

## Doctrina

# Niños, niñas y adolescentes y vacunación COVID-19

## Ejercicio de derechos y autonomía progresiva



Marisa Herrera

Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UNDAV).



Silvia E. Fernández

Asesora de Incapaces del Depto judicial mar del plata. Especialista en Derecho de familia (UNR). Profesora de Derecho de familia y sucesiones (UNMDP)

**SUMARIO:** I. Planteo del tema. — II. Principio de autonomía progresiva y vacunación COVID-19. — III. Breves palabras de cierre.

### I. Planteo del tema

La centralidad que ocupa la temática de la vacunación contra el COVID-19 constituye hoy día un hecho tan indiscutible como complejo y aún impactante. El decrecimiento exponencial del número de casos de personas contagiadas como de fallecidas es otro dato de la realidad elocuente que se ha logrado gracias al avance y el cumplimiento de la campaña de vacunación llevada adelante en la Argentina y en el mundo con dispar desarrollo (1).

Un primer aspecto para señalar que nos convoca desde el ámbito jurídico gira en torno a la oferta de inmunización. Sabido es que la vacunación contra el COVID-19 no se encuentra incluida en el calendario oficial de vacunación establecido por el Ministerio de Salud de la Nación en el marco de lo dispuesto por el art. 6 de la ley 27.491 y demás disposiciones pertinentes en su calidad de Autoridad de Aplicación. En consecuencia y tal como se ha aclarado desde los inicios de su oferta, el acceso a la vacunación por COVID-19 es de carácter optativo, es decir, no obligatorio para toda la población, sin distinciones en razón a la edad o tipo de enfermedad de base que se tenga.

No obstante, la política pública nacional tendiente a lograr la vacunación COVID-19 por la población argentina constituye una estrategia de salud pública en los términos de la citada ley 27.491 por sus cualidades de prevención y efectividad (art. 2) y, a la par, reviste carácter de bien social (art. 2). El COVID-19 ha demostrado ser una enfermedad prevenible o cuyos efectos pueden disminuirse por medio de la vacunación (art. 1) y, en consecuencia, a esta política de inmunización le son aplicables varios de los principios contenidos en el art. 2 de la citada ley, a saber: 1) gratuidad del acceso a los servicios de vacunación y a la vacuna en sí misma, con equidad social para todas las etapas de la vida (en este sentido cabe reparar en las especificaciones que se requieren al momento de la inscripción, con prioridad de los denominados “grupos de riesgo”, así como el cumplimiento escalonado del Plan conforme la franja etaria de ubicación de la persona, comenzando por aquellas de edad más avanzada y en forma decreciente, hasta llegar a la población que se constituye como sujeto de nuestras reflexiones: niños, niñas y adolescentes); 2) prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (2); 3) disponibilidad de servicios de vacunación y vacunas; y 4) participación de todos los sectores de la salud y de otros vinculados con sus determinantes sociales, con el obje-

to de alcanzar coberturas de vacunación en forma sostenida (incs. a, d y e, respectivamente, art. 2 cit.) (3).

En este amplio marco de estudio atravesado por el lugar de la vacunación en el abordaje del COVID-19 desde la perspectiva jurídica, aquí pretendemos centrarnos en una cuestión en particular: la accesibilidad por parte de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) y, dentro de este ámbito, lo relativo al ejercicio de este derecho a la luz de uno de los principios rectores, como el de autonomía progresiva que compromete, a la par, los contornos del ejercicio de la responsabilidad parental frente a la toma de decisión de este acto sanitario por parte de sus hijos/as. Asimismo, se pretende indagar sobre los conflictos de intereses que puedan suscitarse en el acceso a la vacunación, sea entre las personas responsables de los NNA o bien

entre aquellas y sus hijos/as. Finalmente, se reflexiona sobre una situación especial, como lo es la negativa de los NNA a su vacunación y la necesidad de una respuesta interdisciplinaria que exige una mayor información y concientización, profundización de la política pública y no descansa en la búsqueda de una única respuesta desde una mirada cerrada centrada en el plano jurídico.

Antes de avanzar con la temática en cuestión, nos parece importante dejar asentada la siguiente aclaración. Aquí se analiza la cuestión del ejercicio de un derecho personalísimo por parte de los propios protagonistas, no sobre la pertinencia y/o beneficio psicosocial de que toda persona menor de edad vaya acompañada de personas de su confianza para que se sienta contenida, como también se lo considera positivo en caso de adultos que deben afrontar trata-

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Para conocer el grado de avance de la vacunación en América Latina recomendamos compulsar la siguiente página <https://es.statista.com/grafico/24335/vacunacion-contra-el-coronavirus-america-latina/>.

(2) Si bien la prevalencia del interés público sobre el interés particular se lo relaciona de manera directa con la obligatoriedad de las vacunaciones —cuestión que no acontece en materia de COVID-19—, lo cierto es que lo ex-

cede. Justamente, en atención a esa interacción entre lo público o lo social y lo privado es que la vacunación es gratuita, de distribución masiva y bajo una fuerte campaña pública en favor en atención a la importancia de alcanzar la denominada “inmunidad de rebaño”.

(3) El restante principio contenido en la norma consignado en el punto b. vinculado a la obligatoriedad para toda la población no se aplica para la temática en estudio.

## Columna de opinión

### ¿Anomalías societarias?



P. Augusto Van Thienen

Socio fundador del Instituto CEDEFLaw y del Instituto IDEF | Empresa+Familia. Fellow Member, Family Business Center, Florida International University, EE.UU. Foreign Scholar, College of Law, Florida International University, EE.UU. Family Office Manager. Estate & Wealth Planning Certificate. The Institute for Family Business (UK). Miembro de la International Academy of Collaborative Professionals (IACP).

Véase el texto completo en p. 5

### Nota a fallo

#### Phishing

Pedido de nulidad de préstamo. Acuerdo de conciliación. Restitución de fondos. Desistimiento del reclamo de daño moral y punitivo. Homologación.

