

# Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

por SANDRA M. WIERZBA<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

El propósito de este trabajo es analizar la propuesta de regulación en materia de cuidados y decisiones sobre la salud de los adolescentes, del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>(2)</sup>. Tal propuesta fue respetada textualmente en el

.....

(1) Abogada y Doctora en Derecho. UBA. Profesora Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA y de Posgrado en UBA, UCA y UMSA (Bioética y Obligaciones). Autora y coautora de distintos libros y artículos sobre su especialidad. Directora del Proyecto "Lectores para la Justicia", acreditado UBACYT y DECYT 2012-2014.

(2) La coordinación general de esta iniciativa estuvo a cargo del Dr. Miguel F. De Lorenzo. Hubo, a su vez, participación de profesores especializados, del público en general, y de casi cien juristas organizados en equipos de trabajo por especialidad. La autora del presente texto, formó parte de la Comisión de Bioética, junto con los Drs. Salvador D. Bergel, Lily Flah y Eleonora Lamm. Corresponde aclarar que el presente análisis tuvo lugar durante los meses de junio y julio de 2012, cuando el Anteproyecto ya fue valorado por el Poder Ejecutivo Na-

Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de la Nación, y se encuentra actualmente a estudio por la Comisión bicameral para la reforma.

Sobre el particular y según sus propios fundamentos, se han tomado como antecedentes esenciales para la redacción del citado Anteproyecto, la Constitución Nacional reformada en el año 1994, los Tratados internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados, los procesos de integración y codificaciones latinoamericanas, los Proyectos y Anteproyectos de reforma previos<sup>(3)</sup>, la doctrina y la jurisprudencia. En general, tales textos han tenido gran trascendencia en la regulación e interpretación del tema que nos ocupa, que fue prácticamente obviado en el Código Civil vigente, por no constituir una cuestión de verdadero interés a la época de su redacción.

Es así que, acompañando la trascendencia que el Derecho a la Salud y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes presentan en los mencionados antecedentes, y a la luz de ciertos valores y principios esenciales como la igualdad, la no discriminación, y el respeto por los derechos de los integrantes de una sociedad multicultural, se procede a la regulación de tales derechos desde distintas perspectivas, en una obra en la que se patentiza la idea de constitucionalizar el derecho privado.

Cabe asimismo señalar que, si bien el ordenamiento bajo estudio se propone ordenar y actualizar el Código Civil y el de Comercio sin sustituir la legislación especial que ya integra o complementa tales cuerpos legales, éste lógicamente deroga una serie de disposiciones que en forma literal o adaptada, quedarían incorporadas al nuevo texto desde su entrada en vigencia<sup>(4)</sup>. Tal derogación no se aplica en principio a norma sanitaria algu-

.....  
cional, que propuso algunas reformas en materias diversas, no así en aquellas que aquí son objeto de estudio. El texto en cuestión se encuentra actualmente en proceso de examen por una Comisión Bicameral del Poder Legislativo, con miras a su consideración en el plenario, en sesiones ordinarias del año en curso.

(3) Anteproyecto de 1926 (Bibiloni); Proyecto de 1936; Anteproyecto de 1954 (Llambías, director), Proyecto de Unificación de 1987 (HC Diputados); Proyecto de Unificación de 1993 (Comisión Federal HC de Diputados); Proyecto Comisión decreto PEN 468/1992 (Proyecto 1993 PEN); y el Proyecto Comisión decreto PEN 685/95 (Proyecto 1998).

(4) Según el proyecto de ley aprobatorio del Código Civil y Comercial, se derogan las siguientes leyes: 340 (Código Civil); 15 y 2637 (salvo ciertos arts. que se incorporan a ley 20.094, de Navegación); 11.357 (Capacidad civil de la Mujer); 13.512 (Propiedad Horizontal); 14.394

na, y consecuentemente, ante cualquier diferencia entre la letra del Anteproyecto y las disposiciones especiales que regulan el Derecho a la Salud, podrá resultar crucial la tarea del intérprete.

Y veremos asimismo, que las propias disposiciones del Anteproyecto sobre actos que comprometen la salud de los adolescentes requieren de una interpretación armónica, máxime, ante la variedad de supuestos a los que podrán resultar aplicables, y en tanto proponen consagrar un mayor espacio de autonomía para los jóvenes, respetando su “interés superior”.

En este trabajo, nos proponemos reflexionar sobre los alcances de las normas que aparecen en el Proyecto, sus posibles efectos sobre la realidad y los nuevos conflictos que su implementación podrá suponer. En cambio, no abundaremos en los fundamentos doctrinarios de la reforma estudiada, porque se han escrito ya muchos y muy buenos trabajos al respecto<sup>(5)</sup>,

.....  
(Menores y familia – Ausencia, Bien de familia); 18.248 (Nombre); 19.724 y 20276 (Prehizionalidad); 19.836 (Fundaciones); 21.342 y 23.091 (Locaciones urbanas —salvo art. 6—); 25.509 (Derecho real de superficie forestal) y 26.005 (Consortios de cooperación). A su vez, se derogan arts. determinados de las leyes 19.550 (Sociedades comerciales) —a este respecto, el PEN produjo variadas modificaciones, y anticipó su propósito de elaborar un proyecto de reforma integral—; 20.266 y sus modificatorias (Martilleros y corredores); 24.441 (Fideicomisos); 25.248 (Leasing); 26.356 (Tiempo compartido); decreto 1798/94 (Defensa del Consumidor).

