



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

Carranza, Gonzalo Gabriel; Zalazar, Claudia Elizabeth
La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones
sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina*
Revista de Derecho Privado, núm. 36, 2019, pp. 29-55
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.02>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417559424002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina*

» **GONZALO GABRIEL CARRANZA****
» **CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR*****

RESUMEN. La reforma (y unificación) del código civil y comercial de Argentina en 2015 trajo aparejada una serie de cambios de notoria trascendencia, como aquellos que refieren a nuevas regulaciones sobre la capacidad de las personas menores. La norma, ahora, establece diversos grados que se desarrollan acorde al principio de capacidad progresiva, atendiendo al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de I+D “Toma de decisiones sobre el propio cuerpo: desafíos jurídicos, bioéticos y sanitarios” (Código 130-20170410-85), inscrito en la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), dependiente de la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Blas Pascal (Córdoba, Argentina), cuyos investigadores principales son los autores de esta publicación.

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2018. Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018.

Para citar el artículo: CARRANZA, G. G. y ZALAZAR, C. E., “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, enero-junio 2019, pp. 29-55, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.02>

** Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España; profesor, investigador y doctorando. Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina; investigador (Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas). Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. Abogado, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Contacto: gonzalo.carranza@uam.es, gonzalogcarranza@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3780-9132>.

*** Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina; doctoranda e investigadora (Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas). Magistrada de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5.ª Nominación, Córdoba, Argentina. Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. Contacto: cursoszalazar@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7956-1016>.

Este trabajo pretende analizar dichos cambios desde la óptica de las decisiones que estas personas pueden tomar sobre su propio cuerpo. El objetivo es poner de manifiesto no solo los desafíos normativos que suponen, sino también los de carácter ético y judicial.

PALABRAS CLAVE: capacidad, personas menores de edad, decisiones sobre el propio cuerpo, autonomía de la voluntad, Argentina.

The Autonomy of Minor Child in Making Decisions about his/her Own Body: Regulatory Changes in Argentina

ABSTRACT. The reform (and unification) of the Civil and Commercial Code of Argentina in 2015, implied a series of important changes, such as the new regulations on the capacity of minors. The code establishes various degrees the principle of progressive capacity, considering the best interests of children and adolescents. The aim of this paper is to analyze these changes from the perspective of the decisions that these people can make about their own body. The objective is to highlight the juridical and ethical challenges.

KEYWORDS: Capacity, Minor Child, Decisions on One's Own Body, Autonomy, Argentina.

SUMARIO. Introducción. I. El código civil y comercial y las nuevas regulaciones que afectan a las decisiones de las personas menores de edad. A. La dignidad de la persona humana. B. La importancia del consentimiento informado de la persona. C. El derecho del consumidor y el mayor deber de información. II. La nueva regulación de la capacidad en el código civil y comercial. A. El interés superior de los niños o niñas y su autonomía progresiva. B. Gradaciones establecidas en el código. C. Ejercicio de los derechos de la persona menor adolescente: tratamientos médicos. D. Determinación de la edad y grado de madurez suficiente. III. Los desafíos de las prestaciones sanitarias y las cuestiones de capacidad. A. La diferencia de la mayoría de edad para actuaciones en general y para las prestaciones sanitarias. B. ¿La autonomía para decidir sobre el propio cuerpo implica la posibilidad de firmar el contrato médico? ¿Quién debe abonar las prestaciones? C. Tratamientos invasivos y no invasivos: determinación médica, no jurídica. D. Oposición de los padres, opinión médica y comités de ética. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Decidir conlleva optar entre dos o más alternativas. Al tomar una decisión, las personas asumen un resultado esperable, para lo cual requieren un cierto grado de madurez e independencia que, normalmente, se adquiere con la edad y, junto a ella, con la experiencia y las vivencias personales.

El código civil y comercial argentino –que entró en vigencia en agosto de 2015– ha modificado numerosos institutos del derecho, muchos de los cuales se refieren al ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. Además, se han realizado importantes regulaciones en relación con la capacidad y la decisión en materia de prestaciones sanitarias.

Las decisiones sobre el propio cuerpo implican un acto volitivo cuyo fin es la intervención sobre el objeto más preciado del ser humano. Así, las regulaciones estatales deben guardar una correlación con la situación de hecho que regulan, si bien pueden atender a los principios que inspiran las normas o a la interpretación derivada de los tratados internacionales.

Este trabajo pretende, a la luz del ordenamiento jurídico argentino, dilucidar cuáles son los diversos aspectos de este tipo de decisiones que se encuentran en disputa, buscando que el debate no se reduzca a un plano netamente normativo, sino que permita evidenciar los dilemas que supone también desde el punto de vista social, bioético y sanitario.

I. El código civil y comercial y las nuevas regulaciones que afectan a las decisiones de las personas menores de edad

En el año 2015 entró en vigencia el nuevo código civil y comercial de Argentina¹ (en adelante, CCyCN o el código). En este nuevo *corpus* se unificó en un solo texto jurídico la regulación básica del derecho común, que no había sido modificada desde tiempos de Vélez Sarsfield².

1 El código fue sancionado por Ley Nacional 26994, de 1 de octubre de 2014, y su adelanto temporal respecto a la vigencia se dispuso mediante Ley Nacional 27077, de 19 de diciembre de 2014. Cabe destacar que, a poco más de un bienio de su vigencia, ya se ha puesto en marcha una nueva comisión que tiene por fin reformarlo, la cual ha sido convocada por Decreto 182/2018 del Presidente de la Nación, Mauricio Macri; véase: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNormaBusquedaAvanzada/179766/20180307>

2 Dalmacio Vélez Sarsfield fue el redactor original del código civil de la Nación Argentina, que fue aprobado –a libro cerrado– el 25 de septiembre de 1869. La Ley Nacional 340 entró en vigencia el 1 de enero de 1871 y el código fue modificado numerosas veces, hasta perder su vigencia y servir de base para la unificación con el código comercial en 2015. El código de comercio fue redactado, también, por DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, en colaboración con EDUARDO ACEVEDO. Fue sancionado en la Provincia de Buenos Aires en 1859, cuando esta estaba separada de la Confederación Argentina. Más tarde, al culminar el proceso constituyente abierto (como lo llamaba el célebre constitucionalista Germán J. Bidart Campos), y ya incorporada Buenos Aires al país, el Congreso lo adoptó como código de comercio de la Nación Argentina, mediante la Ley Nacional 15. Desde aquel momento

La combinación en un solo texto supuso un cambio metodológico en el análisis del derecho privado y requirió por parte de la comunidad jurídica un nuevo estudio y actualización sobre los diversos desafíos que presentaba, como se verá específicamente a continuación.

Ya desde su inicio, en el artículo 2 CCyCN se señala la forma en que hay que interpretar su contenido. Para ello, indica que este proceso debe realizarse según las propias palabras de la ley, su finalidad, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Por lo expuesto, la interpretación del contenido del código ha de atender a todo el bloque constitucional, ya que el análisis que se realiza sobre las normas no debe recaer tan solo en la validez o adecuación a la Constitución, sino también en su conformidad con el conjunto de tratados internacionales que forman parte de ella³.

Centrando la atención, por ejemplo, en las prestaciones sanitarias, el código deja en claro diversos aspectos sobre los que se adeudaban precisiones. Así, verbigracia, es posible encontrar normas más claras en lo que atañe a los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56), las prácticas embrionarias prohibidas (art. 57) o la regulación sobre la investigación en seres humanos (art. 58).

También, se logró incluir entre los derechos extrapatririmoniales todo lo relacionado con el cuerpo de la persona, como se puede apreciar, por ejemplo, en el artículo 17^[4], sobre el que se ha precisado: “En este artículo, el CCyC establece un principio básico relevante, consistente con nuestra tradición jurídica y bioética, colocando

tuvo numerosas reformas, hasta perder vigencia en agosto de 2015, fecha en que se unificó con el código civil.