JCiv. y Com. 48a Nom., Córdoba, 03/09/2021. - González, Mario Alberto c. Banco BBVA Argentina S.A. s/ Abreviados - Otros - Trámite oral. 6

#### Los casos de “phishing” en la justicia argentina avanzan favorablemente para los damnificados

Christian H. Miller 7

#### Jurisprudencia

#### Amparo de salud

Afiliado que padece discapacidad. Cobertura de internación geriátrica. Alcances. Prestadores ajenos. Procedencia. CFed. La Plata, sala II, 05/10/2021. - M., R. C. c. Instituto de

Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA) s/ Amparo Ley 16.986. 10

#### Accidente de trabajo

Trabajador que prestaba tareas clandestinamente. Responsabilidad de la ART. Acción de repetición.

CNTrab., sala X, 09/08/2021. - Galeano, Fernando Carlos Ezequiel c. Mudarte S.R.L. y otro s/ accidente - acción civil. 12

mientos médicos complejos y/o de gravedad, entendiendo que es mejor no enfrentar este tipo de situaciones en soledad. Son dos planos de estudio muy diferentes. Aquí nos referimos al estrictamente jurídico que gira en torno al interrogante de si es válido el acto médico, si lo presta quién y en qué condiciones, cuando se trata de la vacunación por COVID-19 a personas menores de edad.

Conforme esta delimitación temática, las premisas que se sostienen en el presente ensayo son las siguientes:

-La necesidad de reconocer la diferencia existente entre niños y niñas como un sector poblacional y adolescentes por el otro, a fin de aplicar adecuadamente el principio de autonomía progresiva y las consecuencias jurídicas que de allí se desprenden en los términos del art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación publicada en el Boletín Oficial de fecha 8/01/2016.

-Los y las adolescentes deben tener acceso a la vacunación con su solo consentimiento, sin necesidad de asentimiento de sus progenitores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (cfr. res. 65/2015 cit.), al ser la vacunación un acto considerado *no invasivo* en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com. al no colocar en riesgo la vida o integridad de la persona; por ende, la exigencia de la presencia de un progenitor o adulto responsable, así como la suscripción de formularios o declaraciones juradas por parte de estos conculcan el *corpus iuris* vigente. En otras palabras, impedir o excluir que el o la adolescente pueda solicitar de manera virtual un turno para la vacunación, como exigir que vaya acompañado por un adulto para acceder a la vacunación constituyen malas prácticas sanitarias.

-En caso de desacuerdos entre el/los progenitor/es y el o la adolescente planteado por parte de un progenitor en forma de *oposición* —ya que insistimos que su participación no se exige en el acto— prevalece la opinión del hijo/a, en tanto se asegure que ha existido un verdadero proceso de consentimiento informado (conf. art. 5 ley 26.529 y art. 59, Cód. Civ. y Com.) en el marco del cual el o la adolescente haya tenido acceso a información, respuesta a preguntas, deliberación sanitaria y construcción de una decisión informada y responsable; ello sin perjuicio de la necesidad de profundizar en campañas de concientización a nivel de política pública y/o también de trabajar en el plano individual en la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada observándose que el ámbito educativo debería ocupar un rol central.

-Si el o la adolescente se niega a la vacunación debe recordarse que el caso de la inmunización COVID-19 no es obligatoria

de modo que no es de aplicación la compulsividad, ni lo dispuesto en el art. 11 de la ley 27.491 (4), prevaleciendo su negativa a la vacunación en tanto haya tenido acceso a información, y se le posibilite construir una decisión informada y responsable; más que la imposición forzosa debe trabajarse en campañas de concientización como política pública y en el plano individual la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

-En el caso de los niños y niñas, por aplicación del mismo marco normativo (art. 5 ley 26.529, arts. 26 y 59 Cód. Civ. y Com. y res. 65/2015), se debe requerir el consentimiento de uno/a de sus representantes legales, guardadores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (piénsese por ejemplo la situación de los niños y niñas que se encuentran sin cuidados parentales alojados en espacios institucionales), previa información adecuada y adaptada al niño o niña, conforme los requisitos de construcción del consentimiento informado (art. 59 Cód. Civ. y Com.); en caso de conflicto de intereses entre ambos progenitores cabe en realidad advertir que la cuestión de la vacunación puede esconder un contexto más profundo y complejo de comunicación entre los progenitores; como todo desacuerdo entre ellos, su resolución, en caso de no poder zanjarse en el espacio sanitario, encuentra vía jurisdiccional en el marco de lo dispuesto por el art. 642 del Cód. Civ. y Com. y la intervención judicial para resolver los desacuerdos; en la resolución de este conflicto aparece central brindar al niño o niña la posibilidad de ser escuchado o escuchada y considerar su opinión conforme su edad y grado de madurez. Finalmente, y siguiendo al ya mencionado art. 26, la solución debe guiarse por el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la realización o no del acto; cabe insistir en recordar que esta vacuna no es obligatoria, de allí la importancia de profundizar en el proceso de consentimiento y deliberativo para arribar a consensos.

-Como última aseveración, debe tenerse en cuenta la especial división etaria que se ha llevado adelante en el marco de la vacunación del COVID-19. Al respecto, las categorías utilizadas han sido: de 12 a 17 y de 3 a 11 años. En este contexto, cabría preguntarse qué interpretación observar en relación con los niños y las niñas de 12 años. Aquí correspondería recordar que la noción adolescente encierra la presunción de discernimiento para el ejercicio de derechos relativos al cuidado del propio cuerpo; ello significa que a un niño o niña de 12 si bien no le rige dicha presunción, ello no lo excluye de manera automática de la posibilidad de solicitar turno para la vacunación y acercarse el día y el horario asignado para proceder a realizar este acto sanitario. ¿Acaso, por aplicación del principio rector en la materia de interés superior del niño no cabría estar a favor de la vacunación que es la intención del niño o niña? En

otras palabras, esta situación demuestra la relevancia de la conducta que lleva adelante la persona menor de edad, entendiéndose que el solo hecho de ir a vacunarse hace presumir su interés hacia la satisfacción de manera personal de un acto personalísimo, como lo es la vacunación y la consecuente demostración de que cuenta con edad y grado de madurez para ello.

