

- [DESCARGAS](#)
 - [AYUDA](#)
 - [IR A CHECKPOINT](#)
 - [CERRAR SESION](#)
 - [HISTORIAL](#)
 - [PREFERENCIAS](#)
 - [MIS CARPETAS](#)
- [Inicio](#) > [Lista de resultados](#) > Documento

El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud

Fernández, Silvia E.Herrera, MarisaLamm, Eleonora

Publicado en: LA LEY 28/11/2017, 1 • LA LEY 2017-F, 805

Sumario: I. Re-introducción.— II. Bases interpretativas del documento.— III. Cuadro sinóptico.— IV. Palabras de cierre.

Cita Online: AR/DOC/2904/2017

Voces

En la práctica se observa una mayor vulnerabilidad por parte de aquellos adolescentes sin cuidados parentales o cuyos representantes legales no conviven con ellos o están alejados por diferentes razones —laborales, de salud u otras—. En estos casos, exigirles para el ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo la presencia y asentimiento de uno de ellos podría ser una decisión de política legislativa que conculque el mencionado principio pro homine que se complejiza más aún cuando se trata de personas menores de edad y por ende, se debe priorizar otro principio como es el "pro minoris".

I. Re-introducción

Nos proponemos en este artículo centrarnos en el ejercicio de determinados actos —ordinarios y extraordinarios— que comprometen el campo de la salud de los adolescentes, es decir, la franja entre los 13 y los 18 años de edad, pues ellos son los que más conflictos interpretativos habrían generado dada su cotidianidad y el amplio abanico de situaciones que pueden presentarse (1). En los albores de la puesta en marcha del Código Civil y Comercial (CCyC) publicamos un artículo tendiente a colaborar con la interpretación de una norma consistentemente amplia y flexible como es el art. 26, referido al "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad" (2) y que ahora procuramos actualizar.

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 trata de un contexto normativo civil y comercial que, como bien se explicitó en aquella oportunidad, se vincula de manera directa con la regulación de la "responsabilidad parental", y por ende, el lugar que ocupan principalmente los adolescentes en el ejercicio de ciertos actos personalísimos y

también uno de sus progenitores según el tipo de acto que se trate. De este modo, vale traer a colación, como se hizo en el artículo de referencia, 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".

Sucede que si bien el Cód. Civ. y Com. mantiene la regla en torno a la figura de la representación legal cuando se trata de personas menores de edad o que no alcanzaron los 18 años de edad, lo cierto es que una de las grandes conquistas y desafíos a la vez que propone la regulación gira en torno a las importantes excepciones que establece a dicho sistema (3), las cuales priman o se destacan en el campo del derecho a la salud. En qué sentido, bajo qué condiciones y con qué implicancias se permite el ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo por parte de los propios adolescentes; eso es lo que se pretendía desentrañar en el artículo publicado durante los primeros días de la puesta en vigencia del Cód. Civ. y Com. y que hoy se procura actualizar.

Como se expuso en aquella oportunidad: "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'". Precisamente, es sabido que los conceptos indeterminados son por naturaleza, dinámicos y, por lo tanto, están llamados a verse actualizados, modificados, ampliados y revisados por miradas o perspectivas superadoras a raíz del paso del tiempo y, a la par, el mayor grado de estudio y profundidad que genera la temática al contraponer derecho y realidad o ley y práctica. Esto es lo que se pretende acercar en esta ocasión: un nuevo artículo igual de práctico como el anterior en el que nos animamos a revisar de manera crítica las primeras conclusiones allí arribadas durante la primera etapa de vigencia del Cód. Civ. y Com.

Se trata de una labor intelectual que conlleva un fuerte compromiso por analizar las prácticas en un ámbito muy sensible, como lo es el ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo de los adolescentes, sabiendo que aquellos que no tienen ningún referente afectivo o no cuentan con el acompañamiento de alguno de sus progenitores suelen ser los más vulnerables y los más proclives a ver conculcados derechos tan básicos y elementales como la salud. ¿Acaso por imperativo de los arts. 1 y 2 del propio Cód. Civ. y Com. que campea todo el ordenamiento civil y comercial, no se debe proteger a los más débiles? ¿Acaso la ley no debe ser una herramienta para fortalecer a los más vulnerables, para satisfacer los derechos de quienes se encuentran en situaciones más complejas? Como se ha reiterado en varias oportunidades y también se explicitó en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial —antecedente directo del texto vigente—, el principio de realidad es uno de los tantos cimientos sobre los cuales se ha edificado la regulación civil.