- 3 Argentina forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cabe destacar que el Pacto de San José de Costa Rica forma parte del bloque de constitucionalidad en el país, al haber sido incorporado a la Carta Magna con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 por medio del artículo 75 inciso 22. En este sentido, la interpretación de las normas convencionales debe seguir los cánones interpretativos que ha desarrollado en relación con el Pacto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su doctrina. No obstante, hay que destacar que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado –en la causa ‘Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontev�chia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derecho Humanos’– que existen ciertos supuestos en los cuales el país se reserva su margen de apreciación nacional y puede obstruir la ejecución de lo dispuesto por la Corte Interamericana, por ser la máxima intérprete del derecho nacional. Para profundizar sobre ello, cfr. el comentario a la sentencia realizado en CARRANZA, G. G., “Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, n.º 21, 2017, 161-185.
- 4 Señala el código en este artículo: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

fuerza del comercio a todo tipo de acto jurídico relacionado con derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, al que liga a valores extrapatrimoniales relevantes”⁵.

De igual manera, uno de los reconocimientos más importantes se da en relación con la autonomía, más precisamente, con la libre disposición sobre el propio cuerpo. Este principio se ha consagrado en virtud del derecho-deber del paciente de expresar libremente su consentimiento a ciertas prácticas médicas o investigativas, que se basa en el hecho de que tomar una decisión sobre el propio cuerpo requiere –previamente– de información detallada que permita comprender a cabalidad los extremos fácticos de la intervención y las complicaciones que puede conllevar.

Se tratará, entonces, de señalar brevemente algunas de las novedades que influyen, de manera general, en el objeto específico de este trabajo.

A. La dignidad de la persona humana

Una de las necesarias incorporaciones era la referida a la dignidad de la persona humana. Este concepto derivaba del bloque de constitucionalidad, pero ahora se hace explícito en el CCyCN, eliminando la brecha existente entre la norma máxima y la básica.

La cuestión de la dignidad ha sido atendida por el derecho internacional y por el derecho interno, sobre todo a partir de la segunda posguerra mundial. Distintos ordenamientos constitucionales incorporaron este concepto que, pese a que podría parecer obvio, ciertamente no lo fue para numerosos regímenes totalitarios que lo vulneraron y que consideraron a las personas como simples cosas.

El reconocimiento palmario de la dignidad humana realizado en diversos instrumentos internacionales ha dado cuenta del potencial que posee este concepto para la regulación de numerosos aspectos que refieren a la vida de las personas. Por ello, bien se ha precisado que “[t]odos los derechos humanos en el mundo actual, pese a los diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos y a las diferentes tendencias culturales, se fundamentan en su imperativo universalismo, en la dignidad humana”⁶.

Cabe apuntar como fuentes formales del derecho de la dignidad, por ejemplo, instrumentos internacionales universales como la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (preámbulo y arts. 1 y 22), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo y art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (preámbulo y art. 13).

También, en el ámbito interamericano, la dignidad ha sido incluida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (preámbulo y art. 23), el

5 HERRERA, M. et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Buenos Aires, Infokus, 2015, 46.

6 GROS ESPIELL, H., “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 4, 2003, 197.

Pacto de San José de Costa Rica (arts. 5, 6 y 11) y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (preámbulo y art. 13), entre otros.

Tradicionalmente, la legislación civil y la constitucional (y, junto con ella, la convencional) transitaban dos caminos paralelos, siendo el contacto entre ellas nulo o casi nulo. Hoy, el código avanzó en la llamada “constitucionalización del derecho privado”⁷, tratando de conciliar ambas posiciones, recordando algo tan sencillo como la jerarquía y procedencia de las normas.

La dignidad de la persona es un concepto global, que se manifiesta en la cotidianidad a la que apunta lo regulado por el CCyCN, “funcionando este concepto como marco abarcativo de las distintas manifestaciones que los derechos y actos personalísimos implican en su operatividad material, y que el Código regula singularizadamente en esas manifestaciones”⁸.

Este concepto puede ser analizado desde dos posiciones. Por un lado, desde una auto percepción, en virtud de la cual el sujeto se comprende a sí mismo como un ser humano y, por ello, entiende que es digno de atención por su especial condición. Por otro lado, desde una posición social, de acuerdo con la cual el *alter* valora a la persona por su estatus ontológico. Por ello, bien se ha precisado que la dignidad es un “sustrato jusfilosófico de la tutela de los derechos de la personalidad”⁹.

El código ha puesto de manifiesto que las cuestiones relativas a la dignidad implican un abanico de referencias que se manifiesta de diversas maneras: por ejemplo, a través de su reconocimiento¹⁰, en la prohibición de lesionarla¹¹, en la prohibición de que el objeto del contrato pueda contrariarla¹² y en el trato que se tiene que prestar en las relaciones de consumo¹³.

7 Para profundizar, véase CARRANZA, G.G., “La constitucionalización del derecho privado en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, en ZALAZAR, C. E. (dir.), *Impactos procesales del código civil y comercial de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2017, 12-70.

8 LORENZETTI, R., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, 275.

9 Ibíd., 276.

10 Cfr. arts. 51-52 CCyCN, relativos a la inviolabilidad de la persona humana y las afecciones a su dignidad.

11 Cfr. art. 279 CCyCN, que, refiriéndose al acto jurídico, señala: “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

12 Véase art. 1004 CCyCN, relativo a los objetos prohibidos en los contratos.

13 Cfr. art. 1097 CCyCN, relativo al trato digno en las relaciones de consumo. Hay que destacar que las cuestiones de derecho del consumidor han adquirido notoria relevancia en el ordenamiento jurídico argentino, desde su incorporación explícita como derecho constitucional en la reforma de 1994. Este artículo, particularmente, es una actualización de la intrincada relación entre dignidad y consumo, al indicar que “[l]os proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

La dignidad constituye, así, el horizonte final de la norma civil y comercial, siendo el núcleo axiológico que deberá ser respetado por todas las personas e instituciones públicas y privadas.

B. La importancia del consentimiento informado de la persona

Cuando el ser humano toma una decisión sobre su cuerpo, lo hace sobre su propia vida. Es por esta razón que el CCyCN se ha esmerado en resolver cualquier duda respecto a la asunción de responsabilidad de las prácticas que se realizan sobre él.

Las previsiones del código han buscado generar una comprensión acabada del sujeto que se someterá a una práctica médica que supone una intervención o investigación sobre su cuerpo. Esto viene de la mano de poder establecer ciertos límites a la responsabilidad médica, sustentada en un posible acto de desinformación del paciente que pone la vida en sus manos.

El artículo 59 CCyCN establece, con una redacción clara y precisa, el llamado “consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”¹⁴, sobre el que se ha dicho que:

... determina y explicita en sus alcances y conformación uno de los elementos más relevantes en el resguardo de la dignidad personal, cuando esa dignidad se enfrenta a uno de los supuestos en los cuales, probablemente, la perspectiva de afectación sea más sensible: la enfermedad. Y la corporización de esa mecánica de resguardo de la dignidad de la persona tiene nombre y apellido: el consentimiento informado¹⁵.

Este derecho-deber ha sido definido por Bancoff como:

... la manifestación de voluntad efectuada por el paciente a los fines de autorizar y/o rechazar libremente una práctica médica luego de recibir información adecuada en relación a su estado de salud, los tratamientos a realizar sobre su cuerpo, las alternativas a dicho tratamiento (si existiesen), y los beneficios y riesgos de someterse al mismo¹⁶.

El mismo autor aplaude el hecho de que la norma establezca la definición del consentimiento, ya que, en su opinión, eso “genera, sin lugar a dudas, una importante certeza jurídica en la relación médico-paciente”¹⁷.

