

# Autonomía progresiva de niñxs y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción\*

Marisa Herrera\*\*

## Resumen

Este artículo tiene por objeto profundizar sobre algunos de los debates que ha generado en el derecho civil el art. 26 del Código Civil y Comercial en lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes, en particular, el derecho al cuidado del propio cuerpo por parte de adolescentes. Sucede que el obligado principio de autonomía progresiva ha puesto en jaque la regulación civil clásica, siendo el campo de la bioética el que mayor impacto –como era de prever– ha tenido. ¿Cómo deben interpretarse aquellas leyes o normativas especiales que establecen la mayoría de edad para la validez de ciertos actos médicos a la luz de la legislación civil vigente desde agosto de 2015? Para intentar algunas respuestas plausibles se apela a ciertas nociones como paternalismo justificado e irreversibilidad.

\* El uso de la “x” es un tema de debate actual, tanto en el derecho comparado como en el derecho argentino en términos de inclusión y acerca de cómo el lenguaje escrito debe hacerse eco de la existencia de diferentes identidades en plural. Como bien se dice, el lenguaje no es neutro, todo lo contrario, es político. Por ello, en esta oportunidad seguimos esta línea emancipatoria, hábil para movilizar el *statu quo* en un campo como el jurídico, en el que la amplitud y puesta en crisis de sus límites es tan necesario, so pena de seguir silenciando diferentes realidades sociales. Más allá de esto, para alivianar la lectura, su uso es espaciado.

\*\*Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del Conicet. Profesora de la Facultad de Derecho, UBA, y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda.

Palabras clave: bioética, Código Civil, autonomía progresiva, derecho a la salud.

## **Progressive Autonomy of Children, Teenagers and Bioethics: (De/Re)constructing the Intersection**

### **Abstract**

The purpose of this article is to deepen some of the debates that civil law has generated in art. 26 of the Civil and Commercial Code concerning the exercise of very personal rights of children and adolescents, in particular, the right of teenagers to care for their own body. The obligatory principle of progressive autonomy has put in check the classic civil regulation. Bioethics is the field that has been impacted the most. How should those laws or special regulations that establish the legal age for the validity of certain medical acts be interpreted in the light of the civil legislation enforced since August 2015? To draft some plausible answers, certain notions, such as justified paternalism and irreversibility, are invoked.

Keywords: Bioethics, Civil Code, Progressive Autonomy, Right to Health.

### **I. Introducción**

Profundizar sobre un campo cada vez más amplio y complejo como es la bioética a la luz del Código Civil y Comercial (CCyC) constituye todo un desafío y, a la par, una construcción teórico-práctica obligada en esta búsqueda constante por problematizar e interpelar las normas desde el plano de su efectividad. Esta interacción entre bioética y legislación civil vigente observa una gran cantidad de facetas. En esta oportunidad, se pretende centrar la atención en una que es de por sí un tanto amplia, como lo es la relativa al principio de autonomía progresiva (AP) de niñxs y adolescentes (NA) en lo que respecta al ejercicio de derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud en el sentido amplio que lo recepta y defiende desde hace tanto tiempo la Organización Mundial de la Salud, allá por 1948 al sostener

que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>1</sup>

Antes de ingresar al tema elegido, es hábil dejar aclaradas algunas cuestiones básicas. En primer lugar, destacar que el CCyC no tiene por objeto regular conflictos bioéticos, sino que su intención reside en brindar ciertas herramientas legales civiles generales de gran utilidad y estructurales-estructurantes de dicho campo, como ser: consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud (art. 59, siguiéndose la línea legislativa que observa la Ley 26.529 de derechos de los pacientes); actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56); prácticas prohibidas (art. 57); investigaciones en seres humanos (art. 58); directivas médicas anticipadas (en absoluta consonancia con lo previsto en la Ley 26.742, conocida como ley de “muerte digna”); y resolver la cuestión filial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) como acontece en los arts. 560 a 564, por citar los más elocuentes. En este contexto, también se debe adicionar la temática que nos interesa profundizar en torno al principio de autonomía progresiva en el ejercicio del derecho a la salud cuya normativa central, novedosa y debatida, es el art. 26 del CCyC.

De este modo, interrogantes como qué acontece con los embriones no implantados; cuál es su naturaleza jurídica;<sup>2</sup> qué sucede con la donación de

1. “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° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948” (Disponible en: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>. Consulta: 24/05/2019).