(5) BELOFF, MARY, “La traducción latinoamericana de la Convención sobre Derechos del Niño”, en Lily Flah (dir.), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Errepar, 2011, p. 17 y ss.; CAMELO, GUSTAVO, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n° 1, Ediciones Infojus, p. 73, ver texto en: [http://www.infojus.gov.ar/\\_pdf\\_revistas/DERECHO\\_PRIVADO\\_A1\\_N1.pdf](http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PRIVADO_A1_N1.pdf); DEL MAZO, CARLOS “Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529”, *DFyP*, 01/07/2010, p. 212; FAMÁ, MARÍA V.; HERRERA, MARISA y REVSIN, MOIRA, “¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2003-A, pp. 237/250; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Bs. As., Ediar, 2006, T.I; GORVEIN, NILDA y POLAKIEWICZ, MARTA, “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”, en *ED*, 165-1288; GROSMAN, CECILIA P., “El interés superior del niño”, en Cecilia P. Grosman (dir.), *Los Derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad*, Bs. As., Universidad, 1998, vol. 1, pp. 23/75; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en Guillermo A. Borda (dir.), *La Persona Humana*, Bs. As., La Ley, 2001, vol. 1, pp.249/286; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO J., “El derecho de familia desde la Constitución nacional”, Bs. As., Ed. Universidad, 2009, p. 20 y ss; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. y MURGA, MARÍA E., “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2006-A, p. 1045; MINYERSKY, NELLY “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Abeledo Perrot, vol. 43, pp. 131/169; MINYERSKY, NELLY y HERRERA,

y en tanto que no cabe duda que las disposiciones bajo análisis responden a una alternativa válida de regulación concreta de lo dispuesto en textos fundamentales vigentes.

## 2 | Las normas relevantes

En esencia, son dos las disposiciones que definen los alcances de las decisiones que los adolescentes podrán tomar sobre su salud, en el contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación:

### A. Necesidad de contar con aptitud física y psíquica para otorgar el consentimiento informado en materia de salud

De acuerdo al art. 59 del Anteproyecto: "El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...) Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

La disposición es clara en el sentido de que no se requiere de capacidad jurídica para tomar este tipo de decisiones, sino de "aptitud" o "competencia"<sup>(6)</sup>. Ello responde a un criterio ya tradicional en nuestra doctrina, según el cual el consentimiento informado no supone un acto

MARISA, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en Emilio García Méndez (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes: Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, pp. 43/70; MIZRAHI, MAURICIO, "Los derechos del niño y la ley 26.061", *La Ley*, 2006-A, p. 858; NICOLAU, NOEMÍ L., "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad y su imagen", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-B, p. 1151; RINESSI, ANTONIO J., "La capacidad de los menores", en *Anales 2004*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2005, pp. 75/105; y SOLARI, NÉSTOR, "El Derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el Proceso Judicial", en *DJ*, 2005-3-1053 y en Inés M. Weinberg (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal Culzoni, 2002, entre variados trabajos.

(6) Si bien este término, traducido del inglés *competence*, es de uso ya habitual en Bioética y en nuestro lenguaje, preferimos el vocablo "aptitud", pues en español, aquel cuenta con

jurídico, sino una mera manifestación de voluntad no negocial —**simple acto lícito**<sup>(7)</sup>—, o bien un derecho personalísimo<sup>(8)</sup>.

En cualquiera de tales supuestos, la facultad de las personas de decidir por sí mismas la ejecución de un tratamiento médico, no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud.

Así, se admite que la posibilidad fáctica de expresar la propia determinación es susceptible de alterarse fácilmente en el caso de enfermedad física o psíquica. Y, a su vez, es dable considerar que en ciertas etapas de la vida puede existir mayor vulnerabilidad para la toma de decisiones, en personas que no han sido declaradas (**ni son pasibles de ser declaradas**) incapaces, que, sin embargo, requieren de la ayuda de un familiar o allegado para expresar su voluntad informada al tiempo del acto médico (**por ejemplo: adultos mayores, según procesos que tienen un componente individual relevante**).

Pero de otro lado, la disposición comentada también supone que los menores de edad, y en especial los adolescentes, pueden y deben considerarse facultados para aceptar y consentir por sí mismos ciertos tratamien-

.....  
 acepciones fuertemente ligadas a la idea de disputa (ver Real Academia Española, 22da. ed., en <http://www.rae.es>).