## II. Principio de autonomía progresiva y vacunación COVID-19

### II.1. El principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el derecho argentino

La capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes está regulada a partir de los arts. 22 y ss. del Cód. Civ. y Com.. El art. 24 reconoce capacidad de ejercicio en favor de “la persona que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo”, remisión que involucra, centralmente, a las regulaciones de los arts. 25 y 26. El art. 25 considera adolescente a la persona menor de edad que ha cumplido 13 años y hasta la mayoría de edad —18 años—. Asimismo, entiende por niño o niña a la persona menor a ese límite de 13 años, es decir, a la franja entre los 0 a 13 años. Por lo tanto, la legislación vigente para estar en absoluta consonancia con el principio constitucional-convencional de autonomía progresiva define de manera diferencial la noción de niño o niña de la de adolescente, entendiéndose que ambas categorías ameritan respuestas o soluciones jurídicas distintas en respeto a la identidad de cada una de ellas. Solo a modo de ejemplo, cabe recordar lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva nro. 17 sobre la “Condición Jurídica” del niño en cuyo párrafo 101 sostiene que “Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (...). 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”.

En materia de consentimiento informado, la columna vertebral del régimen jurídico gira en torno al principio de autonomía progresiva (conf. art. 5, Convención sobre los Derechos del Niño).

Las referencias que el Código Civil y Comercial efectúa tanto en el art. 24 como en el art. 26 y en otras normas del cuerpo normativo en punto a la *edad* y *madurez*

*suficiente* resultan los componentes del llamado *principio de autonomía progresiva* (5) que, en rigor, precede a la construcción normativa del Código y encuentra su base constitucional en el mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conforme dicha norma, los progenitores y las progenitoras —así como las personas responsables de las personas menores de edad— deben ejercer *orientación* y *dirección apropiadas* con la finalidad de que niños, niñas y adolescentes *ejerzan sus derechos por sí*, de conformidad a las disposiciones de la Convención. De tal modo, las facultades de los y las adultos se consideran e interpretan como reconocidas con el fin de que hijos e hijas ejerzan sus derechos *por sí, conforme su edad y grado de madurez suficiente* (6). En este sentido y en el plano interno, esta directriz fue recibida previamente en el nuevo Código por el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que estableció a la *autonomía progresiva como integrante del interés superior del niño* y reconoció el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes en las cuestiones que involucren sus intereses (arts. 3, 19.a, 24.b, ley 26.061). Regresando a la legislación civil, el principio se desprende de la que constituye la norma troncal en materia de autonomía progresiva y ejercicio de capacidad por la persona menor de edad que es el art. 26, conforme el cual si bien *la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos le que son permitidos por el ordenamiento jurídico*. Lo dicho se complementa por el art. 638 que brinda la definición de la *responsabilidad parental* y los principios contenidos en el art. 639 que, en tanto guías de interpretación, deben ser considerados en toda evaluación y decisión que involucre la medición de las facultades de hijos e hijas y los deberes y obligaciones de sus progenitores. Así, según se establece en el art. 639, uno de los principios de la responsabilidad parental es “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” (inc. b).

De conformidad con este juego normativo, existe una relación inversamente proporcional entre autonomía progresiva y responsabilidad parental: a medida que el hijo o hija adquiere mayor grado de autonomía, la segunda —responsabilidad parental o decisión de los/as progenitores en sustitución de sus hijos/as— decrece proporcionalmente. Ello ha sido previsto en la normativa civil y comercial muy particularmente, en lo que se refiere a actos personales o personalísimos (conf. art. 644 en torno al ejercicio de la responsabilidad parental por adolescentes progenitores; art. 645 que requiere el consentimiento de los y las adolescentes para todos los actos que exigen consentimiento de ambos progenitores;

(4) Art. 11: “Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7º, 8º, 10 y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061”.

(5) Para una profundización de esta noción, pueden verse: HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, *Daños a la salud. Revista de derecho de daños*, 2011-3, Rubinzal Culzoni, ps. 538 y 539. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, “Ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes”, *Ediar*, 2006, Buenos Aires, p. 453 y ss. FERNÁNDEZ, Silvia, “Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Argentino”, *JA Suplemento especial*, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa (dirs.), SJA-2012/06/20-83. PELLEGRINI, María Victoria, “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad”, *RDF*, N° 42, Abeledo Perrot, p. 88. MINYERSKY, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño”, en GROSAN, Cecilia (dir.), Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Le-

xix Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 255; HERRERA, Marisa, “Una mirada renovada y necesaria sobre ciertos aspectos patrimoniales de la relación padres e hijos. Una intersección compleja entre capacidad civil y representación legal a la luz del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes”, en KRASNOW, Adriana (dir.), DI TULLIO BUDASSI, Rosana y RADYK, Elena (coord.), *Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011; HERRERA, Marisa, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061”, en FLAHERTY, Lily (dir.), FODOR, Sandra y DEL ÁRBOL, Mabel (coords.). *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones familiares. Problemáticas infanto-juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*,

Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 693 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, M. Victoria - HERRERA, Marisa, “Derecho constitucional de familia...”, ob. cit., T. I, ps. 520 y ss.; BELOFF, Mary, “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, p. 4; entre otros.

(6) La noción más empírica o dinámica de “madurez”: “(...) hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado (...); la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez”, Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, ps. 28-31.

art. 677 en torno a la participación autónoma en juicio del hijo o hija adolescente, sin previa autorización de sus progenitores, entre otras).

## II.2. El principio de autonomía progresiva y la toma de decisiones en materia de salud

Sobre la base de esta estructura debe interpretarse todo lo relativo al ejercicio de derechos por parte de los propios adolescentes, en especial cuando se trata de actos personales o personalísimos. Precisamente, el art. 26 del Cód. Civ. y Com. expone en su segundo párrafo que la persona “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, observándose con mayor presencia esta mayor permisión en lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos, dentro de los cuales se incluyen los actos propios al campo de la salud. En otras palabras, habría un principio “pro autonomía” cuando se trata de personas adolescentes en lo relativo al ejercicio directo por su parte en todos aquellos actos personalísimos que comprometen su salud en el sentido amplio que recepta la Organización Mundial de la Salud (OMS), es decir, no solo involucra la salud física sino también psíquica.