Por otra parte, se debe resaltar el rol preponderante que tiene como causa fuente y además como fundamento del presente artículo revisionista un documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación que culminó con la resolución 65/2015 del 09/12/2015 publicado en el Boletín Oficial el 08/01/2016, que hoy está plenamente vigente; el documento de trabajo referido contó con el asesoramiento de varias especialistas, entre ellas, tres de las cuatro autoras del artículo en estudio. Nos referimos al marco interpretativo del Código Civil y Comercial elaborado en la "Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos" realizada los días 10, 18 y 23/11/2015 (4).

II. Bases interpretativas del documento

El documento consta de cinco (5) grandes secciones. Una primera de carácter general en la que se explicitan los cimientos interpretativos del art. 26 y que, en definitiva, son los que se receptan en el presente trabajo para renovar y a la par revisar las conclusiones arribadas desde una primera etapa de análisis doctrinario con directo impacto práctico. Una segunda sección dedicada al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los adolescentes, siendo que la convocatoria en su momento fue en el marco del Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable y el Programa

Nacional de Salud Integral en la Adolescencia del Ministerio de Salud de la Nación según la estructura que observaba hasta mediados de diciembre del 2015. Una tercera sección focalizada en el ejercicio de derechos por parte de personas con discapacidad. La sección cuarta centrada en el cruce entre la ley de identidad de género (ley 26.743) y el art. 26 del Cód. Civ. y Com., es decir, el ejercicio de actos que hacen a la identidad y a la salud vinculados con la identidad de género. Y por último, la quinta dedicada al consentimiento informado siendo un elemento —con mayor precisión, un procedimiento— central en el campo del derecho a la salud.

En lo que respecta propiamente, a la actualización y revisión crítica del artículo de marras publicado el 18/08/2015, interesan los debates acordados en las secciones 1º, 2º y 4º. ¿Cuáles han sido los principales aportes, principios y reglas que se derivan de estos intercambios? Básicamente, los siguientes:

— En materia de "Reglas de interpretación normativa", tras adoptar el concepto amplio de salud que recepta la OMS (Organización Mundial de la Salud) y destacar la "constitucionalización del derecho civil" y el principio *pro homine* que, "de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), opera como 'principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones' (Corte IDH, O.C. 5/85)", se señaló como nudo interpretativo central 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 Cód. Civ. y Com. 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".

— En lo que respecta al término "progenitores" empleado en el art. 26 Cód. Civ. y Com., la referida resolución sostiene: "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.; (5) 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".

En igual sentido el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 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"* (6). 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 este sentido, y aunque no se desprenda de la Resolución, nos resulta válido en esta instancia destacar que para el acceso al derecho a la salud por parte de adolescentes, en los casos en los que se requiere del asentimiento que integre su consentimiento, no solo puede ser otorgado por cualquier referente afectivo —como se dijera—, sino que si fuera de un progenitor, basta entonces ese solo asentimiento. Es erróneo, contrario a derecho (el art. 645 Cód. Civ. y Com. no lo menciona como un acto que exige el consentimiento de ambos progenitores) y limitador del derecho a gozar del más alto nivel de salud exigir el consentimiento de ambos progenitores.

— En lo que respecta puntualmente a los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes, en el documento "se 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

Cód. Civ. y Com. 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/de la 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".

— En materia de identidad de género en la que chocan dos reglas generales del derecho de fuerte raigambre sintetizadas en los aforismos tradicionales: *ley posterior prima sobre ley anterior* y *ley especial sobre ley general*, se concluye que "Dado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad auto-percibida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG), en pos de una armonización constitucional y convencional de los criterios para la presunción de capacidad de adolescentes. Por ello, la interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales *pro personæ* y *pro minoris* implica preferir la aplicación del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA".

Sobre las bases de estos acuerdos arribados en oportunidad de estudiar en profundidad e intercambiar ideas sobre un articulado central para la satisfacción del derecho a la salud de los adolescentes como lo es el art. 26 del Cód. Civ. y Com., desde una mirada sistémica y coherente con todo el ordenamiento jurídico nacional y supranacional de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º del mismo cuerpo normativo, se incluye a continuación un cuadro sinóptico respetándose la enumeración y el orden de los actos atinentes al cuidado del propio cuerpo receptados allí, a los mismos fines pero desde una perspectiva remozada: brindar luz para una correcta interpretación sobre una temática cuya flexibilidad de origen responde al dinamismo ínsito que se genera de la interacción constante entre derecho y realidad cuando de edad y grado de madurez se trata, en contextos familiares bien disímiles signados por una mayor o menor presencia de los progenitores, auspiciados por un escenario de mayor afianzamiento del principio de autonomía progresiva.