(7) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Ad Hoc, 2003, cap. V, pp. 81/177. Dentro de esta postura —que acepta el carácter de manifestación de voluntad no negocial del consentimiento informado—, José W. Tobías entendía que la autodeterminación del menor con discernimiento quedaba limitada por los poderes emergentes de la patria potestad, ver TOBIÁS, JOSÉ W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, en *ED*, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, en Academia Nacional de Derecho 2010 (septiembre), 20/01/2011, 5 - *DFyP*, p. 171.

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000; y en Guillermo A. Borda, (dir.), op. cit., p. 249; LAVALLE, OLGA O., “Consentimiento informado en adolescentes”, en *JA*, número especial: Bioética, 01/11/2000, p. 56. Ver asimismo BENAVENTE, MARÍA I., “El respecto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado”, en *ED*, 186, p. 1344.

tos, siempre que puedan comprender los aspectos esenciales relativos a la práctica propuesta<sup>(9)</sup>.

Y aunque de ser necesario, una última determinación siempre quedará en manos de los tribunales, la *lex artis* y la costumbre hacen que, por lo general, sea el médico tratante quien decida acerca de la aptitud, en base a criterios que desde el ámbito médico se van pautando.

Como se observa, la postura recogida por el art. 59 citado, se traduce en la simplificación de las reglas jurídicas en todo aquello que se refiere a decisiones sobre procedimientos médicos a realizarse sobre el propio cuerpo. En apoyo de esta conclusión, se erigen otras normas del propio Anteproyecto<sup>(10)</sup> y asimismo sus "Fundamentos"<sup>(11)</sup>, cuando al distinguir los conceptos de capacidad de derecho y de ejercicio, destacan las importantes modificaciones introducidas a esta última categoría, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad; las permanentes referencias a nociones como "edad y grado de madurez"; la necesidad de previsión legal de las restricciones a la capacidad; la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas; y la incorporación de la categoría de "adolescente".

Y esta simplificación también encuentra sustento en la propia letra de la ley, cuando se refiere a quiénes son las personas llamadas a decidir en caso de no poder hacerlo el enfermo. Tales personas incluyen al "conviviente" y al "allegado", quienes, por lo general, no son los representantes legales legitimados para actuar ante la **incapacidad** del interesado, sino simplemente, sujetos que se ocupan de la atención del paciente y que el legislador asume que podrán representar adecuadamente su interés, en aquello que concierne a los cuidados de su salud.

## **B. Los menores de edad y el ejercicio de sus derechos: pautas legales**

---

(9) Ver asimismo LAVALLE, OLGA O., "El consentimiento informado en adolescentes", en JA, 2000-IV-1067; y SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Sobre la capacidad de los menores de edad para consentir la realización de tratamientos médicos", en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-D, p. 1281.

(10) Por ejemplo, el art. 639 referido a la responsabilidad parental, entre otros.

(11) Por ejemplo, al referirse al cap. 2, a la "Capacidad".

A su vez, el art. 26 del Anteproyecto regula aspectos trascendentes referidos a variadas áreas del ejercicio de los derechos por parte de las personas menores de edad. En este sentido, la actuación por intermedio de los representantes legales luce como principio general, mas se aclara que quienes cuenten con edad y grado de madurez suficientes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, consagrándose el rol del abogado del menor para supuestos de conflictos de intereses con sus representantes legales.

Además, se reconoce expresamente a los menores el derecho a ser oídos en juicio y a participar en las decisiones sobre su persona, en un todo de acuerdo con la normativa fundamental e infraconstitucional vigente<sup>(12)</sup>, y en materia de salud se dispone expresamente: "Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

El texto citado es novedoso para la ley civil general, y despierta una serie de interrogantes sobre los que vale la pena reflexionar. En este sentido, cabe preguntarse: ¿acaso se trata de nuevos límites de edad rígidos, al estilo de los previstos en el Código Civil de Vélez Sársfield para el inicio del discernimiento para actos lícitos e ilícitos?; ¿cómo interpretar esta regla de derecho en forma armónica con la que surge del art. 59, antes ana-

(12) Así, por ejemplo, el art. 3 b), ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en BO 26/10/2005, recoge las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) y dispone sobre el respeto al interés superior del niño, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. En sentido similar, en los arts. 24 y 27, ley 26.529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, se establece expresamente que: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud" (art. 2, inc. e)).

lizado?; ¿qué criterio habrá de prevalecer cuando la legislación especial —sanitaria— consagre una pauta diferente? Y sobre todo: ¿cómo aplicar esta disposición, atendiendo al interés superior del niño o adolescente?

Seguidamente, intentaremos responder a ese tipo de interrogantes.

### 3 | Sentido y alcances de las normas sobre autonomía progresiva en el Anteproyecto. Una primera aproximación

De acuerdo a nuestra interpretación, tanto el art. 59 del Anteproyecto, referido al consentimiento informado, como su art. 26, sobre ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, resultan claras expresiones del principio de autonomía progresiva, que implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez. Suponen la regulación integral y sistemática de la materia que viene reclamando la doctrina<sup>(13)</sup>, y requieren de una interpretación armónica.