2. Como ejemplo de estos avances, nos parece de interés destacar el proyecto de ley “Protección de embriones no implantados. Régimen”, Expediente Diputados: 1541-D-2019 (Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1541-D-2019&tipo=LEY>. Consulta: 28/05/2019), que responde a la doctrina adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el resonado caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* del 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia de fecha 26/02/2016. Para profundizar, compulsar, entre tantos otros, De la Torre, Natalia; Herrera, Marisa; Notrica, Federico; Vigo, Fiorella y Vittola, Leonardo R., “Naturaleza jurídica del embrión no implantado”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, T. I, pp. 195-300; Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial

material genético; cantidad de veces que es posible donar; requisitos para la donación, tanto de material genético como de embriones, en atención a la cobertura médica que reconoce la Ley 26.862;<sup>3</sup> cómo se resuelven los casos de gestación por sustitución, que en el país ya se cuenta, al momento de elaborar el presente ensayo, con 41 precedentes nacionales;<sup>4</sup> o la cuestión del trasplante de órganos y tejidos que el CCyC remite a la legislación especial, son algunas de las tantas inquietudes pendientes, aún en tensión o que han sido resueltas en leyes autónomas, complementarias a la legislación civil y comercial. Esta constituye, a mi entender, una correcta decisión de técnica legislativa. Sucede que aquellas materias afines o directamente vinculadas al avance de la ciencia –reconociéndose de manera precisa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios de la ciencia y el desarrollo científico–,<sup>5</sup> en atención a su dinamismo y constante perfeccionamiento, es dable ser reguladas en leyes autónomas antes que en códigos de fondo, dada la dificultad

desde una perspectiva sistémica”, RCCyC 2018 (julio), 3. Cita online: AR/DOC/1258/2018; Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, y Fernández, Silvia, E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, CABA, *La Ley*, 2018, pp. 423-441.

3. Pueden verse, entre otros, Bladilo, Agustina, de la Torre, Natalia, y Straw, Cecilia, “Acceso integral y acceso a la justicia: contradicciones y tensiones”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., pp. 301-434; Gil Domínguez, Andrés, “Embrionación”, LL 19/08/2015, 1 Cita online: AR/DOC/2353/2015; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL 31/07/2013, 1. Cita online: AR/DOC/2899/2013; y Salituri Amezcua, María Martina, “La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. una ocasión para el análisis”, RDF 2016-V, 60. Cita online: AR/DOC/4712/2016.

4. Para ampliar consultar, entre otros, a Curti, Patricio J., y Notrica, Federico, “Gestación por sustitución”, en Herrera, Marisa (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit., T. II, pp. 9-142; Lamm, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la ‘maternidad’ que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139 Cita online: AR/DOC/1271/2019; Notrica, Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. el trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-IV, 111 Cita online: AR/DOC/3260/2018.

5. Corte IDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, (párrafo 150). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_257_esp.pdf). Consulta: 28/05/2019.

de introducir modificaciones parciales y constantes a estos últimos. En este sentido, tanto el Código Civil como el Código Penal (para prohibir determinadas conductas, acciones o configuración de delitos vinculados a la bioética), no serían estructuras normativas hábiles para estar a la zaga de tales avances científicos. En esta línea argumental, fácil se advierte que no ha sido una labor legislativa sencilla discernir qué conflictos, cuestiones, materias bioéticas debían estar contenidas o no en la legislación civil y comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015.

Ahora bien, más allá de esta consideración crítica, lo cierto es que el principio de autonomía progresiva debía ser receptado en la legislación civil contemporánea y que tal incorporación iba a generar cierta y entendible incomodidad en el campo de la bioética, ámbito en el cual, precisamente y no por casualidad, se desarrolló la noción de “competencia” a raíz del resonado caso “Gillik” acontecido en el derecho británico allá por los años 80, en 1985<sup>6</sup> para ser precisa. Esta noción integra el plexo de nociones consolidadas en la legislación civil y comercial que han derramado en otros ámbitos de interacción directa con este y que compromete también al campo de la bioética. Como muestra de esta afirmación, solo cabe traer a colación el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo sancionado el 14 de junio 2018 y que no alcanzó la mayoría necesaria para ser ley en la cámara restante;<sup>7</sup> y en la misma tónica, el proyecto de ley presentado nuevamente el 28/05/2019.<sup>8</sup>

6. Para profundizar sobre el denominado “Gillik competence” se recomienda compulsar, entre otros, Torrens, María Claudia, *Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes*, Astrea, Buenos Aires, 2019, pp. 275 y ss.; Fernández, Silvia E., “Ejercicio de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo”, en Caramelo, Gustavo, Herrera, Marisa, y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, CABA, Infojus, 2015, t. I, pp. 69-72.

