y, por fin, permite introducir el principio de *capacidad progresiva* sin que se resienta la necesaria precisión de las normas en este ámbito con las que debe brindarse un marco jurídico de protección del niño.<sup>6</sup> El inconveniente no viene dado por la delimitación de cada categoría, sino del modo en que fueron redactadas las atribuciones en cada una de ellas.

En el segmento de los menores hasta trece años no se discute que salvo una manifestación legal en contrario, rige a su respecto el principio general del primer párrafo del art. 26 del Código Civil y Comercial en cuanto a que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Pero además la norma presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos “*que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física*”; y a partir de los dieciséis años lo considera “*como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*”. Limitaremos el estudio a este último segmento.

### **3. Problemas que presenta la redacción de la última parte del art. 26 del Código Civil y Comercial**

Coincidimos con Rivera en cuanto a que la palabra “adulto” —aunque se la utilice en otras disposiciones del Código Civil y Comercial tales como los arts. 111, 667 y 2642— no tiene contenido propio en el Código ni en otras disposiciones legales, precisamente por no tratarse de un concepto con un alcance concreto en el mundo jurídico, “donde se es capaz o incapaz, mayor o menor”<sup>7</sup>. De todos modos, y con la idea de no dejar vacía de contenido a esta porción del artículo, la expresión “adulto” debe asimilarse a la de “mayor de edad”; en igual sentido, Fernández concluye que a partir de los dieciséis años “el sistema se independiza de las previsiones incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica”<sup>8</sup> y añade Muñoz que el artículo “consagra la mayoría anticipada” para tal menester.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> ZELAYA, Mario A. – COSTABEL, Lucas – MONDINO, Fiorella, “La capacidad progresiva del niño en materia de salud”, 16-mar-2015, MJ-DOC-7110-AR | MJD7110.

<sup>7</sup> RIVERA, Julio César, “Las Claves del Código Civil y Comercial en Materia de Personas Humanas – Comienzo de la Existencia. Capacidad de los Menores” en Revista de Derecho Privado y Comunitario (Número extraordinario), Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 220.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 25, Cita Online: AR/DOC/3834/2014 y en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso - Marisa Herrera (directores), 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 73 y 74.

<sup>9</sup> MUÑOZ, Javier N. “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: Recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los

La respuesta en el campo de la salud va de la mano con la tónica del Código Civil y Comercial de ampliar la capacidad del menor en el ámbito extrapatrimonial, no obstante que la regla general en materia patrimonial es su incapacidad, la cual se suple con la voluntad de los progenitores o tutores. Se parte de la base que el menor anticipa su madurez para el ámbito de su salud y no en temas patrimoniales, aunque resulta extraño que se le conceda la aptitud para enfrentarse a un diagnóstico grave y resolver sobre los tratamientos paliativos, pero no se le permita adquirir su primer automóvil sin mediar la aprobación de un representante o del juez.

Un problema de más difícil solución representa el alcance de esa asimilación del menor de edad al adulto o mayor de edad, pues la ley de sanción del Código no se manifiesta respecto de la vigencia o no de normativa anterior en materia de salud que fija en la edad de dieciocho años el piso mínimo para que la persona humana pueda ejercer por sí mismo los derechos vinculados a su salud que reconocen, omisión que obliga a interpretar si han quedado derogadas. Sólo en el orden nacional podemos encontrar:

- La ley 26.743 de Identidad de Género<sup>10</sup> establece que todas las “personas mayores de dieciocho años de edad” podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Con relación a las personas menores de dieciocho años de edad, la solicitud deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor (arts. 5 y 11).

- La ley 26.130 que regula las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica<sup>11</sup> establece que toda persona “capaz y mayor de edad” (textual) tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud, prácticas que están autorizadas para quienes la requieran formalmente previo consentimiento informado, y sin que se requiera consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial (arts. 1 y 2).

- La ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos<sup>12</sup> sólo permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una “persona capaz mayor de dieciocho años”<sup>13</sup> quien podrá autorizarla en las condiciones que dispone el mismo artículo. La norma luego agrega que en los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser dador sin limitaciones de parentesco y los menores de dieciocho años —previa autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los que menciona el precepto (art. 15).

Dilucidar cuál es el alcance del término “cuidado” (pues la norma no contiene aclaraciones al respecto) es la llave para acceder a una respuesta al referido interrogante sobre si la previsión normativa posterior del Código Civil y Comercial, en cuanto concede aptitud al

---

derechos humanos”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 122.

<sup>10</sup> Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012.

<sup>11</sup> Sancionada el 9 de agosto de 2006 y promulgada el 28 de agosto de 2006.

<sup>12</sup> Sancionada el 24 de marzo de 1993 y promulgada parcialmente el 19 de abril de 1993.

<sup>13</sup> La expresión es errónea porque no es *capaz* la persona menor de dieciocho años.

adolescente a partir de los dieciséis años para decidir sobre los *cuidados* de su propio cuerpo, deja sin efecto las leyes anteriores de igual jerarquía que otorgan facultades vinculadas al cuerpo de la persona, pero a partir de los dieciocho años.

Si los dos párrafos del art. 26 anteriores al que contiene la solución en estudio consagran la aptitud de los adolescentes entre trece y dieciséis años 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, una derivación lógica llevaría a sostener que por la natural evolución que implica el aumento en edad, un adolescente de dieciséis años en adelante puede consentir cualquier *tratamiento* médico vinculado a su cuerpo y a su salud.