Las edades señaladas en el art. 26 se asocian a una presunción *iuris tantum* a ser aplicada con cautela, a tenor del contenido del citado art. 59 y de los valores comprometidos. Tal lectura del texto, se apoya además en cues-

---

(13) Ver LAVALLE COBO, JORGE, "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: La capacidad de los menores", en Suplemento Actualidad, *Revista Jurídica La Ley*, 24/11/2011. Allí, con relación a la posible reforma del Código Civil la Comisión n° 1 propició: "1. Se dé un tratamiento integral y sistemático al tema de la capacidad de las personas físicas sobre la base de las ideas de 'autonomía' y 'capacidad progresiva' (unanimidad) (...) 5. Con relación al discernimiento, se confiera cierta flexibilidad al sistema como lo preveía el art. 248 del Proyecto de Código Civil de 1998 (...) 8. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, su derecho a ser oído y los principios de autonomía y capacidad progresiva, se adopten reglas precisas sobre la participación del menor en los actos de disposición de sus derechos personalísimos (unanimidad)". De *lege ferenda* fue opinión unánime de la Comisión que en una reforma del Código debía establecerse en forma integral un sistema de atribución progresiva de capacidades a los menores, el cual podría ajustarse en ciertos casos en función del efectivo discernimiento que los mismos tuvieran acerca de determinadas cuestiones. Y, para evitar la práctica de "judicializar" todas las cuestiones relacionadas con el ejercicio de sus derechos personalísimos, se proponía adoptar reglas precisas sobre la participación de los menores de edad.



ciones fácticas insoslayables, que incluyen la variabilidad y complejidad de las cuestiones de salud que pueden hallarse involucradas y las grandes diferencias en el grado de madurez física y psíquica que suelen presentar los adolescentes de una misma edad. En esa medida —**pensamos**—, tales edades no deben considerarse como pertenecientes a categorías rígidas.

También exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamientos que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo.

Y lo cierto es que en la actualidad muy pocos procedimientos médicos podrán ser calificados de no invasivos, ni riesgosos<sup>(14)</sup>. Además, si de la definición de tal concepto depende la aptitud de un joven de trece a dieciséis años para decidir un tratamiento médico en forma autónoma, se impone una mirada aun más cuidadosa, teniendo en cuenta que su interés superior y la responsabilidad parental son principios también concernidos en forma esencial.

## 4 | Anteproyecto y las normas especiales: diferencias en materia de edad para tomar decisiones autónomas sobre la propia salud

Anteriormente nos preguntábamos qué norma debería prevalecer, si frente a un mismo procedimiento médico a practicarse en un adolescente, una ley

(14) Queda claro que hasta la ingesta de la tan difundida aspirina puede generar riesgos severos para determinadas personas. Como ejemplo de ello, ver “No descartan que una aspirina haya causado la hemorragia de Carlos Fuentes”, en diario *La Nación*, 16/05/2012, ver texto en <http://www.lanacion.com.ar/1473669-no-se-descarta-que-una-aspirina-haya-causado-la-muerte-de-carlos-fuentes>; y “¿Carlos Fuentes murió por una aspirina?”, en diario *Infobae*, 15/05/2012, ver texto en: <http://america.infobae.com/notas/50511-Carlos-Fuentes-muri-por-una-aspirina>, donde se expresa “No descartan que una aspirina haya causado la hemorragia de Carlos Fuentes. El médico que atendió al escritor al ser hospitalizado opinó que ese medicamento pudo haber desencadenado el sangrado que derivó en su muerte”.

especial fijara la autonomía decisoria en una edad diferente a la prevista en el Anteproyecto —y éste fuere ya Ley, claro—.

Los conflictos imaginables son múltiples, pues múltiples son también las leyes sanitarias vigentes, cuyos objetos son tan variables como ciertos procedimientos médicos (**leyes de contracepción voluntaria, de trasplantes de órganos, de sangre —que regula las transfusiones sanguíneas—**), algunas enfermedades en particular o su prevención (**leyes sobre lucha contra el SIDA, contra el Mal de Chagas, Profilaxis contra la Rabia, etc.**), y aspectos generales de la atención de la salud (**Ley de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, leyes de salud sexual y reproductiva, etc.**)<sup>(15)</sup>. A su vez, coexisten en nuestro país normativas sobre salud, otorgadas a nivel nacional y provincial.

A continuación, nos referiremos a algunos ejemplos, de tal modo de reflexionar acerca de si es posible proponer principios generales para la cuestión en estudio, o bien si se impondrá una interpretación casuística.

## 4.1 | Trasplantes de órganos

De acuerdo al art. 15 de la Ley de Trasplante de Organos<sup>(16)</sup>, sólo está permitida la ablación de órganos o tejidos **en vida** con fines de trasplante, sobre personas mayores de dieciocho años, con las limitaciones de parentesco allí previstas<sup>(17)</sup>.