14 No hay que olvidar, asimismo, la regulación dispuesta en la Ley Nacional 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (con las modificaciones introducidas por la Ley Nacional 26742).

15 LORENZETTI, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, cit., 308.

16 BANCOFF, P., “El consentimiento informado en el nuevo código civil y comercial de la Nación y su relación con la Ley 26.529”, *La Ley online*, AR/DOC/646/2015, La Ley, 2015, 1.

17 Ibíd., 4.

El consentimiento informado proviene de la jurisprudencia norteamericana de mediados del siglo pasado, y se introduce en la vida sanitaria de Estados Unidos a partir de la Carta de los Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales de 1973, y en la investigación biomédica por medio del Informe Belmont de 1979 de la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research.

Desde 1984, el Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos señala que este consentimiento consiste en la explicación, a un paciente atento y de competencias normales, de la naturaleza de su enfermedad, y del resultado de la ponderación entre los efectos de esta y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados. Sobre esta base informativa, se requiere su aprobación para ser sometido a las prácticas médicas.

El concepto de “consentimiento informado” implica, por una parte, un acto voluntivo de aceptación de las prácticas médicas que se realizarán. Por otra parte, que debe existir el suministro de información precisa, lo que comporta diversos extremos que tienen que ver con los datos médicos que se proporcionan a los pacientes.

La regulación específica del consentimiento no reside de manera exclusiva en el CCyCN, sino que también es posible obtener detalles específicos sobre su forma y contenido de la Ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, específicamente en su capítulo III.

Por ejemplo, el artículo 5 de la ley indica que la información que recibe el paciente por parte del médico –previo a la firma del consentimiento para la intervención– debe contener, al menos, información sobre: su estado de salud; el procedimiento propuesto (con especificación de los objetivos perseguidos); los beneficios esperados; los riesgos, molestias y efectos adversos y previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

De la conjugación del código y la ley es posible afirmar que toda la información que se entrega al paciente debe ser comprensible y no sesgada. Por su parte, la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción, y el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente, sujeto claramente vulnerable por su condición¹⁸.

Ahora bien, existe la posibilidad de que el paciente preste su consentimiento pero no quiera recibir demasiada información sobre su enfermedad, esto es, que renuncie a ella. Al respecto se ha afirmado,

18 Cfr. la edición actual, American College of Physicians, *Manual de ética*, 6.^a ed., [en línea], disponible en: https://www.acponline.org/system/files/documents/running_practice/ethics/manual/spanish-ethics-manual-6th-edition.pdf [Consultado el 21 de marzo de 2018].

... la renuncia a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención¹⁹.

El meollo del asunto es la manifestación de la conformidad para llevar adelante la prestación, la que debe ser emitida luego de haber recibido una información clara, precisa y adecuada –tal cual lo indica el artículo 59 del código–. Que se cumpla con estos requisitos supone la posibilidad de que el paciente pueda expresarlo personalmente²⁰, y que lo haga gracias a la utilización de palabras sencillas, asequibles, concretas y ajustadas al propósito de la intervención. Además, se ha señalado que este consentimiento debe ser personal, expresado de forma libre y con un alcance completo y específico para la patología²¹.

Se podrían advertir dos cuestiones por las cuales se requiere la expresión del consentimiento. En primer lugar, porque limita la responsabilidad del paciente y el médico cumple con sus postulados éticos, al informar correctamente al sujeto sobre la intervención a la que se someterá y las posibles afecciones posteriores. En segundo lugar, porque es la muestra más clara de la autonomía, que –en cuanto bien jurídicamente protegido– surge como una expresión de la libertad humana y del reconocimiento de la dignidad y el valor de la persona.

El consentimiento, entonces, implica generar una convicción personal en el sujeto que se somete a la intervención o práctica. Además, supone un conocimiento profundo y pormenorizado del profesional sanitario, quien debe tener presente que quien tiene en frente es una persona, con dignidad propia, que debe ser respetada y valorada.

-
- 19 GUERRA VAQUERO, A. Y., “El paciente como sujeto de derechos: la autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado y de las instrucciones previas”, en *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, UAM, n.º 12, 2016, 158.
- 20 Hay que destacar que el consentimiento es absolutamente personal y se requiere capacidad para poder expresarlo. Por ello, si la persona no tiene capacidad requerirá un apoyo para poder hacerlo. En el caso de impedimento absoluto de una persona para poder expresar su voluntad –y no habiéndola anticipado previamente–, este consentimiento puede ser prestado 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 que implique un riesgo certero e inmediato de un mal grave para la persona. La excepción viene dada frente a causas graves y urgentes, en las que la demora médica puede poner al paciente en riesgos graves. En estos casos, no encontrando nadie que pueda expresar el consentimiento en su nombre, el galeno puede prescindir de este, ya que su actuación no se debe postergar.
- 21 BRODSKY, J. y GARAVENTA, C., “El consentimiento informado: guardián de la autonomía de la voluntad en el bioderecho”, en AIZENBERG, M. (dir.), *Estudios acerca del derecho a la salud*, Buenos Aires, La Ley, 2014, 139-156.

C. El derecho del consumidor y el mayor deber de información

En el marco de estas manifestaciones de la voluntad, el código enfrenta, también, el desafío de pensar las relaciones de consumo, que, tal como lo indica el artículo 1092, es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Esto tiene su razón de ser en que el sujeto que hace uso de una prestación de una entidad de servicios de salud (independientemente de su naturaleza) es, al mismo tiempo, paciente y consumidor²².

En la regulación del contrato de consumo es posible apreciar un parangón con el consentimiento informado, por cuanto existe, conforme al artículo 1100 CCyCN, una obligación de información al paciente, la que debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria para permitir su comprensión cabal.

Esta cuestión de la doble condición del sujeto, como paciente y consumidor, le otorga ahora mayores garantías, por cuanto la regulación del acto médico viene a ser cubierta por un amplio espectro normativo que impone el deber de prácticas correctas a los profesionales del servicio de salud, agravando su obligación de información.

La nueva regulación posee, entonces, más garantías para la persona, las que no solo derivan del código, sino también del artículo 42 de la Constitución y de la regulación específica sobre consumo derivada de la Ley 24240 (con las importantes modificaciones realizadas en la Ley 26361).

II. La nueva regulación de la capacidad en el código civil y comercial

La persona es el centro de atención del nuevo código. A partir de ella, trata de regular las distintas actividades que puede –o no puede– hacer a lo largo de su evolución vital. Se trata de una concepción netamente humana del derecho, que tiene al sujeto como núcleo de las relaciones jurídicas.

La cuestión de la capacidad se transforma, así, en un expediente necesario de la regulación civil, ya que regularla implica enfocarse en el grado de indefensión que tiene el sujeto jurídico y acompañarlo en su camino hacia la madurez, brindándole reglas que tratan de preservar su existencia en medio de los avatares a los que se ha de enfrentar cotidianamente. El código, entonces, no desconoce las complejas interacciones que puede desarrollar la persona, y busca defenderla frente a ciertas vulnerabilidades.

Se entiende generalmente a la capacidad como un atributo de la persona, que la convierte –según el grado que se le reconozca– en un sujeto de derecho. Frente al supuesto de falta de capacidad de ejercicio, el código regula –en los arts. 100, 101, 102 y 308– distintos institutos como la representación o la asistencia; sobre esta

22 Queda fuera de esta cuestión, en el derecho argentino, el ejercicio de la profesión de forma liberal.

última se ha dicho que “es una distinta forma de proteger al incapaz, respecto de las consecuencias perjudiciales que podrían resultarle de su inmadurez, con ocasión del otorgamiento de los actos jurídicos que deba celebrar”²³.

Es preciso distinguir los dos conceptos, por cuanto en la representación,

El declarado incapaz no ejerce por sí sus prerrogativas jurídicas, sino que ellas son articuladas por su representante legal en todos los actos jurídicos que aquél deba otorgar. El representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del representado, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses²⁴.