Pero el último párrafo del art. 26 del Código Civil y Comercial no expresa que, desde los dieciséis años, el adolescente pueda consentir todo tratamiento o cualquier acto de disposición de su propio cuerpo, sino que sólo lo habilita a decidir cuestiones relacionadas al *cuidado* de ese cuerpo. Consideramos que el término ha sido especialmente elegido para dejar de lado aquellos actos médicos que excedan del campo del “*cuidado del propio cuerpo*” y exponemos algunos argumentos que confluyen para arribar a esa conclusión.

a) Desde el punto de vista estrictamente gramatical y según la 22da. Edición del Diccionario de la lengua española (edición digital), la acepción que muestra mayor afinidad con la expresión del art. 26 del Código Civil y Comercial es la que designa al término “*cuidado*” como “*acción de cuidar*” y brinda como ejemplo “*el cuidado de los enfermos*”. Por su parte, la segunda acepción del verbo *cuidar* indica como significado del vocablo el de “*asistir, guardar, conservar*” y nuevamente cita como ejemplo el “*cuidar a un enfermo*”. Es decir que la decisión de dejar de lado el término *tratamiento* (a secas) de los párrafos referidos a las aptitudes de los adolescentes entre trece y dieciséis años por el de *cuidado* del propio cuerpo del adolescente de más de dieciséis años, no se refiere a cualquier situación vinculada a su propio cuerpo sino a las que implican resguardo o conservación de un estado de salud anterior.

b) El propio Código Civil y Comercial contribuye en forma indirecta a la interpretación restrictiva de la expresión “*cuidado del propio cuerpo*” al otorgar sólo a la “*persona plenamente capaz*” el derecho a conferir directivas médicas anticipadas y mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad (art. 60). La insistencia en cuanto a que la persona, más que capaz, debe ser *plenamente* capaz, quita de su ámbito al adolescente, aún de más de dieciséis años, porque a pesar de su asimilación al adulto en el campo de la salud, la ley no lo convierte siquiera en capaz. Si el legislador hubiera querido otorgarle por el art. 26 la aptitud para consentir en forma autónoma cualquier tratamiento, no hubiera tenido razón para negarle la posibilidad de conferir directivas anticipadas sobre su salud.

c) Al momento de explicar las reglas para la aplicación del principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial, la integrante de la Comisión redactora del Código Civil y Comercial, Aída Kemelmajer de Carlucci, junto con otras tres autoras,<sup>14</sup> advierten que el art. 26 se refiere al “*cuidado del propio cuerpo*” pero a la par, el equilibrio es la idea central que domina la Convención de los Derechos del Niño “desde que tan contrario al ansiado ‘interés superior del niño’ es restringir el ejercicio de ciertos derechos

---

<sup>14</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LAMM, Eleonora – FERNÁNDEZ, Silvia, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, 18 de agosto de 2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Infojus: DACF 150461.

cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están”.

Con este alcance restrictivo de la expresión “*cuidado de su propio cuerpo*”, la facultad que se le otorga al adolescente de más de dieciséis años no comprende la de consentir cirugías estéticas no reparadoras o ser parte en investigaciones médicas, y tampoco se ve modificada la vigencia de la legislación anterior que otorga facultades sólo a los mayores de edad para ser donadores de órganos y material anatómico, para consentir intervenciones de contracepción quirúrgica o para adecuar la genitalidad al género autopercebido, pues es claro que la finalidad de tales prácticas excede la mera “conservación” del propio cuerpo, tal el alcance que propugnamos al término “cuidado” que utiliza el art. 26.

De todos modos, dejamos a salvo que aún si no diera lugar a ser interpretado el contenido de la norma que permite a los adolescentes a partir de los dieciséis años tomar en forma autónoma las decisiones respecto del “cuidado de su propio cuerpo”, la solución en sí misma podría abrir paso a la intervención judicial —a instancia de los representantes del menor— que valore, en la situación concreta, si el paralelismo entre adulto y mayor de edad puede ser dejado de lado, tal como lo advirtiera Santi<sup>15</sup> aún antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, quien cita como caso paradigmático “las poco felices consecuencias que podrían verificarse, por ejemplo, en casos de anorexia o bulimia”<sup>16</sup>. Más aún, cabría discutir incluso si el médico puede intervenir aún contra la voluntad del adolescente de más de dieciséis años en aquellos tratamientos sencillos, indoloros y con altas probabilidades de éxito, cuya omisión provoque un grave peligro en la salud del paciente. Basta la sola mención de estos interrogantes, pues la respuesta debe ser objeto de un minucioso estudio que excede los límites de este trabajo.

#### **4. Conclusiones.**

***De lege lata:*** el significado gramatical del término *cuidado* y una interpretación sistemática de la última parte del art. 26 del Código Civil y Comercial permiten concluir que la expresión “*cuidado del propio cuerpo*” limita el ámbito de la aptitud del adolescente de más de dieciséis años a consentir por sí mismo sólo los tratamientos que impliquen la *conservación* del propio cuerpo, mas no así los que involucren su disposición sin fines de conservación, tales como las intervenciones quirúrgicas que las leyes 26.743, 26.130 y 24.193 autorizan a consentir sólo a los mayores de dieciocho años.

***De lege ferenda:*** a los efectos de brindar claridad en una temática que demanda certidumbre, al momento de consagrar la capacidad progresiva en materia de salud, la última parte del art. 26 debió haber consignado expresamente que la facultad de los adolescentes de más de dieciséis años es la de consentir “*únicamente los tratamientos que impliquen la conservación de su cuerpo*”.

---

<sup>15</sup> SANTI, Mariana, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, LA LEY 13/05/2013, 13/04/2013, 1 – LA LEY 2013-C, 859 – DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 173, Cita Online: AR/DOC/1324/2013.

<sup>16</sup> Cabe recordar que la judicialización en estos casos se ha planteado incluso respecto de rechazos de tratamientos médicos por parte de mayores de edad, a instancia de sus familiares, como en el caso de la negativa del paciente a recibir transfusiones sanguíneas por motivos religiosos.