7. El artículo 9 sobre “Personas menores de edad” establecía: “Si se tratara de una adolescente, niña o persona gestante menor de dieciséis (16) años, la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar con su consentimiento informado en los términos del artículo anterior y conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y el artículo 7° de su decreto reglamentario 415/06. En particular, debe respetarse el interés superior del/a niño/a o adolescente y su derecho a ser oído”.

8. El artículo 9 sobre “Niñez y adolescencia” dispone: “a) Si la interrupción voluntaria del embarazo debe practicarse en una persona menor de trece (13) años de edad, se requerirá

¿Cuál es el peso y el lugar que ocupa la autonomía progresiva en el ordenamiento jurídico nacional? Para responder este interrogante, es obligatorio comenzar por el principio, es decir, la perspectiva constitucional-convencional.

## II. Anclaje constitucional-convencional

El principio de AP constituye una manda constitucional-convencional y como tal, forma parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de NA. Esta obligación ha calado hondo en el ordenamiento jurídico nacional, siendo el Código Civil y Comercial un claro exponente de esta ineludible interacción; a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico-civil de las personas menores de edad –en especial, de los adolescentes– con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre progenitores<sup>9</sup> e hijxs, en lo atinente al ejercicio de derechos personalísimos.

su consentimiento informado con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as o representante legal. En ausencia o falta de ellos/as, se solicitará la asistencia de las personas indicadas en el artículo 4 del decreto reglamentario 1282/2003 de la Ley 25.673, en el artículo 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este supuesto, no se deberá requerir autorización judicial alguna. b) Si la interrupción voluntaria del embarazo es requerida por una persona adolescente de entre trece (13) y dieciséis (16) años de edad, se presume que cuenta con aptitud y madurez suficientes para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. En aquellos casos en que esté en riesgo grave la salud o la vida, por condición preexistente, circunstancia esta que deberá constar en la historia clínica fundadamente, la persona adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de al menos uno/a de sus progenitores/as. En ausencia o falta de ellos/as, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso a) del presente artículo. En el caso de existir intereses contrapuestos entre la persona adolescente y el/la adulto/a responsable, será el/la profesional o personal de salud interviniente que deberá decidir de acuerdo con lo preceptuado en el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. c) La persona mayor de 16 años tiene plena capacidad para ejercer los derechos que otorga la presente ley (...).

9. Es pertinente recordar que desde mediados del 2010 se reconoce el matrimonio a parejas del mismo sexo al sancionarse la Ley 26.618 y consigo, la aceptación de que un niñx puede tener progenitores de igual o de diferente sexo, de allí que se utiliza esta noción de “progenitores” en su carácter de término neutro, en vez de los conceptos de padre y madre.

Cabe recordar que el principio de AP surge del juego entre tres pilares sobre los cuales se edifican los derechos humanos de NA: la condición de sujetos de derecho, el interés superior del niño y el derecho a ser oído (a participar en sentido amplio).

Es evidente que lxs niñxs, a través de su mayor edad y grado de madurez, cuentan con discernimiento para poder comprender y, por lo tanto, ejercer por sí determinados derechos más allá de que no hayan alcanzado la plena capacidad civil que está establecida desde el 2009 –al sancionarse la Ley 26.579– en los 18 años de edad. Este argumento de tinte sociológico se encuentra expresamente reconocido en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte IDH<sup>10</sup> cuando en su párrafo 101 señala que “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Precisamente, fundado en razones psicosociales, son los adolescentes los que ostentan mayor protagonismo en consonancia con el principio de AP. Ello es destacado en la Observación General N° 20/2016 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité de los Derechos del Niño<sup>11</sup> al señalarse que “Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños” (párrafo 1 *in fine*); y que “la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades (...). El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/08/2002, Opinión Consultiva N°17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Consulta: 28/05/2019.