III. Cuadro sinóptico

Actos	Normativa	Consideraciones/argumentos
1. Principio general o regla	Art. 26 primer párrafo	La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.
2. Vacunación		
3. Extracción de sangre y otros estudios no invasivos (ecografía, radiografía, etc.)		
4. Testeo HIV sida		
5. Preservativos y anticonceptivos, incluidos en este punto todos los métodos anticonceptivos, como el DIU	Art. 26 tercer párrafo	Adolescentes de 13 a 16, presunción de autonomía: acto no invasivo y no compromete el estado de salud ni pone en riesgo grave la vida
6. Sutura		
7. Colocación de yeso o bota por esguince o fractura		
8. Operación quirúrgica; tratamiento oncológico	Art. 26 4to párrafo	Adolescente de 13 a 16, consentimiento adolescente y asentimiento de uno de los representantes legales siempre que la persona ejerza el rol de cuidador: actos invasivos
9. Actos no invasivos e invasivos del cuidado al propio cuerpo	Art. 26 última parte	Adolescente 16 a 18, sólo su consentimiento
10. Operación mutilante	Art. 26 última parte a contrario. Excede el campo del cuidado del propio cuerpo	Menor de edad: consentimiento de la persona menor de edad y asentimiento de uno de los progenitores, si según el criterio médico es en beneficio de la persona menor de edad. Si por alguna razón hubiere discordancia entre lo que establece el médico y el adolescente y uno de los representantes legales debería intervenir la justicia.
11. Operación en el marco de la ley identidad de género	Art. 26, cuarto y último párrafo	A partir de los 16, consentimiento del adolescente como si fuera un adulto(7). De 13 a 16 años el adolescente con el asentimiento de uno de los progenitores siempre que se califique al acto como invasivo y que ponga en riesgo la salud.
12. Tratamientos hormonales	Art. 26, cuarto y último párrafo	A partir de los 16 años consentimiento del adolescente como si fuera un adulto(8) y de 13 a 16 consentimiento sólo adolescente: presunción de autonomía, acto no invasivo y no compromete el estado de salud ni pone en riesgo grave la vida
13. Bloqueadores hormonales		A partir del desarrollo puberal con su consentimiento y asentimiento de uno de sus progenitores.
14. Ligadura de trompas o vasectomía	Excede el campo del cuidado del propio cuerpo. Ley 26.190 y art. 26 último párrafo, contrario.	Principio: mayoría de edad. Excepción, en supuestos debidamente comprobados de adolescentes cuyo embarazo pondría en riesgo su vida, se podría realizar una intervención de este tenor conforme criterio médico y con asentimiento de uno de los progenitores.
15. Cirugía estética no reparadora	Excede el cuidado del propio cuerpo, art. 26 último párrafo a contrario	Mayoría de edad
16. Cirugía estética reparadora	Art. 26, 4to párrafo, art. 26 último párrafo	Adolescente de 13 a 16, su consentimiento y asentimiento de uno de los representantes legales: actos invasivos. Adolescente de 16 a 18, sólo su consentimiento
17. Tatuaje/piercing	Art. 26 3er párrafo Art. 26 última parte	13 a 16 consentimiento del propio adolescente porque no pone en riesgo la salud ni la integridad física. Adolescente de 16 a 18 sólo su consentimiento.
18. Donación de sangre	Ley especial 22.990 a partir de los 16 años y reinterpretado por el art. 26 último párrafo	Adolescentes de 16 años con su solo consentimiento.
19. Interrupción del embarazo	Art. 26 3er párrafo Art. 26 última parte	Adolescente a partir de los 16 años con su solo consentimiento. Adolescente de 13 a 16, sólo su consentimiento atento a que de conformidad con el avance de la ciencia y que la interrupción del embarazo se suale hacer mediante la ingesta de un medicamento (misoprostol y mifepristona)(9) se estaría ante un procedimiento que no pone en riesgo la vida ni la integridad física de la mujer(10).