En la jurisprudencia argentina se han presentado algunos pocos, pero trascendentes fallos, en los que el límite de edad para ser donante constituyó una cuestión central de discusión<sup>(18)</sup>. Allí se discurió sobre si la ley sanitaria imponía una incapacidad de hecho o de derecho, considerándose

(15) Puede verse un extenso tratamiento del tema en GARAY, OSCAR, "Tratado de la Legislación Sanitaria", Bs. As., La Ley, 2012.

(16) Ley 24.193, texto actualizado por Ley 20.066, BO 22/12/2005.

(17) En cambio, para el caso de donaciones de médula ósea, el mayor de dieciocho años puede ser donante sin límites de parentesco, y el menor de esa edad también puede ser donante, siempre que cuente con autorización de su representante legal y que se respete el límite de parentesco previsto en el art. 15. El carácter renovable de tal órgano, justifica el diverso tratamiento legal asignado.

(18) Uno de los máximos exponentes sobre el tema, se conoce como: CSJN, caso "Saguir y Dib, Claudia Graciela", 1980, Fallos 302:1284.

si el consentimiento del menor podía ser suplido o complementado por sus progenitores o por un juez, entre otras cuestiones.

Las disposiciones sobre autonomía progresiva incluidas en el Anteproyecto permiten nuevos planteos sobre algunas de estas cuestiones. En este sentido: ¿qué sucedería si un joven de dieciséis años decidiera en forma autónoma donar en vida un órgano no renovable, a tenor del texto de los arts. 26 y 59 comentados?; ¿Y si de acuerdo con sus progenitores, tal decisión tuviera lugar a los trece o catorce años, teniendo en miras la salud de un hermano del adolescente-dador?<sup>(19)</sup>.

Nos parece que no puede resolverse en abstracto ese tipo de interrogantes. Sí cabe destacar que, en estos casos, la decisión sobre la salud del joven tendrá por fin generar un beneficio a un tercero (**el receptor**) e involucrará un procedimiento médico generalmente mutilante (**para el dador**). Así las cosas, la postura más rígida prevista por la ley especial encontrará un claro justificativo, máxime teniendo en cuenta el carácter provisorio de muchas de las decisiones que se toman en la adolescencia. Sin embargo, ciertas circunstancias vitales podrán justificar una interpretación *ad hoc*, que priorice otros aspectos.

Finalmente, resulta de interés comentar que la Ley de Trasplantes (**24.193 en su redacción original**), exigía ser mayor de dieciocho años para donar órganos cadavéricos, pero desde su modificación en el año 2005, toda persona puede autorizar expresamente la ablación de órganos y tejidos de su propio cuerpo **para después de su muerte**, sea con fines de trasplante, estudio o investigación, sin límites de edad. Ello no sólo parece acorde a las características del procedimiento, sino propio de un tácito reconocimiento del principio de autonomía progresiva.

## 4.2 | Procedimientos de extracción de sangre a diversos fines

La extracción de una mínima cantidad de sangre con fines de investigación de un delito penal, o ligada al derecho a conocer la verdad (**en casos de**

(19) CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN, en *ED*, 133-105. Ver asimismo, BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., "La ablación de órganos de un insano", en *ED*, 133-615; y RIVERA, J., "Actos de disposición de los derechos de la personalidad: actuación por los representantes legales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 6, p. 97 y ss.

violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al restablecimiento del orden institucional), han sido cuestiones que interesaron especialmente al Derecho, y sobre las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió pronunciarse en distintas oportunidades.

Y si bien el debate central en estos casos no fue la edad del sujeto examinado al momento de la prueba<sup>(20)</sup>, se observa que allí se atribuyó a tales extracciones sanguíneas el carácter de intervenciones corporales inofensivas, causantes de una “ínfima perturbación”<sup>(21)</sup>. Así las cosas, acaso podrían constituir éstas un ejemplo de los poquísimos procedimientos no invasivos ni riesgosos, señalados por el art. 26 del Anteproyecto, a cuyo respecto quedaría habilitada una decisión autónoma por parte de niños y adolescentes a partir de los trece años de edad.

Ahora bien, distinto es el supuesto de donación de sangre con fines transfusionales. De acuerdo a la Ley de Sangre<sup>(22)</sup>, puede ser donante toda persona que, además de los otros requisitos de salud que establece dicha norma y su reglamentación, posea entre dieciséis y sesenta y cinco años (**ver art. 44, inc. a**). Aclara dicha disposición, que los menores de dieciocho años deberán contar con autorización de sus padres o de sus representantes legales (**art. 44, inc. b**).

Y según las Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia<sup>(23)</sup>, el donante deberá tener entre dieciocho y sesenta y cinco años, siendo que para la aceptación de donantes no incluidos entre estos límites, será necesaria una previa evaluación y fundamentación por parte de un médico hemoterapeuta. Los menores de 18 años deberán contar con la autorización escrita y firmada de sus padres o de sus representantes legales, expresando su consentimiento al proceso de donación.