11. Comité de los Derechos del Niño, 06/12/2016, Observación General N°20, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=es). Consulta: 28/05/2019.

para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias. La presente observación general no pretende, por tanto, definir la adolescencia, sino que se centra en el período de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos” (párrafo 5).

De este modo, se profundiza el estudio sobre el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>12</sup> que se refiere, precisamente, al principio de autonomía, alegándose que para el Comité el “respeto del desarrollo evolutivo” implica que: a) “dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos” (párrafo 18); y b) “asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones (...) y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona” (párrafo 20).

¿Cómo materializar esta complejidad que encierra el principio de AP en el plano legislativo nacional, en particular, en el campo del derecho civil? ¿Cómo lograr una normativa equilibrada en el marco de un concepto jurídico indeterminado como es la autonomía progresiva? Máxime, cuando es sabido que es tan negativo, o constituye una abierta desprotección, negar el ejercicio de derechos cuando las personas menores de edad estarían habilitadas para hacerlo desde el plano psicosocial como a la inversa, reconocerles el ejercicio de derechos cuando aún no están preparados para ello. Ambos extremos, claramente, atentan contra el principio rector en materia de derechos humanos como lo es el interés superior del niño.

12.. Establece esta disposición: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

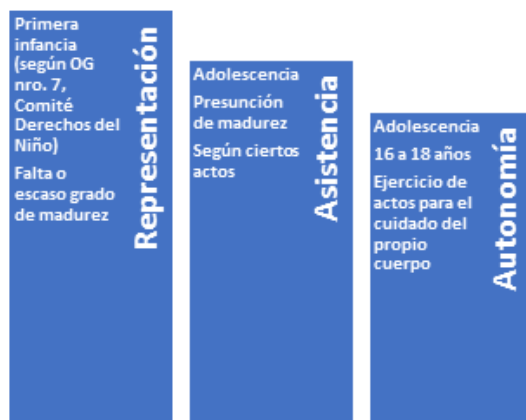


### III. La AP desde la perspectiva civil: ser niñx o ser adolescente

#### A) Consideraciones generales

Desde el punto de vista jurídico-civil y en respuesta ineludible a la realidad social descrita en el apartado anterior, es dable defender la postura que adopta el CCyC de diferenciar la noción de niñx (personas hasta los 13 años), de la de adolescente (de 13 a 18 años). Esta línea legislativa que adoptan varias legislaciones comparadas permite adoptar una regulación más acorde con dicha realidad y, por lo tanto, habilitar el ejercicio de ciertos derechos a una categoría (los adolescentes) y no a la otra (niñxs); y más aún, admitir que tal categoría hace presumir el grado de madurez pero que algunos actos no están vedados a una edad por debajo de los 13 años si es que se cuenta con madurez. Sucede que la edad constituye un elemento indicativo y no rígido para permitir o vedar el ejercicio de derechos por parte de personas menores de edad.

Ahora bien, siguiéndose con la mirada jurídico-civil, y en atención a la interacción ineludible entre los conceptos de capacidad y representación en este nuevo escenario legislativo que plantea el CCyC atravesado por el principio de autonomía progresiva, se podría observar el siguiente esquema:



Es innegable que este gráfico se vincula de manera directa con la figura de la responsabilidad parental, y así lo establece el art. 639 al disponer en su

inc. b) que esta figura se rige por el principio de “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. De este modo, el grado de madurez, desde el punto de vista sociológico, es receptado en la legislación civil contemporánea a través del principio de autonomía progresiva y la consecuente flexibilidad que se deriva de ella al dejar de centrarse en la edad como elemento objetivo y pético sino, por el contrario, receptar un sistema abierto mediante el reconocimiento de un elemento subjetivo y poroso como lo es el de grado de madurez. Es innegable que ambos –objetivo y subjetivo– tienen vasos comunicantes, siendo que la edad constituye un fuerte requisito o primera e importante aproximación para desentrañar el grado de madurez.

De esta manera, existiría una clara retroalimentación entre dos conceptos claves del principio de autonomía progresiva receptados de manera central en la regulación del CCyC: la edad (una noción clásica) y grado de madurez (una noción contemporánea y auspiciada por el *corpus iuris* internacional y regional); transversalizados, a su vez, por otra cuestión: el tipo de acto que se trate. En esta línea, el ejercicio de los actos que comprometen al campo civil se encuentra directamente condicionado por los mencionados dos elementos cuando se trata de personas que no alcanzaron aún la mayoría de edad.