20. Ser donante de material genético	Excede el cuidado del propio cuerpo. Ley 26.862 y proyecto de ley especial 0091-D-2017.	Mayoría de edad
21. Criopreservar material genético para casos de oncofertilidad	Art. 26, 2do, 3er y 4to párrafo.	De 13 a 16: sólo consentimiento del adolescente porque no es invasivo y no pone en riesgo la vida ni integridad física. De 16 a 18: sólo el adolescente. Menor de 13 años: consentimiento de uno de los representantes legales e información a la persona según edad y grado de madurez (ley derechos de los pacientes y decreto 1089/2012)
22. Ser parte en investigaciones médicas	Excede el cuidado del propio cuerpo	Menor de 13 años: consentimiento de uno de los representantes legales e información a la persona según edad y grado de madurez (ley derechos de los pacientes y decreto 1089/2012) De 13 a 16: consentimiento del adolescente y asentimiento de progenitor De 16 a 18: consentimiento del adolescente y asentimiento de progenitor
23. Negativa a someterse a transfusión (Testigos de Jehová) o a intervenciones que ponen en riesgo la vida.	Excede el cuidado del propio cuerpo	Autorización judicial (11).
24. Negativa a someterse a transfusión (Testigos de Jehová) que no implica riesgo de vida; negativa a intervenciones que no ponen en riesgo la vida	Art. 26 4to párrafo Art. 26 última parte	Adolescentes de 13 a 16 años: consentimiento y asentimiento de uno de los representantes legales Adolescentes de 16 a 18 su consentimiento.
25. Implantación de médula ósea	Art. 15, ley 24.198	Consentimiento del adolescente más asentimiento de un representante legal. Art. 15 ley 24.198: "(...) Los menores de dieciocho (18) años —provia autorización de su representante legal— podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto. El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada". Si bien en la normativa se refiere a su representante legal, una interpretación sistémica permite afirmar que sólo basta con el asentimiento de uno de los representantes legales en los casos de filiación doble.
26. Ablación de órganos o materiales cadavéricos	Ar. 19 bis ley 24.193 según modificación de la ley 26.066	Mayoría de edad. "La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado"
27. Directivas anticipadas	Art. 60 y ley 26.742	Mayoría de edad. Personas plenamente capaces(12).
28. Internación personas menores de edad	Ley 26.657 y arts. 41 y 42	Consentimiento del adolescente (art. 16 inc. c) ley 26.657 y 26 del decreto 603). Aun contando con este consentimiento y/o en caso de no contarle: se califica de internación involuntaria. En ambos casos requiere comunicación y control judicial.
29. Tratamientos por adicciones		Tratamiento con internación: aplica el anterior. Tratamientos con y sin internación: la negativa del adolescente no es vinculante siempre que exista criterio interdisciplinario que aconseje el tratamiento. Control judicial
30. Tratamiento psicofarmacológico	No se aplica el art. 26, porque acá los NNA tendrían una autonomía disminuida y el contexto de vulnerabilidad dado por el sometimiento a un tratamiento psicofarmacológico	Consentimiento del niño o adolescente y asentimiento de uno de los progenitores.
31. Utilización de camas solares	Si bien técnicamente excede el cuidado del propio cuerpo, por analogía el art. 26, sin perder de vista la legislación especial.	Son razonables legislaciones locales como la ley 14.444 de la Provincia de Buenos Aires que prohíbe en ese ámbito la utilización de equipos de emisión de rayos ultravioletas para bronceado -camas solares o similares-, a personas menores de 18 años.