(20) Y sin perjuicio de que los avances de la ciencia y de la tecnología vayan permitiendo que los procedimientos médicos en cuestión sean sustituidos por otros aun menos invasivos.

(21) Ver por ejemplo, *Fallos* 318:2518, consid. 10, donde fue la justicia la que reconoció tal carácter a esos procedimientos. En cambio, en “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, V. 356. XXXVI; REX; 30-09-2003, ello fue reconocido por la incidentista. Asimismo, ver *Fallos*, 319:3370 y 321:2767.

(22) Ley 22.990, BO 02/12/1983 y decreto 1338/2004, BO 01/10/2004.

(23) Resolución 865/2006, Ministerio de Salud y Ambiente, Salud Pública, BO 28/06/2006.

También en este caso, el interrogante es si la futura aplicación del art. 26 del Anteproyecto, podría habilitar la donación de sangre decidida autónomamente por jóvenes desde los dieciséis años, o aún antes de esa edad.

En este sentido, cabe destacar que la cantidad de sangre extraída generalmente a estos fines, es mucho mayor que en los casos mencionados previamente, lo cual sugiere la exposición a un riesgo también mayor. Pero se trata de procedimientos usualmente seguros, referidos a tejidos rápidamente renovables, por lo que, de existir aptitud psíquica y física del joven, y decidir él la donación luego de haber sido suficientemente informado sobre sus aspectos esenciales, bien podría éste —pensamos—, decidir autónomamente al respecto.

### 4.3 | Directivas anticipadas

El Anteproyecto bajo estudio contiene una disposición específica referida al concepto de directivas anticipadas. Éstas, se identifican con ciertas declaraciones de las personas, relativas a qué tipo de cuidados de salud desearían recibir, en el supuesto (**futuro incierto**), de carecer de aptitud para manifestar su voluntad.

La letra del texto bajo análisis es bien amplia: "(...) La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela" (art. 60).

Se observa que el concepto se corresponde tanto con casos de aceptación, como de rechazo de tratamientos médicos; cuidados a prestarse en supuestos de patologías agudas o crónicas; procedimientos quirúrgicos o indicaciones clínicas, etc.

Y desde el punto de vista de la aptitud para otorgar estas directivas, se observa que el legislador ha impuesto un requisito claro y distinto al que constituye un principio general para decisiones sobre salud. Aquí se requiere "plena capacidad", y ello exige ser mayor de edad, en un todo de acuerdo con lo previsto por la ley 26.529, de Derechos del Paciente.

Algunos estudiosos del tema<sup>(24)</sup> han sostenido que no se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes de la posibilidad de dejar establecido este tipo de previsiones, que se vinculan con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad, destacando que a menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente. Se propone incluso que las normas que requieren mayoría de edad para el otorgamiento de directivas anticipadas, se interpreten en el sentido de que no queda excluida la posibilidad de su otorgamiento por niños según su grado de madurez.

Sobre el por qué del límite en materia de edad, cabe destacar que si bien una lectura literal de la norma permite concluir acerca de la amplitud conceptual antes sugerida, lo cierto es que suele identificarse a las directivas anticipadas con manifestaciones referidas a los llamados "cuidados del fin de la vida", que se relacionan estrechamente a la idea de "muerte digna"; y asimismo con la negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas. Y si algo puede advertirse con claridad a la hora de la implementación de la doctrina del consentimiento informado, y de las teorías que discurren en general sobre las decisiones que hacen a la propia salud, es mucho más sencillo reconocer ampliamente el derecho al consentimiento informado, que al rechazo informado<sup>(25)</sup>. Y la regulación mencionada resulta demostrativa de la vigencia de este criterio.

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

---

(24) CARAMELO, GUSTAVO, op. cit.; CIRUZZI, MARÍA S., "Las directivas médicas anticipadas", ponencia presentada en la Comisión n° 8, "El paciente como consumidor. Medicina prepaga y obras sociales", del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Bs. As., 23 al 25/09/2010. La propuesta de interpretación ampliada, corresponde a Gustavo Caramelo, con relación al art. 11 de la ley 26.529, que también requiere de mayoría de edad para el otorgamiento de este tipo de directivas.

(25) HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., op. cit., cap. IX, pp. 339/463.

Por ello, pensamos que la decisión del legislador de posponer en el tiempo el derecho a tomar decisiones autónomas sobre procedimientos médicos que pueden involucrar un particular riesgo de muerte, definiendo que las directivas anticipadas sólo podrán otorgarse válidamente recién a partir de los dieciocho años; halla su razón de ser en la realidad descripta y resulta plenamente válida como principio general. Los casos individuales podrán tener un tratamiento diverso, según decidan los intérpretes de la ley en circunstancias especiales.

## 4.4 | Salud sexual y reproductiva

Ahora bien, sin duda los tratamientos y procedimientos médicos que más conflictos generan entre adolescentes, sus progenitores y los equipos de salud, son los vinculados a la salud sexual y reproductiva.