### *B) Ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo*

El eje central o columna vertebral del principio de autonomía progresiva se vincula de manera directa con el ejercicio de derechos personalísimos, y en particular, el derecho al cuidado del propio cuerpo normado en el art. 26 del CCyC. Si bien esta disposición excede esta cuestión, lo cierto es que todas ellas se entrelazan bajo el principio de AP y se dividen de manera gráfica en las siguientes facetas:

<p><b>Art. 26, 1er. parr.</b> Regla: La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.</p>	<p><b>Art. 26, 2do. parr. 1ra. parte</b> La que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.</p>	<p><b>Art. 26, 2do parr. 2da. parte</b> En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.</p>
<p><b>Art. 26, 3er parr.</b> La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.</p>	<p><b>Art. 26, 4to parr.</b> Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.</p>	<p><b>Art. 26, 5to parr.</b> 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 basándose en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.</p>
<p><b>Art. 26, 6to parr.</b> A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.</p>		

Aquí interesa centrarse en los últimos tres párrafos dedicados al ejercicio del derecho a la salud que es, además, el que más tensión y movimiento han generado. ¿La razón? La puesta en práctica de la aptitud legislativa para sintetizar diferentes actos/decisiones referidas al derecho a la salud, que pueden existir hoy y en un futuro, encontrándose todas ellas incluidas en la norma. Para tal fin, es evidente que la única opción de política legislativa posible es que se trate de una disposición flexible mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Esta postura se opone a aquella que pregona la numeración o listado de determinados actos que, a la vez, podría ser cerrado o meramente enunciativo.

El CCyC opta por una postura amplia a partir de las nociones de “invasividad” y “no invasividad”, como así también del concepto de riesgo para la vida o la salud (términos propios del campo de la salud como se deriva de lo previsto en el art. 7 de la Ley 26.529<sup>13</sup>). Era sabido que conceptos

13. El art. 7 dedicado a la instrumentación del consentimiento informado, establece que “El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscritos: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación”.

abiertos traerían sus correspondientes y necesarios debates interpretativos, de allí que se trabajó en un documento que fue aprobado por la Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en fecha 09/12/2015, publicada en el Boletín Oficial el 08/01/2016.<sup>14</sup> Aquí, como nudo interpretativo central se asevera que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’ sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”.

Esta resolución ministerial, en lo atinente a los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes, “considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos –DIU–) no son prácticas ‘invasivas que comprometan el estado de salud’ en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional determinará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente”.

¿Cómo debe leerse toda esta explicación o interpretación normativa a la luz de ciertos actos particulares como la Ley 26.130 de ligadura de trompas y vasectomía, el art. 60 sobre directivas anticipadas, donar sangre o decidir no ser transfundido por parte de adolescentes de entre 16 y 18 años testigos de Jehová? ¿Se debe defender la noción de mayoría de edad que se

14. Ministerio de Salud, Resolución 65/2015, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/139813/20160108>. Consulta: 09/05/2019.

sostiene en las leyes especiales o estas previsiones deberían ceder y, por tanto, habilitar a partir de los 16 años a que estos adolescentes puedan ejercer por sí tales actos de conformidad con lo previsto por el art. 26 del CCyC y el ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo?

Estos interrogantes son confrontados en el próximo apartado.

#### **IV. Algunos debates bioéticos-civiles abiertos**

A nuestro entender, para responder y arribar a una interpretación equilibrada, razonable y justificada en torno al entrecruzamiento entre ley anterior/ley posterior y ley general/ley especial en lo relativo a varios actos de salud que regula el propio CCyC (como las directivas anticipadas en el art. 60) o en otras leyes especiales, es clave diferenciar, según lo especifica el CCyC, aquellos actos que involucran el cuidado del propio cuerpo de aquellos que excederían este campo, como por ejemplo, las directivas anticipadas o los casos que comprometen a adolescentes testigos de Jehová que se oponen a la transfusión sanguínea, temáticas sobre las cuáles existen voces disidentes.<sup>15</sup> ¿Es posible hacer lugar a la negativa explicitada por la adolescente de entre 16 y 18 años y, por ende, poner fin a su vida? Esto es lo que sostiene, por ejemplo, Moreno en el caso de los adolescentes testigos de Jehová, entendiendo que la limitación a la autonomía para decidir en la franja de 16 a 18 años reside en que se alude al “riesgo a la vida” que está previsto para otro rango etario (13 a 16 años) y por ende, recalca –siguiendo el art. 23 del CCyC–: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código Civil y Comercial y en una sentencia judicial”.<sup>16</sup> Quienes consideramos que estos actos de extrema gravedad, dado el carácter de “irreversibilidad”