La norma central y que delimita la estructura de la regulación legal con relación al principio de autonomía progresiva es el art. 26 del Cód. Civ. y Com. Este incorpora una clara distinción en torno al reconocimiento de diversos grados de capacidad jurídica para las personas menores y mayores de 13 años de edad. Cabe recordar que la normativa en su parte pertinente expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...) 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. 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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (párrs. 1º, 4º, 5º y 6º). Se vincula esta norma de manera directa con la regulación de la responsabilidad parental, en particular con el art. 639 del Cód. Civ. y Com., que establece como principios generales de la responsabilidad parental: “a) el interés superior del niño; b) 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; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Así, a partir de su 4º párrafo el art. 26 establece una serie de presunciones —que rigen a excepción de que se pruebe en contrario, es decir, no requieren un “test” o una prueba previa para su vigencia— conforme las cuales *los y las adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resul-*

*tan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.* Como se expuso anteriormente: “El gran abanico de actos que compromete el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes interpelado de manera constante por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión que compromete el campo de la bioética, obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados ‘conceptos jurídicos indeterminados’, como tratamientos ‘invasivos’ y ‘no invasivos’ o que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’”. (7) Este concepto de *invasividad* por lo demás, es regulado en el art. 7 de la ley 26.529 y su dec. reg. 1089/2012 en relación con los casos en que el consentimiento informado debe brindarse por escrito.

A su turno, la ya citada resolución 65/2015 del MSAL, establece dentro de sus “reglas de interpretación normativa” que “Para la interpretación de todas las normas relacionadas con NNyA, incluyendo a las NNyA con discapacidad, corresponde ante todo tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial tiene como fundamento el reconocimiento de la categoría de sujetos de derecho a todas las personas”. En este contexto se asevera que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 Cód. Civ. y Com. 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”.

Solamente para los casos en que dichos efectos negativos sean previsibles, *conforme la evidencia científica* (cfr. resolución 65/2015 Ministerio de Salud de la Nación, BO 8/01/2016), dicho consentimiento del adolescente debe ser *integrado por el asentimiento de cualquiera de sus progenitores y/o personas que ejerzan roles de cuidado*. (art. 26 5º párrafo, res. 65/2015, cit.).

Por otra parte, en lo que respecta a la franja entre los 16 y 18 años de edad, también son adolescentes, a los que la legislación civil les otorga una mayor participación aún, en atención al principio rector de autonomía progresiva. Al respecto, el último párrafo del art. 26 expresa que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la autonomía progresiva de los y las adolescentes se mide no solo en función de su madurez suficiente —que deriva presumida por la normativa civil a partir de la edad de 13 años—, sino también en atención al *acto de que se trate* y la posibilidad de que —*conforme evidencia científica*— pueda impactar desproporcionadamente con daño o riesgo de daño en su vida o salud. (art. 26, res. 65/2015, cit.). Finalmente, a todos los adolescentes entre 16 y 18 años de edad se aplica una mayoría de edad anticipada en todo lo relativo al cuidado de la salud en los

presunción de legalidad hasta que se las haya decretado inconstitucional, cuestión que no ha sucedido hasta el momento, incluso en lo relativo a la cuestión del consentimiento informado por parte de personas menores de edad previsto en el art. 8 de la ley 27.610, reafirmado en

términos amplios y holísticos que adopta la OMS, relativa al mayor y más completo grado de bienestar físico, psíquico y emocional.

## II.3. Autonomía de los/las adolescentes para consentir por sí la vacunación contra el COVID-19

Conforme ya fue adelantado al esbozar las premisas de este trabajo, la vacunación en el caso de los y las adolescentes exige únicamente de su consentimiento informado, por no tratarse de un acto invasivo que comprometa la vida o integridad del o la adolescente. Dicho acto *no requiere el previo, contemporáneo ni posterior asentimiento de sus progenitores o representantes legales o personas de cuidado, ni ningún tipo de conformidad*.

En otros términos, tal como surge de lo dispuesto en el art. 26 en su cuarto párrafo, cuando se refiere a los adolescentes entre 13 y 16 años y en actos que se consideran no invasivos como es el caso de la vacunación en general —y dentro de ella la vacunación contra el COVID-19—, el asentimiento por parte de los/las progenitores está excluido, siendo *necesario contar solo con el consentimiento informado que presta el o la adolescente como regla en todos aquellos actos personalísimos que no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave para su vida e integridad física*.

Consideramos que la propuesta interpretativa aquí vertida es la alineada con la interpretación del sistema vigente en su integridad. Es más, efectuando un parangón con el resto de los actos personalísimos en materia de salud, cabría preguntarse cómo es posible que en el derecho vigente una adolescente pueda acceder a la interrupción voluntaria del embarazo sin la necesidad de contar con el asentimiento de ningún adulto en los casos que se trata de tratamientos no invasivos, como lo son todos los supuestos medicamentosos que es la gran mayoría de los abortos realizados dentro de las primeras catorce semanas de gestación (conf. art. 8, ley 27.611), pero si esa adolescente quiere ser vacunada debe previamente contarse de manera obligatoria con el asentimiento de un progenitor o adulto responsable. Es evidente que un sistema así sería absolutamente incoherente desde el punto de vista sociojurídico. ¿Debería modificarse la reciente ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo (8) o modificarse las malas prácticas sanitarias que exigen la presencia adulta? La respuesta es obvia. Las prácticas deben ajustarse a las disposiciones normativas vigentes y no a la inversa; y todas ellas, normas y prácticas, deben respetar el principio central que las atraviesa, cual es el de *autonomía progresiva*, seguido y consolidado en el ámbito nacional por la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Otra comparación puede realizarse con el acceso de adolescentes a actividades de investigación; al respecto, es dable traer a colación las “Pautas generales para la obtención del consentimiento informado para participar de una investigación” (9) elaboradas por la Dirección de Investigación en Salud Ministerio de Salud de la Nación, que se refieren a una cuestión más compleja que la vacunación: el consentimiento informado para la participación de adolescentes en ensayos clínicos. Como se

puede observar, se refiere a un supuesto más comprometido, porque el cuerpo de los adolescentes forma parte de indagaciones clínicas, por lo cual la salud y la vida podría encontrarse comprometida.