Este tema compete desde siempre aspectos íntimos de la vida de las personas y sin duda resulta más conflictivo cuando se refiere a una etapa de la vida en la cual el joven asiste al duelo por la pérdida de su niñez, sufre cambios físicos y psíquicos profundos, y se enfrenta con sus progenitores. Si a ello agregamos factores como un despertar sexual anticipado por constantes estímulos externos, en ocasiones dirigidos especialmente a los adolescentes con el fin de incorporarlos en forma más autónoma al mercado de consumo, y una escasa presencia de los padres para acompañar este trámite —**característica de los tiempos actuales**—, la complejidad de la cuestión, resulta aun mayor.

Así las cosas, muchos jóvenes inician su vida sexual orientados por pares cuya experiencia no dista de la propia, o asistidos por información obtenida vía internet, absolutamente variable en cuanto a su calidad y validez. El embarazo adolescente y el riesgo de adquirir enfermedades de transmisión sexual son los grandes fantasmas y en tal contexto, la consulta a un profesional o equipo médico especializado, aun sin acompañamiento paterno, suele ser una buena opción. No la opción ideal, ni necesariamente adecuada en todos los casos, pero en general, mejor que aquella que supone proseguir el camino sin orientación alguna por parte de un adulto.

Y aparecen allí otros conflictos: en adolescentes a los que deben indicarse prácticas o tratamientos que no se hallan exentos de riesgos (**al menos**

futuros), y cuando ellos se oponen expresamente a cualquier tipo de intervención familiar, el equipo de salud se cuestiona si debe proseguir la atención o si debe abstenerse, con posible perjuicio a la salud del joven y aun de terceros. Claro que existen servicios de Ginecología, de Adolescencia u otros especializados que cuentan con protocolos de actuación que se vienen aplicando con resultados satisfactorios desde hace muchos años. Pero no es ésta la realidad en todos los centros médicos, ni todas las jurisdicciones cuentan con servicios especializados y experimentados para resolver los conflictos planteados, que de hecho, sí se hallan extendidos a lo largo y ancho de nuestro país.

Sin duda, las cuestiones bajo análisis comprometen valoraciones de orden médico, bioético y jurídico. En el Derecho, tienen ya un extenso tratamiento, reflejado en precedentes como el caso "Gillick"<sup>(26)</sup>, y soluciones específicas ofrecidas por la profusa legislación sanitaria argentina, que bajo variadas fórmulas autoriza expresamente a los adolescentes a recibir información y tomar decisiones en materia de salud reproductiva<sup>(27)</sup>.

En esa línea, se inscribe sin duda el art. 26 del Anteproyecto bajo análisis, al habilitar decisiones sobre la propia salud a edades menores que la que asigna la plena capacidad. Y de entrar en vigencia el nuevo Código Civil, podrán resultar necesarias algunas decisiones para compatibilizar el texto de dicha norma con el de ciertas disposiciones sanitarias, mas en esencia,

(26) Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security", ver fallo en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>

(27) Así, por ejemplo, la reglamentación a la ley 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, mediante decreto 1282/2003, dispone en su art. 4: "A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considérese al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades. En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años". A su vez, de acuerdo a la ley 418, de la CABA (BO 89, 21/07/2000), las decisiones sobre salud sexual y reproductiva se habilitan desde "la edad fértil" (ver art. 5). La ley 4545 de Creación del Programa de Salud Sexual y Reproductiva de Chubut cuando se refiere a los niños y adolescentes, dispone que "los agentes y profesionales de la salud intervinientes propiciarán y favorecerán, toda vez que resulte posible, la presencia y autorización de los padres, tutores o cuidadores y/o quienes ejerzan el mencionado rol dentro del grupo familiar", en consecuencia, habilitan su intervención autónoma cuando tal presencia familiar no sea posible. Los ejemplos son múltiples. Hemos tratado el tema extensamente en: HIGHTON, ELENA I. y WIERZBA, SANDRA M., op. cit., cap.XIII, pp. 621/791.



los criterios observados en la legislación moderna para esta materia, son coincidentes.

## 4.5 | Corolario

Hemos hecho referencia a algunos supuestos de regulación sanitaria especial, en los que las disposiciones sobre aptitud de los menores de edad para decidir sobre tratamientos médicos a realizarse en su propio cuerpo, no siempre coinciden con la propuesta del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Las opciones son mucho más amplias, y pueden involucrar materias tan diversas como la identidad de género<sup>(28)</sup>, la vacunación obligatoria<sup>(29)</sup>, las aplicaciones de *piercings* y tatuajes<sup>(30)</sup>, la experimentación clínica, las cirugías estéticas, y tantas otras.

Ello resulta natural y propio de un sistema en el que la legislación sanitaria se halla fragmentada y carece de sistematización.