15. Las voces encontradas en ambos temas son explicitadas de manera más reciente por Moreno, Gustavo D., “El alcance de la autonomía progresiva de las personas menores de edad en el cuidado de su propio cuerpo. El caso de la oposición a las transfusiones de sangre” y Fernández, Silvia E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad”, ambos en Grosman, Cecilia O. (directora) y Videtta, Carolina A., (coordinadora), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y cuidado al propio cuerpo*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 95 y ss.

16. Moreno, Gustavo D., *op. cit.* pp. 114 y 115.

que los tipifica, excederían y estarían fuera de lo previsto en el art. 26 en su último párrafo, no lo fundamos en el “riesgo a la vida” que está previsto, como bien se señala, para los adolescentes de entre 13 y 16 años, sino en que se trata de decisiones que exceden el cuidado al propio cuerpo, límite que dispone la normativa en el apartado en análisis. Por otra parte, el mismo autor agrega que más allá de la autonomía del adolescente testigo de Jehová “Ello no obsta a que se establezcan o cumpla con protocolos destinados específicamente a contemplar que en estas situaciones deba comprobarse interdisciplinariamente si el adolescente de 16 años –como también en el caso de una persona mayor de edad– comprende las consecuencias de su decisión, máxime cuando se trata de la negativa a una transfusión de sangre que puede poner en riesgo su salud o su vida”.<sup>17</sup> Aquí se advertiría una contradicción. Si se afirma que la adolescente es autónoma para decidir al igual que un adulto, no se puede establecer la necesidad de intervención de terceros –sea un comité de ética, de bioética o la justicia–; de lo contrario, no habría tal libertad. En todo caso, esta intervención debería ser facultativa, pero no obligatoria. ¿No será que considerar que una adolescente de 16 años tiene pleno discernimiento para decidir no someterse a una transfusión sanguínea y por ello, poner en riesgo su vida constituye, en definitiva, una desprotección? Si se permite la autonomía en el acto de mayor gravedad, como lo es el fallecimiento de una persona (en palabras del art. 26 en su última parte, el no cuidado al propio cuerpo), cabría preguntarse cuál es la diferencia y la consecuente especialidad que recae en las personas menores de edad con relación a los adultos. ¿Acaso no es menos gravoso contratar una prepa siendo menor de edad –que no tendría capacidad patrimonial para ello– que decidir poner fin a su vida?

Precisamente, la falta de autonomía y la consecuente intervención de un comité de ética o bioética, y en aquellos lugares que se carezca de estas instituciones, la justicia que en varios ámbitos suele ser el último eslabón en la protección de los derechos humanos de las personas, sería la respuesta institucional más acorde con los derechos en juego dada su habilidad para lograr –o al menos intentar– revertir situaciones o decisiones de extrema gravedad al poner en crisis el propio derecho a la salud en vinculación directa con el derecho a la vida.

17. Moreno, Gustavo D., *op. cit.* p. 117.

Entonces, he aquí un nuevo interrogante inconcluso que genera el CCyC y compromete de manera central la noción de “irreversibilidad”.

Una mirada en este mismo sentido acontece con la Ley 26.130 de ligadura de trompas y vasectomía que exige la mayoría de edad al disponer en el art. 1 que “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ‘ligadura de trompas de Falopio’ y ‘ligadura de conductos deferentes o vasectomía’ en los servicios del sistema de salud”; reafirmando en el art. 2 relativo a los requisitos que debe tratarse de una “persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado”. ¿Se debe sostener esta mayoría de edad regulada en la ley especial o debería ceder, habilitándose dichos actos a partir de los 16 años por tratarse de un acto que compromete los derechos sexuales y reproductivos y, por lo tanto, el cuidado al propio cuerpo de conformidad con lo previsto por el art. 26 del CCyC?