En este documento se afirma: “4. En el caso de menores de edad de 0 a 12 años se obtiene el consentimiento informado de los progenitores o tutores y el asentimiento del menor según su madurez (habitualmente se obtiene a partir de los 7 años). Para participar de ensayos clínicos de los/las adolescentes (13 a 18 años) se obtiene el consentimiento junto con el de los progenitores. *En las investigaciones de menor riesgo y relacionados con la salud del adolescente puede obtenerse su consentimiento solamente*. Esto es evaluado por el Comité de Ética en Investigación caso por caso, ponderando el mejor interés y el ejercicio de la autonomía del adolescente” (10).

En este contexto, fácil se puede colegir que si en las *investigaciones* de menor riesgo que comprometen la salud de los adolescentes en el marco de ensayos clínicos solo basta contar con el consentimiento de los propios involucrados, el caso de la vacunación que no implica participar de un contexto de investigación con mayor razón queda incluido en la regla de no invasividad y suficiencia del consentimiento adolescente por su menor impacto en la salud y vida.

En consecuencia, los y las adolescentes deben tener acceso a la vacunación con su solo consentimiento, sin necesidad de asentimiento de sus progenitores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (cfr. Res. 65/2015 cit.), por tratarse de la vacunación de un acto considerado *no invasivo* en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com., es decir, que no pone en riesgo su vida o integridad; la exigencia de la presencia de un progenitor o adulto responsable, así como la suscripción de formularios o declaraciones juradas por parte de estos y la exclusión del o la adolescente de esta firma de la documentación pertinente y de la prestación de su consentimiento informado, constituyen malas prácticas sanitarias.

Cabe ahora preguntarse qué solución brindar en caso de desacuerdos entre el/los progenitor/es y el o la adolescente; esta situación se daría exclusivamente en caso de aparecer planteado en forma de *oposición* por el adulto, ya que, insistimos, su participación no se exige en el acto. Concluimos —como ya anticipamos— que prevalece la opinión del o la adolescente en la decisión respecto al acto de vacunación, en tanto se asegure que ha existido un verdadero proceso de consentimiento informado (art. 5 ley 26.529, art. 59 Cód. Civ. y Com.) en el marco del cual el o la adolescente haya tenido acceso a información, respuesta a preguntas, deliberación sanitaria y construcción de una decisión informada y responsable; ello sin perjuicio de la necesidad de profundizar en campañas de concientización a nivel de política pública y/o también de trabajar en el plano individual en la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

En atención a esta línea argumental, disintimos con el comunicado de “La Defe” —así se autodenomina la Defensoría Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes— del 12/10/2021 (11) que, si bien el título se refiere a la cuestión de la vacuna-

(7) FERNÁNDEZ, Silvia E. - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud”, LA LEY, 2017-F, 805; TR LA LEY AR/DOC/2904/2017.

(8) Como es sabido, las leyes gozan de estabilidad y

el correspondiente Protocolo actualizado por el Ministerio de Salud de la Nación en mayo del 2021 para estar en consonancia con lo previsto en la normativa vigente.

(9) [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pautas\\_generales\\_para\\_obtencion\\_consentimiento\\_informado.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pautas_generales_para_obtencion_consentimiento_informado.pdf).

to\_informado.pdf.

(10) El destacado nos pertenece.

(11) [https://defensoraderechosnnya.gob.ar/wp-content/uploads/2021/10/9-VACUNACION-nn-COVID19\\_06102021.pdf](https://defensoraderechosnnya.gob.ar/wp-content/uploads/2021/10/9-VACUNACION-nn-COVID19_06102021.pdf).

ción de las niñas y niños de 3 a 11 años, allí se analiza también lo relativo a los adolescentes afirmándose que “Las y los adolescentes de 13 a 17 años pueden vacunarse sin otra autorización más que su decisión de hacerlo (Código Civil de la Nación, art. 26)”<sup>12</sup>; y se agrega que “De 13 a 15 años, si los padres se oponen, deben iniciar una causa judicial”. Más allá de que la redacción de la norma no es clara —al menos presta a confusión a quién se le exige iniciar una causa judicial, si al adolescente o a los “padres” (12), siendo que lo primero sería absolutamente improcedente conforme el art. 26 del Cód. Civ. y Com.—, advertimos una clara contradicción, porque si, efectivamente, tal como surge de lo dispuesto por el art. 26 del Código Civil y Comercial —no es solo Código Civil como allí se expresa—, es válido el acto de vacunación ante la sola manifestación de voluntad de los y las adolescentes de 13 a 17, cualquier oposición que pueda provenir de un tercero (sean los progenitores, los propios efectores de salud, etc.) no tendría ninguna consecuencia o impacto en el plano jurídico; sea una persona de 13, 15 o 17. En este sentido, hemos adelantado al inicio de este ensayo que, conforme la solución del art. 26 del Cód. Civ. y Com., la eventual situación de conflicto de intereses entre el/la adolescente y el/la progenitor/a se resuelve en favor de la posición del adolescente, más aún en este caso favorable a la realización del acto de vacunación por lo que ella encierra en un contexto psico-social-sanitario en el que se busca alcanzar la denominada “inmunidad de rebaño”.

El proceso de consentimiento informado adecuado debe, de manera amplia y veraz, informar en forma previa, clara y acorde a las facultades de comprensión del/la adolescente acerca del contenido previsto en el art. 5 de la ley 26.529 y art. 59 del Cód. Civ. y Com., lo que incluye su facultad de revocación hasta el mismo instante de la vacunación.