En cambio, en el caso de la asistencia, “el asistido sí ejerce personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico, se integra con la de su asistente, quien expresa su asentimiento para la realización del acto”²⁵.

El punto esencial radica en que, en consideración a que la regulación civil debe tener por mira lograr que el sujeto, según su grado de maduración, pueda crecer y obtener un grado de autonomía cada vez mayor en sus decisiones, el legislador ha consagrado la capacidad progresiva del menor. Esto implica definir en la ley una serie de condiciones por las cuales pueda pasar de la dependencia (o grado de dependencia) a la independencia, toda vez que “los problemas a los que se ven sometidos los menores son incalculables y la constante manipulación origina –por reacción lógica y natural– el rechazo a la ‘cosificación del menor’; así se tiende a que el niño deje de ser un objeto, para constituirse en un ‘sujeto de derechos y de derecho’”²⁶.

En principio, la mayoría de edad es el punto clave para asumir que el menor ha dejado de serlo y que tiene la experiencia y la capacidad para poder afrontar solo las cuestiones relativas a su vida futura, sin importar el género.

A. El interés superior de los niños o niñas y su autonomía progresiva

El criterio del “interés superior del niño o niña” es hoy el propósito general de la legislación comparada, pues es un instituto que se desprende directamente de la regulación convencional²⁷. Este interés ha supuesto “concebir a los niños como sujetos

23 CROVI, L. D., “Nuevo régimen de capacidad de los menores”, en *Abeledo Perrot online*, 0003/014930, 2010, 2.

24 OLMO, J. P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela. ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, *Revista de Derecho de la Familia y la Persona*, La Ley, julio, 2012, 4.

25 Ibíd.

26 HIGHTON DE NOLASCO, E., “Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley online*, AR/DOC/1008/2015, Buenos Aires, La Ley, 2015, 2.

27 Véase Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, particularmente arts. 3, 5, 12 y 18.

de derecho y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado y por los mayores”²⁸. Así, bajo este criterio general, el código civil y comercial ha cambiado y actualizado sus normas. Adicionalmente, el código unificado buscar dar respuesta a los cambios sociales, por lo que reconoce la autonomía progresiva de la persona menor de edad, que “traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia [...], derivada del campo bioético”²⁹.

El principio “habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir”³⁰. La razón para ello es que el legislador ha considerado la capacidad en clave progresiva, dando al menor la posibilidad de ir adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones en su vida civil.

Aquel principio proviene del modelo de “protección integral de los derechos” en el que está inscrita la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña, y supone la necesidad de equilibrar el derecho de todo niño a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con la posibilidad de recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares.

Es bueno, pues, prestar atención siquiera someramente al contenido de dicha Convención, por cuanto allí reside, en gran medida, el contenido esencial de lo que responde a esta visión de la llamada “autonomía progresiva”.

El texto establece, desde su preámbulo, el propósito de que los niños y niñas deban estar plenamente preparados para una vida independiente en sociedad, y a lo largo del texto “recepta en varias de sus disposiciones la importancia de reconocer el desarrollo, evolución y progresividad de su madurez y, consigo, la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan los niños y adolescentes”³¹.

Su artículo 5 recuerda que los Estados Parte deben respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores o personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la Convención. No es menor el detalle respecto a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la obligación parental (en sentido general) de guía –que es claramente limitada y no absoluta– y la autonomía que poco a poco va adquiriendo el menor.

28 HIGHTON DE NOLASCO, “Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial”, cit., 3.

29 FERNÁNDEZ, S., “Comentario a los arts. 22 a 50”, en HERRERA et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, cit., 66.

30 Ibíd.

31 HERRERA, M., “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 11, 2009, 114.

Por su parte, el artículo 12 considera a los niños y niñas reales sujetos de derechos, no solo por suponer que pueden formar un juicio propio y expresar su opinión libremente en todo aquello que los afecte, sino porque también les da la posibilidad de participar en los procesos judiciales o administrativos en los que estén involucrados, pero pudiendo expresarse directamente o a través de representantes.

Son numerosas las referencias que es posible encontrar en este instrumento para comprender la extensión del concepto, pero lo que para este trabajo hay que tener presente es que puede existir una disfunción entre el planteamiento general y la norma en particular. Esto ha sido ya resaltado, por ejemplo, al precisar:

... el principio de autonomía y [la] consecuente participación de niños y adolescentes en los actos, conflictos e intereses que los involucran, generan planteos jurídicos trascendentales no sólo en lo atinente al derecho de fondo, básicamente en lo que respecta a la capacidad civil y representación legal, sino también en el aspecto procedural en lo atinente a la capacidad procesal de niños y adolescentes³².

B. Gradaciones establecidas en el código

Ahora bien, en el ordenamiento argentino todas las personas tienen capacidad de derecho³³, y, por regla general, todas tienen capacidad de ejercicio de sus derechos³⁴, pero esta puede ser limitada, expresamente desde la norma o mediante sentencia judicial³⁵.

El código, en su artículo 25, ha establecido ciertas gradaciones que se refieren a la persona, las que podrían ser resumidas como sigue:

- Persona menor de edad: aquella que no haya cumplido dieciocho años;
- Simplemente menor: la persona menor de edad que tiene menos de trece años;
- Adolescente: la persona menor de edad con trece años cumplidos y no llega a dieciocho; y
- Persona mayor de edad: la persona que ya cumplió dieciocho años.

La minoridad encuentra, entonces, sub estadios. Se ha dicho que se pensó en la figura del adolescente por cuanto “es esencialmente una época de cambios. Es la

32 Ibíd., 115.

33 Cfr. art. 22 CCyCN. Se ha dicho sobre esta que es “la aptitud de toda persona [...] por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de si esto es actuado por ella misma o con intervención o intermediación de un tercero”. FERNÁNDEZ, S., “Comentario a los arts. 22 a 50”, en HERRERA et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, cit., 56.

34 Véase art. 23 CCyCN. Esta es “la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento”. FERNÁNDEZ, “Comentario a los arts. 22 a 50”, cit., 56.

35 Véase art. 23 CCyCN. Para profundizar en aquellas personas que son incapaces de ejercicio, cfr. art. 24 ibíd.

etapa que marca el proceso de transformación de ‘niño’ en adulto, es un período de transición que tiene características peculiares”³⁶.

Lo anterior responde al criterio de capacidad progresiva, concepto jurídico indeterminado que, básicamente, “está ligado a una gradación en el ejercicio de los derechos en función del desarrollo psicofísico o la evolución de facultades de los Niños, Niñas y Adolescentes”³⁷. Esto implica la correlación de dos conceptos sumamente complejos no solo para el mundo del derecho, sino para la psicología, la medicina y la educación, como son el desarrollo psicofísico y la evolución de las propias facultades.

Esta progresividad, teniendo en cuenta lo señalado por el código, podría dar lugar, por ejemplo, a que a partir de los trece años una persona menor de edad se presume madura para tomar decisiones que afectan ámbitos trascendentales de su vida, permitiéndole hacer lo propio en cuestiones relativas a la educación, la libertad de conciencia, la libertad religiosa o ideológica, sumado a la defensa de su faz íntima y a la posible participación en diversos ámbitos donde puede ejercer la mayoría de sus derechos fundamentales. Así, “el Código indica una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos humanos o personalísimos”³⁸, presunción que, como se verá, admite prueba en contrario.

C. Ejercicio de los derechos de la persona menor adolescente: tratamientos médicos

Teniendo presente la gradación que realiza el código, las personas menores de edad pueden ser simplemente menores o adolescentes. El tratar de definir la adolescencia implica entender al menor en su contexto vital, ya que

... es una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos. No es solamente un período de adaptación a los cambios corporales, sino una fase de grandes determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social³⁹.