Antes de intentar responder este interrogante, cabe traer a colación el caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia el 11/02/2014<sup>18</sup> en el que se abordó, precisamente, este conflicto. Se trata del planteo de inconstitucionalidad incoado por un grupo de organizaciones de la sociedad civil que nuclea adolescentes, en el que se pretende colocar en jaque el art. 7 de la Ley 1412 de 2010. A saber, mediante esta normativa “se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”; circunscribiendo su previsión a personas adultas, pues establece que “En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”.

La máxima autoridad judicial colombiana, en una larga sentencia, rechazó el planteo fundándose en varios argumentos, entre los que se destacan:

- Que “la Corte ha aceptado que los menores tienen derecho a decidir sobre su propia sexualidad, en el marco de la autonomía y libertad que

18. Corte Constitucional de Colombia, 11/02/2014, Yuly Ramirez Gómez, Pedro Antonio Cano Álvarez, Brahim Daniel Montoya Zuleta, Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivera Ocampo, disponible en: <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-513893554>. Consulta: 09/05/2019.

se le reconoce a toda persona, pero considerando la importancia del acompañamiento de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están en deber de advertir los riesgos y responsabilidades de sus decisiones de vida”.

- Que “cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación”.
- Que “la Corte estima que la diferenciación que el Legislador estableció para acceder a la anticoncepción quirúrgica entre mayores y menores de edad es constitucional porque no se sustenta en ningún criterio sospechoso y porque responde al desarrollo de un mandato constitucional en materia de progeneritura responsable”.

La respuesta a estos interrogantes concatenados en torno a la tensión entre los aforismos jurídicos ley especial/ley general y ley posterior/ley anterior, a nuestro entender, se funda en definitiva, en un concepto que es pertinente colocar en la escena central del tema en estudio. Nos referimos al “paternalismo justificado” sobre el cual tanto se ha escrito<sup>19</sup> y que se refiere a la necesidad de aceptar que, por el principio de especialidad y el reconocimiento de la gradualidad en el desarrollo madurativo de las personas menores de edad, los adultos –familia, Estado, comunidad– son piezas fundamentales. ¿Cuál es el límite a tal intervención? La justificación debería pasar por la columna vertebral de los derechos humanos de NA: el interés superior del niño con la lógica que lo entiende la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

## **V. ¿Y el cruce interpretativo entre la Ley 26.743 de identidad de género y el art. 26 del CCyC?**

En esta lógica de dejar plasmados ciertos debates que genera el entrecruzamiento entre autonomía progresiva, bioética y CCyC, se entiende

19. Como síntesis de los principales desarrollos en torno a esta noción se recomienda compulsar Valente, Soledad, “Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?”, RDF 84, mayo 2018, Abeledo Perrot- Thomson Reuters, Buenos Aires, p. 65 y ss.



de interés abordar una cuestión en particular, lo relativo a la autorización judicial que exige el art. 11<sup>20</sup> para las operaciones quirúrgicas total o parcial de personas menores de edad.

¿Es necesario solicitar autorización judicial cuando un adolescente de entre 16 y 18 pretende someterse a una operación quirúrgica en el marco de la ley de identidad de género?

Tal como surge del art. 11, las personas menores de edad –sin diferenciar, si se trata de niñas o adolescentes, con o sin madurez suficiente– necesitan la correspondiente autorización judicial para proceder a realizar intervención quirúrgica total o parcial. Ahora bien, el interrogante que se deriva de ello a la luz de lo previsto en el art. 26 del CCyC gira en torno a cómo debería impactar esta última normativa en la ley especial. En otras palabras, si se trata de un adolescente entre 16 y 18 años de edad, se debería aplicar el art. 11 de la Ley 26.743 (ley especial y anterior) y, por lo tanto, la intervención quirúrgica exige intervención judicial o, por el contrario, debería regir el planteo previsto en el art. 26 del CCyC (ley general y posterior) y, entonces, la intervención es administrativa, es decir, no debería salir del ámbito de salud.

Para responder esta inquietud cabe traer a colación la mencionada Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en la que se sostuvo, con acierto, que “Los principios convencionales/constitucionales

20. “Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad”.

pro persona y pro *minoris* implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC que resulta más protectorio de derechos de NNyA”; y tras esta afirmación, se entiende que “Los procedimientos que prevé la LDIG son constitutivos del cuidado del propio cuerpo (CCyC, art. 26 último párrafo) a partir de la noción según la cual la identidad de género necesariamente se encarna en el sentir autónomo de un cuerpo como propio”.