Finalmente, si el o la adolescente se niega a la vacunación, debe recordarse que la inmunización COVID-19 no es obligatoria, de modo que no es de aplicación la compulsividad ni lo dispuesto en el art. 11 de la ley 27.491 (13), prevaleciendo su negativa a la vacunación en tanto haya tenido acceso a información y se le posibilite construir una decisión informada y responsable; más que la imposición forzosa debe trabajarse la profundización de campañas de concientización como política pública y en el plano individual la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

#### II.4. Niños y niñas y acceso a la vacunación por COVID-19

II.4.a. El derecho de los niños y las niñas a participar y ser escuchados y escuchadas en la normativa vigente

Dentro de los ya mencionados principios generales de la responsabilidad parental contenidos en el art. 639 se enuncia “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (inc. c.), en consonancia con lo dispuesto en el art. 3, inc. b) de la ley 26.061. Desde la obligada perspectiva

constitucional-convencional, este principio está contenido en el art. 12 de la CDN que contempla el derecho del *niño, niña y adolescente a ser oído y oída y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta en todas las cuestiones que afecten o involucren sus intereses*.

El concepto ha sido ampliamente desarrollado en la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño (2009), conforme la cual “Los Estados parte deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones “en todos los asuntos” que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado, si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente” (p. 26). “El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto” (p. 27). “Es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso” (p. 28).

A su turno, “Se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado” (14). Dicha participación es de carácter “libre” (art. 5 CDN), término que implica según la Observación General 12 del Comité lo siguiente: “El niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es, además, una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.” (p. 22).

#### II.4.b. El consentimiento para la vacunación en el caso de los niños y niñas

Como ya se anticipó, en el caso de los niños y niñas, por aplicación del mismo marco normativo (art. 5 ley 26.529, arts. 26 y 59 Cód. Civ. y Com. y res. 65/2015) se requiere el consentimiento de uno/a de sus representantes legales, guardadores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado, allegados y/o referentes afectivos de conformidad también con la noción que recepta el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, previa información adecuada y adaptada al niño o niña, conforme los requisitos de construcción del consentimiento informado (art. 59 Cód. Civ. y Com.).

¿Cuáles son los argumentos jurídicos para esgrimir esta aseveración?

En primer lugar, es dable destacar la manera amplia con la cual se alude a los adultos responsables que deben prestar el consentimiento para la vacunación de

un niño o niña. Precisamente, esta interpretación protege a las personas más vulnerables, como lo son los niños y las niñas privados de cuidados parentales en situación de institucionalización, quienes accederán a la vacunación con la asistencia de las personas responsables de la institución que las o los asistan en el acto, no siendo procedente requerir autorización alguna al juez o jueza interviniente en el correspondiente control de legalidad de la medida proteccional.

Por otro lado, cuando se trata de progenitores, cabe recordar que el consentimiento que se exige se refiere a uno solo de ellos; es decir, no es necesario que se cuente con el consentimiento de ambos progenitores. Sucede que el art. 645 no incluye a la vacunación dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, por lo tanto se lo debe incluir dentro del principio general en materia de ejercicio de la responsabilidad parental en torno a que los actos celebrados por un/a progenitor/a se presume cuentan con el consentimiento del/la otro/a; salvo expresa oposición.

Por su parte, la resolución 65/2015 ha venido a clarificar esta cuestión; y siendo un documento emanado de la autoridad de aplicación en materia sanitaria, debe regir su interpretación en dicho espacio. Conforme esta norma, “en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término ‘progenitores’ del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. (según el contenido del art. 59 del Cód. Civ. y Com.; Ley de Derechos del Paciente; decreto de la Ley de Salud Sexual), en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto, por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud. De esta manera, cualquier ‘allegado’ (art. 59 del Cód. Civ. y Com.) o referente afectivo (art. 7 decreto 415/2006 reglamentaria de la ley 26.061) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos”. Con más razón, entonces, es suficiente con el consentimiento de un solo progenitor/a.

En igual sentido el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General Nº 15 de 2013 sobre el Derecho a la Salud, entiende que se deben equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado, ya sean padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tenga una “relación personal estrecha”. De este modo, cuando en este trabajo nos referimos a progenitores o representantes legales, lo hacemos en estos términos amplios y comprensivos ya explicados.

En caso de conflicto de intereses entre los progenitores, cabe en realidad advertir que la cuestión de la vacunación puede esconder un contexto más profundo y complejo de comunicación entre ellos; como en todo desacuerdo, su resolución, en caso de no poder zanjarse en el espacio sanitario, encuentra vía jurisdiccional en el marco de lo dispuesto por el art. 642 del Cód. Civ. y Com. y la intervención judicial para resolver los desacuerdos en el ejercicio de

la responsabilidad parental; aquí aparece central brindar al niño o niña la posibilidad de ser escuchado o escuchada y considerar su opinión conforme su edad y grado de madurez para la resolución de la cuestión. Además, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado art. 26, la solución se rige por el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la realización o no del acto; debiéndose recordar nuevamente que esta vacuna no es obligatoria, de allí la importancia de profundizar en la noción de *proceso* que encierra el consentimiento en el que la información e intercambio de opiniones para arribar a consensos ocupa un lugar de relevancia.

Como cierre de este apartado, nos parece de relevancia traer a colación nuevamente el aludido comunicado elaborado por “La Defe” en el que se asevera de manera general que “Las niñas y niños de 3 a 12 años deben contar con el consentimiento de su madre/padre/tutor”. Esta afirmación genera algunas observaciones críticas, hábiles para profundizar la temática en estudio.

En primer lugar, se sigue con los términos clásicos de madre/padre/tutor, cuando, del juego de lo dispuesto en los art. 59 del Cód. Civ. y Com., el mencionado art. 7 del decreto 415/2006 y la también aludida resolución 65/2015, para facilitar el acceso a la vacunación, se debe adoptar un concepto amplio de *adulto responsable*, en la misma tónica que lo hace la ley 27.610, por citar una de las normativas más actuales que involucra el ejercicio de derechos que comprometen la salud por parte de personas menores de edad.