El código les reconoce a las personas menores de edad una serie de derechos a través del artículo 26, siendo la regla que estas los ejercen a través de sus representantes

36 HIGHTON DE NOLASCO, “Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial”, cit., 5.

37 FAMÁ, M. V., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley online*, AR/doc/3698/2015, Buenos Aires, La Ley, 2015, 2.

38 Ibíd., 5.

39 PINEDA PÉREZ, S. y ALIÑO SANTIAGO, M., “El concepto de adolescencia”, en MÁRQUEZ GÁLVEZ, R. et al. (eds.), *Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud en la adolescencia*, La Habana, MINSAP, 1999, 16.

legales. No obstante, si tienen una edad y un grado de madurez suficientes, se les reconoce que puedan ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico. Es destacable que, en caso de conflicto de intereses con sus representantes legales, pueden intervenir con asistencia letrada. Asimismo, los menores de edad tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que les concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Ahora bien, en relación con las personas adolescentes hay una subdivisión en categorías etarias en materia de prácticas sanitarias: el código unificado presume que entre los trece y los dieciséis años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

Por otro lado, en el caso de tratamientos invasivos que sí comprometan su estado de salud o puedan provocarle un riesgo en su vida o integridad física, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la “asistencia” de sus progenitores, y, si existiese conflicto entre ellos, habrá que resolverlo teniendo en cuenta el interés superior del menor, sobre la base de opiniones médicas respecto a las consecuencias que puede tener sobre la vida de la persona el que se realice o no la práctica.

Claramente, para el código, entre los dieciséis y los dieciocho años y en todo lo que se refiere a las decisiones sobre su propio cuerpo, la persona adolescente es considerada como adulta.

Respecto de los motivos que han llevado a que se determinen estos grados de adaptación de la madurez en la persona menor de edad, se ha dicho:

La Convención sobre los Derechos del Niño no contiene una norma que expresamente se refiera al derecho de niños y adolescentes para decidir sobre el cuidado de su salud y su cuerpo y menos desde qué edad ello podría ocurrir. Sin embargo, ponderando los términos del art. 12 que garantiza el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, la mentada autodeterminación debe considerarse comprendida⁴⁰.

D. Determinación de la edad y grado de madurez suficiente

Por su parte, en relación con la incapacidad de ejercicio, el código refiere la edad y el grado de madurez suficientes como criterios correctores. Esto es, una vez más, apela a un concepto jurídico indeterminado, que por sí produce varios desafíos.

La cuestión comporta, entonces, el análisis de cada caso en particular, ya que “iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentara capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros”⁴¹. Por esta razón, hay que entender que “[e]l criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente

40 HIGHTON DE NOLASCO, “Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial”, cit., 5.

41 FERNÁNDEZ, “Comentario a los arts. 22 a 50”, cit., 67.

cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción [...] no la presenta para consentir –por sí solo– una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética⁴².

Por ello no es fácil determinar cuándo un niño o una niña ha llegado a una madurez suficiente con fundamento solo en la edad. Es sabido que existen pequeños que tienen una capacidad de comprensión y adaptación social mayor que la de otros, y esto genera diferencias entre grupos de la misma edad o grado de escolaridad, ya que hay algunos que crecen más rápido y se integran mejor a otros grupos sociales, y otros que no logran hacerlo, sea por el entorno familiar en el que viven, sea por sus propias capacidades.

Hay circunstancias que inciden –para bien o para mal– en el alcance de un mayor o menor grado de autonomía. Por ejemplo, que el niño o niña pueda contar o no con sus padres; que haya sido abandonado material o formalmente por aquellos; el tener que asumir un rol de colaborador económico en la familia ante una situación de crisis, etc. De allí que aunque el niño o niña pueda naturalmente tener una vocación independiente y madura, el entorno juega un papel clave en cuanto a su mayor o menor dependencia respecto de los adultos.

Frente a estas premisas, hay que tener en cuenta el rol que cumplen los padres. Así, el artículo 638 refiere a la responsabilidad parental como un conjunto de obligaciones y derechos que tienen los padres respecto de sus hijos, su persona y sus bienes, de manera tal que propenda a la protección, desarrollo y formación integral, mientras sea una persona menor de edad (como es en este caso) y no se haya emancipado.

A su vez, el artículo 639 del código señala los principios que rigen esta responsabilidad, indicando, en primer lugar, el interés superior del niño o niña; luego, la autonomía progresiva; y, por último, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Habiendo ya hecho mención al interés superior y al derecho a ser oído, valga anotar que en relación con la autonomía progresiva se adopta el criterio de corrección inversa, consistente en la limitación progresiva de la dependencia de la representación de los padres para el ejercicio de sus derechos, a medida que los niños o niñas discurren temporalmente y adoptan ciertas características psicofísicas, adquieren determinadas aptitudes y se desarrollan.

Se trata, una vez más, de la adopción de conceptos jurídicos indeterminados que es necesario precisar, por cuanto en estos casos entran en juego ni más ni menos que decisiones que atañen a la actuación civil del sujeto. Surge, por ejemplo, la pregunta relativa a cómo determinar que un niño o niña, a una edad determinada, tiene un grado de madurez suficiente para poder ejecutar por sí ciertos actos jurídicos. No siendo posible dar una respuesta categórica o general, la cuestión se reduce a un problema probatorio, para demostrar que la persona menor de edad tiene realmente

42 Ibíd.

la capacidad e independencia para actuar por sí. La carga de la prueba, en este caso, no recae en el propio niño o niña, sino que es necesario ofrecer objetividad mediante una sentencia, referida a “un proceso de conocimiento rápido que podrá ser iniciado por quien necesite contar con la certeza respecto de tal aptitud del menor para ejercer por sí derechos que le incumben”⁴³.

Surgen, también, otras preguntas todavía sin resolver en relación con el instrumento probatorio idóneo: ¿será una pericia psicológica o, acaso, un dictamen de un equipo interdisciplinario⁴⁴ o multidisciplinario⁴⁵? ¿Debería realizarse una medida preparatoria previa? En todo caso, habrá que esperar un pronunciamiento por parte de la jurisprudencia.

III. Los desafíos de las prestaciones sanitarias y las cuestiones de capacidad

A. La diferencia de la mayoría de edad para actuaciones en general y para las prestaciones sanitarias

Se han indicado las particularidades de la regulación de la mayoría de edad y la graduación en materia de minoridad. El código, con vistas a proteger el interés superior del niño, trata de limitar la representación legal, lo que ha transformado la regla en una quasi regla, por cuanto no todos los actos que realizan las personas menores requieren el consentimiento de los padres. Se concentrará el análisis ahora en la cuestión de las prestaciones sanitarias.

La vida del niño o niña depende de su salud. Según la Organización Mundial de la Salud⁴⁶, recogiendo la definición de 1956 de René Dubos, la salud corresponde a “un estado físico y mental razonablemente libre de incomodidad y dolor, que permite a la persona en cuestión funcionar efectivamente por el más largo tiempo posible en el ambiente donde por elección está ubicada”⁴⁷. En definitiva, es el estado que

43 CAMPIS, C. E., “La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil”, en *La Ley online*, AR/DOC/535/2016, Buenos Aires, La Ley, 2016, 5.

44 Véase art. 31, inc. c del código civil y comercial de la Nación.

45 Véase art. 76, inc. b del código civil y comercial de la Nación.

46 La Organización Mundial de la Salud ha indicado: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La cita procede del 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, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, n.º 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948. Véase oms, “¿Cómo define la oms la salud?”, [en línea], disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faqs/es/> [Consultado el 21 de marzo de 2018].