Y en tal contexto, lógico es concluir que la tarea interpretativa será trascendente, pues más allá de la profusión legislativa, la variedad y complejidad de las materias involucradas impiden *a priori* afirmar que las disposiciones del Anteproyecto sobre decisiones de salud por los adolescentes, resultarán siempre excluyentes.

De hecho, ni tales disposiciones, ni otras imaginables podrían tener tal efecto.

(28) Puede verse un extenso análisis sobre esta cuestión en FERNÁNDEZ, SILVIA, "La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización", en Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 28/05/2012, 13 - LA LEY2012-C, 1008 y Medina, Graciela. "Ley de identidad de género. Aspectos relevantes". La Ley 01/02/2012, 1. Ver asimismo Solari, "La capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género" DFyP 2011 (nov.), 209.

(29) Ver CSJN, "N.N. O U.V. s/Protección y Guarda de Personas", 12/06/2012, N. 157, XLVI; asimismo SCJBA, 2010-10-06, comentado por WEBB, MARÍA S., "¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?", en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-B, p. 419.

(30) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 1897/2005 (BO 2365, 24/01/2006), se requiere ser capaz mayor de dieciocho años para someterse a las prácticas de perforación y tatuajes.

## 5 | Reflexiones finales: propuesta para una interpretación armónica de las normas aplicables a los adolescentes y las decisiones sobre salud

El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación —**hoy Proyecto de reforma**— brinda algunas certezas relevantes en materia de decisiones a ser tomadas por adolescentes en relación con su salud.

En primer lugar, consagra de manera general y a nivel nacional el principio de autonomía progresiva en lo concerniente a procedimientos médicos. Y esta regla, sin duda, deberá favorecer la atención adecuada de jóvenes menores de edad que no puedan concurrir a la consulta médica acompañados por sus progenitores o representantes legales, cualquiera sea la razón y el tratamiento involucrados.

Seguirá siendo deseable que los niños, niñas y adolescentes tomen sus decisiones en materia de salud con orientación familiar, cuando ello resulte factible. Es que al habilitar la decisión sobre tratamientos médicos a edades más tempranas, las normas proyectadas, más que suplantar el valor de la reflexión compartida sobre cuestiones complejas —**que suele ser útil a cualquier edad**—, tienden a reconocer una realidad existente y a regularla del mejor modo posible, pensando en el cuidado y el mejor interés de los jóvenes.

En segundo lugar, el Anteproyecto cuenta con la virtud de reunir en su texto los dos criterios más significativos para la determinación efectiva del concepto de autonomía progresiva, es decir, para la definición concreta de los momentos relevantes del trayecto decisorio.

En este sentido, de un lado, se hace referencia a la aptitud físico-psíquica de los jóvenes, como condición variable, a ser analizada caso a caso por el equipo médico, según circunstancias que permitan apreciar la madurez del paciente para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado (art. 59).

De otro lado, se dispone sobre edades cronológicas de referencia, con base en los conocimientos y experiencia general. Éstas, podrán tener gran importancia para garantizar la atención médica apropiada a jóvenes cuyos progenitores desatiendan sus responsabilidades parentales y a aquellos cuya atención suponga conflictos generacionales insalvables; asimismo, para evitar ciertos conflictos derivados del ejercicio de una medicina defensiva, entre otros casos.

Pero pensamos que la categorización prevista en el art. 26 del Anteproyecto, no debe interpretarse en forma rígida, ni aplicarse a rajatabla.

Es que si bien la reforma legal persigue el reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes, y su carácter de sujetos progresivamente autónomos, apartándose así de los modelos decimonónicos que los trataban como meros dependientes de la autoridad parental, lo cierto es que el nuevo Código se aplicará a una sociedad que ha mutado sustancialmente, y que se halla sujeta a nuevos conflictos y riesgos.

Interpretar que en principio, los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud desde los trece años —como ha comenzado a afirmarse en algunos medios—, entraña el peligro de que se les imponga la *obligación* de decidir, en lugar de reconocérseles el **derecho** a hacerlo en ciertas circunstancias. Importa además el riesgo de generarles la sensación de que en algún punto son más grandes que sus padres, asignándoles la libertad propia del náufrago en una isla desierta. Y en una sociedad en la que las decisiones autónomas por parte de los adolescentes se propician en función de una lógica fuertemente arraigada en el consumo, reconocer genéricamente la autonomía decisoria a edades muy tempranas, bien podría resultar contrario al “interés superior” de los jóvenes, aliviando más aún la frecuentemente alicaída “responsabilidad parental”.

Por ello, propiciamos que se interprete que los adolescentes deberán considerarse facultados para decidir la aplicación de tratamientos médicos sobre su cuerpo, siempre que puedan comprender sus aspectos esenciales, a cuyo respecto deberá tenerse en cuenta su aptitud psíquica y física, y su interés superior. Asimismo, proponemos que las pautas de edad previstas por el art. 26 del Anteproyecto —**en especial, las referidas a la**

**facultad decisoria por menores de dieciséis años—**, sean aplicadas en forma complementaria y cuidadosa.

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

---