Por otra parte, las categorías que se utilizan en el marco de la vacunación por COVID-19 es la aludida de 3 a 11 y de 12 a 17. Si bien es diferente a la que sigue el Código Civil y Comercial, lo cierto es que ello amerita llevar adelante un análisis más pormenorizado de lo que acontece con los niños y las niñas de 12 años que están ya afuera de la categoría de adolescentes. ¿Esta exclusión por razones etarias impide de pleno el ejercicio del derecho a la vacunación? La respuesta negativa se impone. Tal como se adelantó en la parte final del primer apartado, en la legislación vigente la edad no es el único elemento de importancia a ser tenido en cuenta para la habilitación del ejercicio de un derecho personalísimo, sino que este ha sido complementado con otro de igual envergadura como lo es el grado de madurez. Es por ello que hace tiempo se asevera que una persona de 12 años no está impedida de pleno derecho a ejercer un derecho personalísimo, sino que debe demostrar que cuenta con la madurez suficiente para discernir sobre el acto que se trate. En este contexto, si una niña de 12 años solicita un turno para vacunarse y se presenta el día y la hora estipulada a vacunarse, ya ese solo hecho debería ser tenido en cuenta a los fines de analizarse en el ámbito médico —los profesionales que integran los vacunatorios— la madurez para el ejercicio de un derecho que es beneficioso para su salud. Al respecto, cabe recordar que esta ha sido la línea seguida por el decreto 2316/2003 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que reglamenta el art. 4 de la ley local 153 (Ley Básica de Salud), al establecer que “3. Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones

(12) El uso de la coma luego de “si los padres se oponen” remite como sujeto de la oración a los adolescentes y no a los padres. Queda como una aclaración entre comas “si los padres se oponen” y el “deben” remite a un sujeto tácito, que podrían ser los mismos padres (el sustantivo plural inmediatamente anterior) o bien a los adolescentes de 13 a 15 años, ya mencionados antes. Y por el

sentido del contexto parece lo segundo, es decir, que el sujeto tácito de “deben” son los *adolescentes*. En el mejor de los casos la expresión es ambigua.

(13) Art. 11.- Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7º, 8º, 10

y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061.

(14) OG 14, cit., p. 77. “(...) Ello debe abarcar informa-

ción sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, las dietas, la salud sexual y reproductiva, los peligros de un embarazo precoz y la prevención del VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual” (p. 78) (La cursiva es propia).

de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)". Como se puede observar, aquí se le brinda entidad al hecho de requerir la atención de un servicio de salud como hecho que hace presumir la madurez para el ejercicio de derechos directamente vinculados con la salud y el cuidado del propio cuerpo. Ninguna de estas disquisiciones es atendida en el comunicado en análisis, el que parecería que se sigue centrando en la edad como único elemento a ser tenido en cuenta, cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos, en contradicción con lo que emerge del robusto *corpus iuris* constitucional, convencional y legal vigente que se inclina por el acceso a la salud por parte de los propios protagonistas como una de las tantas maneras de colaborar activamente en el afianzamiento del *principio de autonomía progresiva* en las prácticas en general; y en las sanitarias, en especial.

### III. Breves palabras de cierre

Como se puede observar, el cruce entre vacunación y personas menores de edad atravesado por el obligado principio de autonomía progresiva genera una cantidad de consideraciones socio-jurídicas hábiles para demostrar todo el camino transitado —y el que resta por transitar— en una temática sensible, como lo es el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes. Sucede que esto impacta de manera directa en la lógica que encierra la figura de la *responsabilidad parental*, tan alejada —cada vez más— de la perimida noción de "patria potestad" en el que el *pater familia* era considerado "dueño" de la mujer, de la casa y de los hijos; en el que las construcciones estaban edificadas sobre la base de las ideas de verticalidad, autoridad, sumisión; y en el que la edad otorgaba una seguridad jurídica alejada de todo tipo de flexibilidad y humanidad que genera el reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, con sus propias iniciativas, prejuicios e inquietudes.

La pandemia ha planteado un sínfin de nuevos interrogantes y, a la par, habría reafirmado, actualizado y profundizado

tantos otros. La vacunación por parte de personas menores de edad se podría enrolar en esta última categoría, en el que el *principio de autonomía progresiva* demuestra —una vez más— su centralidad y también complejidad, en especial, para aquellos que siguen construyendo interpretaciones desde una lógica clásica a pesar de los cambios sustanciales y estructurales que ha introducido el *corpus legal* vigente que aquí se ha sintetizado.

Como lo ha expresado Jean Jacques Rousseau: "Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla". Sabemos que el paternalismo médico sigue muy vigente; es por ello que el análisis que se lleva adelante en esta oportunidad se lo advierte más que necesario, a los fines de seguir interpelando prácticas y saberes que aún le temen a la libertad; a la autonomía de los NNA al comprometerse de manera directa y protagónica, nada más ni nada menos, que con el desarrollo de su propia vida. Se trata, en definitiva, de un gran acto de coherencia: seguir transitando, ampliando y profundizando un camino sin retorno como lo es el de los

derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3182/2021

### Más información

[Wierzba, Sandra M. - Mansnerus, Juli - Malminen, Toni](#), "Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público. Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19", LA LEY 21/12/2020, 1, ADLA 2021-2, 181, LA LEY, 2021-A, 55, TR LALEY AR/DOC/3839/2020 [Peruzzotti, Mariano](#), "Acceso a la información sobre vacunación contra el COVID-19. ¿El pueblo tiene derecho a saber de qué se trata?", LA LEY 12/04/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/869/2021

### Libro recomendado

[Manual de Derecho de las Familias](#)  
Autor: Herrera, Marisa  
Edición: 2ª actualizada y ampliada, 2019  
Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

## Columna de opinión continuación

### ¿Anomalías societarias?

P. Augusto Van Thienen

#### I. Introducción

Las reflexiones que comparto con usted, estimado lector, son respuesta a una corriente de opinión —ciertamente muy influyente— que intenta convencernos de que ciertas anomalías societarias se han normalizado en estos últimos años; y que el empresario oportunista busca sacar provecho en perjuicio de la comunidad. Pero, además, los jueces no advierten el problema adoptando posturas dogmáticas completamente alejadas de la realidad de los negocios (1).