47 Véase DUBÓS, R., “El concepto de salud”, [en línea], disponible en: <http://www.saludmed.com/Salud/CptSalud/CptSaCon.html> [Consultado el 21 de marzo de 2018].

permite, a aquel que lo disfruta, consagrarse plenamente a sus proyectos. La salud implica no solo el disfrutar del ahora, sino también el poder pensar en el mañana.

Con relación a ella, en el CCyCN se identifica la posibilidad de que el adolescente haga uso de su capacidad de ejercicio para adoptar por sí ciertas decisiones que afectan a su propio cuerpo. Tiene que ver, esencialmente, con la capacidad de decidir, con su propia autonomía, lo que –como se ha visto– implica progresividad. Esta autonomía incorpora al menos dos condiciones éticas. Por un lado, que los individuos deben ser tratados como entes autónomos; y, por otro, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de especial protección. Por lo apuntado, hay que tener siempre presentes –sobre todo en el caso de los jóvenes– los dos puntos que muchas veces entran en discordia o parecen, a primera vista, irreconciliables.

En materia de prestaciones sanitarias, entonces, el código identifica los posibles escenarios ya descritos, en los que se equipara la persona adolescente a la adulta. Las prestaciones sanitarias serán un punto de inflexión en cuanto al reconocimiento que el derecho le otorga al adolescente para actuar con mayor o menor grado de independencia. Frente a lo dicho puede surgir el siguiente interrogante: ¿no es esto un tema demasiado sensible como para haberlo dejado al arbitrio del menor? A simple vista, parece ser que sí.

B. ¿La autonomía para decidir sobre el propio cuerpo implica la posibilidad de firmar el contrato médico? ¿Quién debe abonar las prestaciones?

La toma de decisiones sobre el propio cuerpo asume una especial dimensión cuando se acude a un profesional de la salud. En la relación de la persona menor y el galeno surge la pregunta acerca de si las personas menores de edad se encuentran en condiciones de firmar el contrato médico, cuestión sobre la que, *prima facie*, no tendrían capacidad legal.

En estas circunstancias se podría hacer referencia a la autorización y grado de madurez mental de que habla artículo 26 CCyCN cuando señala “y en los actos que le sean permitidos”. Bajo esta lógica habría que aplicar, por ejemplo, las limitaciones contractuales impuestas por los artículos 683 y 684 CCyCN, según los cuales en los contratos deben intervenir los progenitores. Además, tomar este tipo de decisiones implica asumir sus consecuencias, es decir, afrontar el resultado del uso del derecho. La persona menor de edad se transforma en un consumidor en los términos de la ley, por lo que debe cumplir con la contraprestación, es decir, solventarla con el pago.

Se podría preguntar el médico: ¿quién debe pagar la intervención médica, el menor o sus progenitores? No hay que olvidar que estas prestaciones no solo constituyen un modo de saneamiento de un problema sanitario, sino también un instrumento para paliar ciertas afecciones estéticas que no necesariamente o por sí solas ponen en riesgo la vida del sujeto. Así pues, el personal encargado de las prestaciones sanitarias en los centros de salud, ¿prestaría el servicio a un sujeto que sabe que no puede formalizar dicho contrato ni afrontar –en general– los costos derivados de la

intervención? Es dudosa la respuesta positiva. Este es un ejemplo de las limitaciones a la capacidad de ejercicio, pese a su reconocimiento legal.

En definitiva, la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad residiría en el poder tomar decisiones sobre su propio cuerpo, pero sin que esté en condiciones de perfeccionar el contrato, aun en el caso de los adolescentes de diecisésis años.

C. Tratamientos invasivos y no invasivos: determinación médica, no jurídica

El código distingue entre tratamientos invasivos y no invasivos para otorgar la capacidad de ejercicio a la persona menor adolescente. Esta distinción no es baladí, por cuanto resulta trascendente a la hora de tomar decisiones puntuales y poder intervenir.

Las prácticas no invasivas se caracterizan por ser escasamente agresivas, producir resultados rápidos, no requerir internación y ser de pronta recuperación. A diferencia de ellas, las invasivas pueden implicar una agresión al cuerpo y sus resultados no pueden apreciarse de un día para otro, sino que requieren de un proceso que en la mayoría de los casos supone internación y en el que la recuperación puede ser lenta. La medicina estética, por ejemplo, puede constituir en muchos casos un tratamiento no invasivo⁴⁸.

El gran problema que surge del código es que no hay una definición de tratamiento invasivo y no invasivo. Esta indeterminación no solo es propia del ordenamiento jurídico, sino que también caracteriza la realidad argentina, por cuanto no hay ningún órgano que defina a ciencia cierta qué tipo de tratamiento resulta invasivo o no, atribuyéndose al propio médico la posibilidad de otorgar una definición, siempre en función del paciente y su afección concreta.

En el momento en que la persona menor adolescente quiera hacer uso de su capacidad de ejercicio para asumir las decisiones sobre su cuerpo se hace necesario un arbitrio médico para determinar si hay invasión o no. Aquí es posible apreciar que el código ha quedado un tanto atrasado y no ha regulado cuestiones que serían útiles para la calificación en su conjunto de las actuaciones de los particulares en este escenario. Quizá, en una próxima revisión, se resuelvan estas lagunas.

En todo caso, es posible ampliar la lista de interrogantes que surgen frente a la concepción primigenia según la cual la persona más indicada para determinar si existe una afección cuyo tratamiento es invasivo o no en el caso concreto es el profesional de la salud. Podría ocurrir que existiese un catálogo federal⁴⁹ que otorgue

48 Para mayor claridad sobre la distinción, cfr. PANDOLFO, M., “Tratamientos no invasivos: lo que tenés que saber”, [en línea], disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1761905-tratamientos-no-invasivos-lo-que-tenes-que-saber> [Consultado el 21 de marzo de 2018].

49 Al respecto, se deben considerar los desafíos que conlleva, en el caso de Argentina, la determinación federal teniendo presentes los problemas de la federalización del sistema sanitario. Cfr. en relación con la muerte digna: ZALAZAR, C. E. y CARRANZA, G. G., “Desarreglos institucionales en materia de

certidumbre al momento de accionar y que, bajo ciertas circunstancias, permita una consulta a un comité especializado⁵⁰.

D. Oposición de los padres, opinión médica y comités de ética

Habría que pensar en los desafíos que pueden presentarse cuando una persona adolescente pretende hacer uso de su capacidad de ejercicio, decidiendo que quiere realizar una intervención sobre su propio cuerpo y enfrentándose por ello a la oposición parental. Con los nuevos cambios,

En el seno de la familia, este mandato implica la redefinición de la relación entre progenitores e hijos a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño, basado en la consideración de su personalidad y el respeto de sus necesidades en cada período de su vida, y en su participación activa en el proceso formativo⁵¹.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la presunción del código respecto de la persona adolescente de entre trece y dieciséis años que quiere hacer uso de tratamientos no invasivos es una presunción *iuris tantum*. Lo dicho comporta la posibilidad de aportar prueba en contrario, es decir, de ir en contravía de la decisión de la persona en el caso en concreto, limitando su capacidad de ejercicio. Esta presunción podría ser desvirtuada, por ejemplo, por probanzas en el marco de un proceso judicial.

En segundo lugar, en el escenario de la persona adolescente de la misma edad que quiera someterse a tratamientos invasivos, se requiere que los progenitores otorguen su aprobación explícita brindando el asentimiento (esto es, firmando conjuntamente con el menor el consentimiento informado).

En tercer lugar, a partir de los dieciséis años, la persona adolescente es considerada adulta, por lo que no requeriría el consentimiento de los padres. Claro está que, de conformidad con lo expuesto previamente, no lo requiere para tomar la decisión, pero sí para formalizar el contrato de prestación de servicios sanitarios.