Siguiéndose esta lógica, la respuesta se inclinaría a favor de la aplicación de la legislación civil (posterior) por sobre la ley de identidad de género (especial), por lo tanto, no sería necesaria la intervención judicial, sino que solo bastaría con el consentimiento de la adolescente, incluso, no se necesitaría el asentimiento de los progenitores al tratarse del ejercicio de un derecho que hace al cuidado del propio cuerpo en un sentido amplio encuadrable en la última parte del art. 26 del CCyC.

## VI. Breves conclusiones provisionales

El tiempo es tirano y el espacio también, de allí que el cierre del presente ensayo es brevísimo.

Es sabido que un extenso y revoltoso caudal de agua ha corrido bajo el puente del principio de autonomía progresiva de NA desde la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño que en el 2019 cumple 30 años de existencia, en especial, su art. 5; alentado por hitos jurisprudenciales como lo ha sido el reconocido caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* de 1985 o en el ámbito nacional, el caso Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia c/ CABA del Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en fecha 14/10/2003,<sup>21</sup> animándose a poner en crisis en el campo del derecho civil clásico el binomio capacidad-incapacidad jurídica, y admitir que puede no haberse alcanzado la plena capacidad jurídica pero que ello no es obstáculo para ejercer por sí determinados actos relativos a los derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud.

El art. 26 del CCyC constituye un buen ejemplo normativo al desafiar la regulación rígida, conservadora y cerrada en la que las personas menores de

21. STJ, CABA, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, Cita online: AR/JUR/3606/2003.

edad estaban signadas, en general, por la idea de incapacidad de hecho. Es evidente que esta noción debía ser puesta en crisis, en particular, tratándose de adolescentes por obra y fuerza del principio de AP.

La legislación civil, desde el obligado prisma constitucional-convenional, tuvo que dar un vuelco de 180 grados en varias temáticas, ello se ha visto de manera elocuente en el campo de las relaciones de familia y de los derechos de NA, existiendo entre ambos vasos comunicantes innegables. Así como la noción de pluralidad de formas de organización familiar, atravesada por el principio de igualdad y no discriminación, revolucionó el derecho de las familias a tal punto de ser más adecuado referirse a este campo con la “s” final; en materia de derechos humanos de NA, la sublevación vino de la mano del principio de AP. Ruptura que ha sido de tal envergadura y profundidad que algunas voces aún se resisten porque como es sabido, los cambios y los consecuentes movimientos en los pilares o cimientos, despiertan ciertos temores, críticas e incomodidades teóricas. Así son las grandes transformaciones socio-jurídicas.

Ya lo dijo hace tanto el genio de Albert Einstein: “Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”. Todavía quedan ciertos prejuicios sobre las personas menores de edad, en especial, sobre los adolescentes porque son ellos –más que ningún otrx– quienes traccionan y tensionan en acto las virtudes y emancipaciones que genera el principio de autonomía progresiva en un Estado democrático. Así de compleja y enigmática es la libertad.

## **Bibliografía**

- Curti, Patricio J., y Notrica, Federico, “Gestación por sustitución”, en Herrera, Marisa (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.
- De la Torre, Natalia, Herrera, Marisa, Notrica, Federico, Vigo, Fiorella, y Vittola, Leonardo R., “Naturaleza jurídica del embrión no implantado”, en Marisa Herrera (dir.) *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.
- Gil Domínguez, Andrés, “Embrionación”, LL 19/08/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/2353/2015.
- Grosman, Cecilia O. (directora) y Videtta, carolina A., (coordinadora), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial*

- sus derechos a la salud y cuidado al propio cuerpo*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.
- Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LL 31/07/2013, 1 Cita Online: AR/DOC/2899/2013.
- Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, RCCyC 2018 (julio), 3 Cita Online: AR/DOC/1258/2018.
- Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, y Fernández, Silvia, E., *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, CABA, La Ley, 2018.
- Lamm, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139 Cita Online: AR/DOC/1271/2019.
- Notrica, Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. el trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-IV, 111 Cita Online: AR/DOC/3260/2018.
- Salituri Amezcuca, María Martina, “La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. una ocasión para el análisis”, RDF 2016-V, 60, Cita Online: AR/DOC/4712/2016.
- STJ, CABA, “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, Cita Online: AR/JUR/3606/2003.