Esta corriente se esfuerza, desde hace ya muchos años, por instalar en nuestro medio la idea de que el empresario (sea local o extranjero) debe ser cuidadosamente vigilado por el Estado, pues la estructura societaria, la personalidad jurídica, el tipo, la limitación de responsabilidad, la sociedad *holding* y el capital social son herramientas que aquel utiliza para provecho propio en fraude a terceros.

Tengo para mí la sensación de que la principal anomalía pueda ser construir un razonamiento lógico a partir de esta premisa mayor.

#### II. Analicemos las anomalías

##### II.1. Personalidad jurídica y patrimonio de afectación

Sobre la base de que nuestro Código dispone el principio general de que todos respondemos con nuestro patrimonio si causamos daño, esta corriente de opinión pone en entredicho y pretende "patear" la piedra angular del sistema: el patrimonio de afectación.

Es precisamente por la creación de este sistema de patrimonios que el empresario decide invertir capital poniendo a riesgo su reputación. El sistema de patrimonios diferenciados ofrece al empresario el marco jurídico adecuado, necesario e indispensable para arriesgar e invertir. Claro está, siempre dentro del marco de la ley evitando abusar del sistema.

Y en este sentido nuestra ley es bastante equilibrada, pues le dice al empresario que si abusa del sistema, la responsabilidad se extiende. Y para ello basta leer los artículos 54 y 248 LGS; entre otras, incluso dentro del marco falencial, la ley de bancarrotas permite extender responsabilidad al empresario cuando la insolvencia se debe a "dolo"; esto quiere decir: cuando aquel (abusando de la estructura) traslada todo el riesgo a los acreedores.

Partiendo de la premisa mayor de que todos respondemos con nuestros bienes según ordena el Código Civil y Comercial, esta corriente de opinión llega a la siguiente conclusión: si el patrimonio de afectación no logra cubrir las obligaciones contraídas, la responsabilidad debe extenderse a todo el universo patrimonial. Siguiendo con esta lógica, la pregunta que sigue es la siguiente: ¿para qué sirve la estructura societaria?

Coincidimos con el principio general de que todos respondemos con nuestro patrimonio, como prenda común de los acreedores; salvo excepciones, entre ellas, el sistema societario. Vale la pena recordar que *ley especial deroga ley general*.

Pero como todos somos individuos naturalmente adversos al riesgo, y aun haciendo el esfuerzo intelectual de compartir la tesis de esta corriente de opinión, la verdad empírica demostraría que todos los mortales habríamos constituido y creado estructuras jurídicas simuladas (o no) para pro-

teger nuestro patrimonio. Con esto quiero decir que si el sistema societario no existiera, el empresario se las buscaría para poder invertir capital de riesgo asegurando su patrimonio personal de la agresión de los acreedores.

Conclusión: todo el mercado sería una suerte de "Gran Hermano" donde nadie sería dueño de nada. Todos seríamos fiduciarios y fiduciarios, con las consecuencias negativas que ello traería aparejado para el desarrollo económico y el flujo de capitales. El costo transaccional de este modelo "híbrido" de patrimonio diferenciado tiende a ser infinito, llegando al extremo de aniquilar todo espíritu de empresa.

##### II.2. Limitación de responsabilidad

Esta misma corriente pone en tela de juicio el sistema de limitación de responsabilidad, sistema que va inescindiblemente unido al sistema anterior; esto es, al patrimonio de afectación.

Esta corriente nos explica que en el siglo XVII la limitación de responsabilidad, como "*Bill of Indemnity*", provocó estupor y hasta incluso llegó a estar prohibida. Nos enseña que dicha franquicia incentivó la comisión de fraudes y estafas que terminaron por poner en jaque el propio modelo, puesto que la responsabilidad limitada, las acciones al portador y el anonimato habían provocado estragos entre los mercaderes y consumidores de entonces. Aquel modelo incipiente de limitación de responsabilidad había sufrido un severo daño reputacional.

Sin embargo, a pesar de toda esa desgracia, el mercado encontró sus balances y anticuerpos aprovechando los beneficios que ofrecía el modelo de limitación de responsabilidad, anonimato, acciones al portador, patrimonio de afectación, personalidad jurídica, emisión de acciones, etc. Los Estados irrumpieron regulando el tipo, autorizando el funcionamiento de las sociedades, imponiendo normas de gobierno corporativo, reconociendo derechos a los accionistas minoritarios y creando tribu-

nales especializados competentes en esta compleja materia mercantil.

Así las cosas, desde la Revolución Industrial a nuestros días la humanidad se ha visto beneficiada por el modelo de limitación de responsabilidad y patrimonio de afectación, siendo este, quizás, el mayor aporte de la ciencia jurídica a la humanidad. Basta mirar a nuestro alrededor para darnos cuenta de que sin este modelo la civilización jamás hubiera llegado hasta aquí. Me pregunto, ¿qué pasó con las víctimas del *Titanic*?

Y la lista continúa ...

##### II.3. Capital social: ¿otra vez sopa?

Esta corriente de opinión critica con elocuencia la postura dogmática que muchas veces adoptan nuestros jueces frente a fenómenos grupales limitando la responsabilidad de los accionistas de control y desoyendo la realidad. Esta corriente se muestra implacable al criticar la labor jurisdiccional "*mirando para otro lado*", sin que los jueces adviertan que el empresario abusa de la estructura societaria con el ánimo de proteger su patrimonio causando daño a terceros; hasta incluso evadiendo el pago de tributos.

Sin embargo, esta misma corriente insiste sobre la importancia del capital social como elemento clave del sistema patrimonial societario asignándole una función de garantía, inexistente. Me pregunto: ¿insistir sobre esto no es, también, abrazar un dogma?

Esta corriente insiste en esta postura desde hace muchos años desoyendo no solo las voces de quienes opinan lo contrario, sino, y mucho más grave, la voz del mercado y de la realidad de los negocios.

Lo primero que tenemos para decir sobre este punto es que en otras economías del globo existen empresas sin capital social; y me estoy refiriendo a verdaderos conglomerados empresariales con presencia internacional. Muchas de las marcas que consumimos a diario carecen de capital

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) NISSEN, Ricardo Augusto, "La naturalización de las anomalías societarias". LA LEY, 1/10/2021.