En estos casos hay que tener presente que muchos tratan de diferenciar “capacidad” y “competencia”, como conceptos jurídico y bioético, respectivamente. El primero se restringiría a lo que se viene precisando, es decir, a la diversa aptitud o grado de aptitud para el ejercicio de los derechos. Por su parte, el concepto de “competencia” sería distinto, por cuanto implicaría una posibilidad de discernimiento por

muerte digna: el resurgir de los desafíos de la federalización sanitaria argentina”, *Revista de Derecho de la Familia y la Personas*, La Ley, febrero, 165-176.

50 Cuya instauración es obligatoria para todos los nosocomios, de conformidad con las leyes nacionales 24742 y 26529, pero cuyo incumplimiento es palmario en la realidad.

51 FAMÁ, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial”, cit., 5.

parte de la persona que asimila la información brindada por el galeno y, en función de ella, toma una decisión determinada.

Sin embargo, no existe una relación necesaria entre ambos conceptos, por cuanto la “competencia” pertenece al ejercicio de los derechos fundamentales y no se define por parámetros etarios, sino que, precisamente, se va formando, requiere una evolución, ya que no se adquiere o se pierde de un momento a otro. Es, evidentemente, un proceso.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las decisiones de los menores en uso de su autonomía no siempre son coherentes. Hay estudios que dan cuenta de las decisiones irrationales de los jóvenes⁵², por cuanto puede existir entre ellos un sesgo orientado al presente y al futuro inmediato, o la negación de que los posibles efectos adversos de una intervención puedan presentarse en su caso. Algunos proponen que la toma de decisiones se realice, sobre todo en los jóvenes, de manera conjunta con el médico que los atiende⁵³, porque piensan que a través del reconocimiento recíproco las decisiones pueden tener más peso al ser compartidas con quien los atiende sanitariamente⁵⁴.

Hay quienes piensan desde una perspectiva paternalista y consideran que la persona adolescente, por el hecho de tener que tomar la decisión frente a un médico adulto, podría cambiar su parecer o, al menos, recibir orientación hacia una determinada preferencia, influido por aquel. Esto es así por cuanto, “[e]n el caso del paciente adolescente, la diferencia generacional acepta culturalmente el papel del joven subordinado al adulto. Aun cuando los cambios sociales otorguen hoy a los jóvenes un lugar más preponderante, la edad sigue operando en las costumbres como factor que da prioridad a los adultos”⁵⁵. Aunque no siempre es así; de hecho:

... se sabe que, aun aplicando el modelo paternalista, la autonomía del paciente puede funcionar igualmente. Así, las indicaciones cerradas que se les dan en una relación paternalista suelen ser modificadas por decisión de las [y los] jóvenes que, en uso de su autonomía, varían las prescripciones en conocimientos basados en su sentido común⁵⁶.

52 Véase ZAVALA SARRO, S. et. al., “Autonomía del paciente y derecho a rehusar tratamientos: conocimiento en médicos jóvenes peruanos”, en *Acta Médica Peruana*, Colegio Médico del Perú, n.º 29, 2012, 70-78.

53 Véase COSTA ALCARAZ, A. M. et al., “El paciente, ¿es posible ayudar a los pacientes a decidir?”, en *Atención Primaria*, Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, n.º 40, 2008, 97-99.

54 Véase COSTA ALCARAZ, A. M. et al., “Reconocimiento recíproco y toma de decisiones compartida con el paciente”, *Revista Clínica Española*, Sociedad Española de Medicina Interna, n.º 211, 2011, 581-886.

55 CUALLI DE TRUMPER, E. y SANTOS, H., “Dimensión bioética de la consulta médica de la adolescente”, en FLAH, L., *Los desafíos del derecho de familia en el siglo xxi: derechos humanos, bioética, relaciones familiares, problemáticas infanto-juveniles: homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Buenos Aires, Errepar, 2011, 6.

56 Ibíd.

Esto ha llevado a que se estime que el respeto a la autonomía debe ser entendido como el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de la persona, y de la capacidad de tomar libremente sus decisiones de acuerdo con su propio sistema de valores⁵⁷. De todas maneras, no puede olvidarse que vivimos en un mundo sanitario complejo, en el que,

... además de los cambios científico-técnicos, la transformación social también ha impactado en la relación profesional-persona enferma. El reconocimiento de la autonomía de la persona ha hecho que se tenga que contar con la participación del paciente en la toma de decisiones, a fin de que se respeten sus preferencias. Este reto también se da en el ámbito infanto-juvenil⁵⁸.

Hay que tener presente, además, el problema que surge cuando los padres no quieren brindar el asentimiento. En ese caso, la decisión deberá prestar atención al interés superior del niño o niña, con base en la opinión médica respecto de las consecuencias que se pueden derivar de la realización o no del acto. Ahora bien, ¿quién resolverá este conflicto?, ¿se puede dejar al arbitrio del propio médico?, ¿deben entrar a jugar un papel crucial los comités de bioética de los centros sanitarios?, ¿ha de judicializarse el caso?

Se podría considerar que, con vistas a tratar de no llegar a una judicialización (que implicaría un proceso desgastante para toda la familia), habría que dejar el caso a un comité de bioética del propio centro médico, que jugaría un papel crucial ya que no solo actuaría como un ente independiente, sino que además tendría la capacidad de resolver el conflicto con base en opiniones que subyacen a la medicina y a la bioética. El problema en este punto es que la mayoría de los entes de salud de Argentina no cuentan con dichos comités, pese a que la Ley 24742 los obligue a tenerlos⁵⁹.

Frente a la inexistencia de dichos comités o frente a situaciones especialmente complejas, es previsible que los casos se judicialicen. Por ello, el juez tendrá que decidir siempre teniendo en cuenta como criterio de corrección del problema el interés superior y la autonomía progresiva del adolescente, aunque con un agregado importante: la necesaria realización de pericias médicas.

Esta solución es posible para los casos de personas adolescentes de entre trece y dieciséis años; pero ¿qué pasará con los casos de los menores de más de dieciséis

57 BUSQUETS I ALIBÉS, E., “Vivir éticamente”, en *Bioètica & Debat: Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica*, Institut Borja de Bioética, n.º 80, 2017, 24-24.

58 ESQUERDA, M. y NOLLA, C., “La toma de decisiones y el proceso de información en niños y adolescentes”, en *Bioètica & Debat: Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica*, Institut Borja de Bioética, n.º 80, 2017, 14.

59 Señala el artículo 1.º de la Ley: “En todo hospital del sistema público de salud y seguridad social, en la medida en que su complejidad lo permita, deberá existir un Comité Hospitalario de Ética, el que cumplirá funciones de asesoramiento, estudio, docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surgen de la práctica de la medicina hospitalaria”.

años? En este caso se está ante una laguna del derecho, porque si bien la ley permite dar una solución teniendo al sujeto como un mayor con plena capacidad de ejercicio, los desafíos morales, bioéticos y sociales que abre el último párrafo del artículo 26 son, por lo pronto, de la mayor importancia.

En todo caso, es previsible que, ante la judicialización, la respuesta venga cargada de un estudio que sobreponga la dimensión de la ley civil para adentrarse en cuestiones constitucionales y convencionales, aplicando los artículos 1 y 2 del nuevo código, esto es, haciendo válidas para el caso en concreto las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conclusiones

La necesidad de tener en cuenta el interés superior de los niños o niñas es lo que ha llevado al legislador a establecer los diversos institutos que regulan las cuestiones de la capacidad de ejercicio de sus derechos. Lo anterior en respuesta a un movimiento internacional orientado a reconocer la autonomía progresiva de la persona menor, la cual puede ir adquiriendo ciertas capacidades conforme avanza en el camino de su vida.

Son diversos los conceptos que se incorporan al mundo jurídico argentino en torno a la especial relación existente entre la capacidad de los niños, niñas y adolescentes y la posibilidad de asumir por sí mismos decisiones trascendentales correspondientes a intervenciones sobre su propio cuerpo. Algunos de estos conceptos presentan una naturaleza indeterminada y, para poder ser utilizados de manera específica, requieren tanto de un contexto como de un sujeto que los contextualice.

Todas las posibilidades de que disponen las personas menores en relación con la decisión sobre intervenciones corporales suponen la necesidad de entender esta realidad desde el enfoque de la dignidad humana, pero prestando siempre atención de manera específica a la persona menor, a su consentimiento y al nutrido entramado normativo desde el que hoy se analizan las decisiones sanitarias. Hay que tener en cuenta, entonces, que ya no solo entra en juego la norma civil, sino también la de consumo y, por encima de estas, los principios y reglas constitucionales y convencionales.

La nueva regulación es innovadora y de avanzada. Establece un sistema de graduaciones con relación a la capacidad de las personas menores para comprender cuáles decisiones pueden tomar. La clave del análisis es la de un proceso que se entiende de manera creciente y gradual y que no es estático e igual en todos los casos.

Entender al código civil y comercial en relación con la autonomía progresiva importa no solo comprender una normativa que supone una mejora para la sociedad argentina, sino también considerar los posibles desafíos que se presentan en el momento en que la persona adolescente quiere someterse por iniciativa propia a una cierta práctica médica. La clave está, entonces, no tanto en el mundo del *deber ser*, sino en el del *ser*.

Adicionalmente, es necesario considerar otros actores que asumen un rol específico en torno a la decisión que una persona menor de edad puede tomar. Así, el abanico se extiende a todos los sujetos relacionados con ella: a los padres, tutores o responsables; a los médicos; a los comités hospitalarios; a los jueces, etc. Aquello que se decide, entonces, no queda solo en el ámbito privado del niño, niña o adolescente, sino que se proyecta más allá, y es por ello que no es posible establecer soluciones generales, sino que se tienen que encontrar soluciones que atiendan las particularidades de cada caso.

La toma de decisiones sobre el cuerpo implica la concurrencia de un cierto grado de madurez, pues no solo se refiere a intervenciones sencillas y no invasivas, sino que puede involucrar también actos complejos, yendo desde una modificación estética hasta la extirpación de un órgano o la negación (por motivos religiosos o no) a transfusiones necesarias para mantenerse vivos.

Quizá esta regulación muestra un cambio concreto en el corto plazo, pero puede estar dejando al margen los problemas que se pueden producir en el mediano o el largo plazo. Es evidente la pretensión de adelantar a la sociedad, pero en este caso se olvida la complejidad propia de la vida antes de la mayoría de edad, no solo por los cambios físicos, sino también por los cambios psicológicos influenciados por la moda social o el capricho personal.

Desde esta tribuna se augura que este tipo de cambios no sean “un brindis al sol”, sino que converjan en una serie de debates que permitan a toda la sociedad construirse sobre la base de la justicia y la razón.

Referencias

American College of Physicians, *Manual de ética*, 6.^a ed., [en línea], disponible en: https://www.acponline.org/system/files/documents/running_practice/ethics/manual/spanish-ethics-manual-6th-edition.pdf [Consultado el 21 de marzo de 2018].

BANCOFF, P., “El consentimiento informado en el nuevo código civil y comercial de la Nación y su relación con la Ley 26.529”, *La Ley online*, AR/DOC/646/2015, La Ley, 2015, 1-12.

BRODSKY, J. y GARAVENTA, C., “El consentimiento informado: guardián de la autonomía de la voluntad en el bioderecho”, en AIZENBERG, M. (dir.), *Estudios acerca del derecho a la salud*, Buenos Aires, La Ley, 2014, 139-156.

BUSQUETS I ALIBÉS, E., “Vivir éticamente”, en *Bioètica & Debat: Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica*, Institut Borja de Bioética, n.^o 80, 2017, 24-24.

- CAMPS, C. E., “La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil”, en *La Ley online*, AR/DOC/535/2016, Buenos Aires, La Ley, 2016, 1-12.
- CARRANZA, G. G., “Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, n.º 21, 2017, 161-185.
- CARRANZA, G. G., “La constitucionalización del derecho privado en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, en ZALAZAR, C. E. (dir.), *Impactos procesales del código civil y comercial de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2017, 12-70.
- COSTA ALCARAZ, A. M. et al., “El paciente, ¿es posible ayudar a los pacientes a decidir?”, en *Atención Primaria*, Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, n.º 40, 2008, 97-99.
- COSTA ALCARAZ, A. M. et al., “Reconocimiento recíproco y toma de decisiones compartida con el paciente”, *Revista Clínica Española*, Sociedad Española de Medicina Interna, n.º 211, 2011, 581-886.
- CROVI, L. D., “Nuevo régimen de capacidad de los menores”, en *Abeledo Perrot online*, 0003/014930, 2010, 1-22.
- CUALLI DE TRUMPER, E. y SANTOS, H., “Dimensión bioética de la consulta médica de la adolescente”, en FLAH, L., *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI: derechos humanos, bioética, relaciones familiares, problemáticas infanto-juveniles: homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Buenos Aires, Errepar, 2011, 337-354.
- DUBÓS, R., “El concepto de salud”, [en línea], disponible en: <http://www.saludmed.com/Salud/CptSalud/CptSaCon.html> [Consultado el 21 de marzo de 2018].
- ESQUERDA, M. y NOLLA, C., “La toma de decisiones y el proceso de información en niños y adolescentes”, en *Bioètica & Debat: Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioètica*, Institut Borja de Bioética, n.º 80, 2017, 14-19.
- FAMÁ, M. V., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley online*, AR/DOC/3698/2015, Buenos Aires, La Ley, 2015, 1-16.
- FERNÁNDEZ, S., “Comentario a los arts. 22 a 50”, en HERRERA, M. et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, Infojus, 2015, 55-150.

GUERRA VAQUERO, A. Y., “El paciente como sujeto de derechos: la autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado y de las instrucciones previas”, en *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, UAM, n.º 12, 2016, 153-162.

GROS ESPIELL, H., “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, vol. 4, 2003, 193-223.

HERRERA, M., “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n.º 11, 2009, 107-143.

HERRERA, M. et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Buenos Aires, Infojus, 2015.

HERRERA, M. et al. (eds.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. II, Buenos Aires, Infojus, 2015.

HIGHTON DE NOLASCO, E., “Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley online*, AR/DOC/1008/2015, Buenos Aires, La Ley, 2015, 1-21.

LORENZETTI, R., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, 2014.

OLMO, J. P., “Capacidad jurídica, discapacidad y curatela, ¿crónica de una responsabilidad internacional anunciada?”, *Revista de Derecho de la Familia y la Persona*, La Ley, julio, 2012, 1-13.

OMS, “¿Cómo define la OMS la salud?”, [en línea], disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/> [Consultado el 21 de marzo de 2018].

PANDOLFO, M., “Tratamientos no invasivos: lo que tenés que saber”, [en línea], disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1761905-tratamientos-no-invasivos-lo-que-tenes-que-saber> [Consultado el 21 de marzo de 2018].

PINEDA PÉREZ, S. y Aliño Santiago, M., “El concepto de adolescencia”, en MÁRQUEZ GÁLVEZ, R. et al. (eds.), *Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud en la adolescencia*, La Habana, MINSAP, 1999, 15-23.

ZALAZAR, C. E. y CARRANZA, G. G., “Desarreglos institucionales en materia de mujer digna: el resurgir de los desafíos de la federalización sanitaria argentina”, *Revista de Derecho de la Familia y la Persona*, La Ley, febrero, 2015, 165-176.

ZAVALA SARRO, S. et. al., “Autonomía del paciente y derecho a rehusar tratamientos: conocimiento en médicos jóvenes peruanos”, en *Acta Médica Peruana*, Colegio Médico del Perú, n.º 29, 2012, 70-78.