Acto 11: nota [\(7\)](#).

Acto 12: nota [\(8\)](#).

Acto 19: notas [\(9\)](#) y [\(10\)](#).

Acto 23: notas [\(11\)](#).

Acto 27: notas [\(12\)](#).

IV. Palabras de cierre

Es sabido que el Derecho no es una ciencia exacta y mucho menos aquellos ámbitos del Derecho directamente comprometidos con el dinamismo y el movimiento constante y sonante de la realidad social, en particular, las relaciones de familia y aquellas que involucran los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Esto ha obligado a revisar la rigidez propia de las normas y adoptar con mirada benevolente, incluso positiva, aquellos conceptos jurídicos indeterminados o normas más flexibles, abiertas y porosas. Máxime cuando en la práctica se observa una mayor vulnerabilidad por parte de aquellos adolescentes sin cuidados parentales o cuyos representantes legales no conviven con ellos o están alejados por diferentes razones —laborales, de salud u otras—. En estos casos, exigirles para el ejercicio del derecho al cuidado al propio cuerpo la presencia y asentimiento de uno de ellos podría ser una decisión de política legislativa que conculque el mencionado principio *pro homine* que se complejiza más aún cuando se trata de personas menores de edad y por ende, se debe priorizar otro principio como es el *pro minoris*. Justamente esta observación está presente en la ley 27.364, sancionada el 31/05/2017, que crea el *Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales*. En este marco, y tratándose de adolescentes en situación de vulnerabilidad, se prevé que aquellos que tienen 16 años adquieren la mayoría anticipada y, por lo tanto, no sólo son considerados adultos para los actos atinentes al cuidado del propio cuerpo, de conformidad con lo previsto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. en su última parte, sino a todo evento o acto también de carácter patrimonial, dado que el objetivo final de esta ley consiste en acompañar de manera cuidada y mediante un Estado presente, que logren la plena autonomía para la vida en sociedad para lo cual, la faceta patrimonial constituye también una vertiente de relevancia [arts. 2º, tercer párrafo; 11 inc. i), y 21].

¿Cómo lograr un sistema jurídico coherente como lo dispone el art. 2º del Cód. Civ. y Com.? Mediante interpretaciones de acuerdo con la realidad social de un sector de la población complejo desde la perspectiva sociológica y, por ende, también desde la faz o mirada jurídica. Es en este contexto de constante revisión crítica donde se inserta el presente artículo para estar a la altura de las circunstancias y de los desafíos.

De este modo aquí nos hacemos eco de lo que ha expresado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación nro. 20 de diciembre del 2016, precisamente, "sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia" [\(13\)](#) cuando expresa con preocupación: "El Comité observa que el potencial de los adolescentes está muy restringido, porque los Estados partes no reconocen las medidas necesarias o no invierten en ellas para que aquéllos disfruten de sus derechos. En la mayoría de los países no existen datos desglosados por edad, sexo y discapacidad para orientar las políticas, detectar deficiencias y apoyar la asignación de recursos adecuados en favor de los adolescentes. Las políticas genéricas concebidas para los niños y los jóvenes a menudo no se ocupan de los adolescentes en toda su diversidad y resultan insuficientes para garantizar la efectividad de sus derechos. La inacción y la falta de resultados tienen un costo elevado: las bases establecidas durante la adolescencia en términos de seguridad emocional, salud, sexualidad, educación, aptitudes, resiliencia y comprensión de los derechos tienen profundas consecuencias, no solo para el desarrollo óptimo de la persona, sino también para el desarrollo social y económico presente y futuro" (párr. 3). Precisamente en lo que respecta a la salud, el párrafo 56 comienza afirmando "Los servicios de salud rara vez están diseñados para dar cabida a las necesidades sanitarias particulares de los adolescentes, problema que se ve agravado por la carencia de información demográfica y epidemiológica y de datos estadísticos desglosados por edad, sexo y discapacidad. A menudo, cuando buscan ayuda, los adolescentes se enfrentan a obstáculos jurídicos y económicos, a la discriminación, la falta de confidencialidad y de respeto, la violencia y el abuso, la estigmatización y las actitudes moralizantes del personal sanitario".

¿Cómo sortear tales obstáculos jurídicos? Contando con herramientas legales acordes con el principio de autonomía progresiva y en particular, con interpretaciones que sigan y repotencien ese sendero. Este es el verdadero móvil del presente artículo: continuar profundizando la perspectiva compleja y desafiante de lograr prácticas coherentes con el respeto y la satisfacción de los derechos humanos.

(1) Publicado en Infojus el día 18/08/2015.

(2) BURGUÉS, Marisol - NAVARRO, Ernesto M., "Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes", RDF 2014-I-76 y ss. CAMELO, Gustavo, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", *Revista Derecho Privado*, año I, Nº 1, Ediciones Infojus, ps. 73. CIRUZZI, María Susana "La experiencia interdisciplinaria en el proceso de consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes en el espacio sanitario", en FERNÁNDEZ, Silvia (Directora), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I. p 355. Comité de los Derechos Niño, Observación General 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 - 01/07/2009. Comité de los Derechos Niño, Observación general 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24). CRC/C/GC/15. DE LA TORRE, Natalia, "La protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en el ámbito registral", en FERNÁNDEZ, Silvia, ob. cit. t. III, p. 1291. DEPETRIS, Carlos E. - FABIANO, Aidilio G., "Capacidad y menores en el nuevo Código", 16/11/2015. MJ-DOC-7481-AR, MJD7481. FAMÁ, M. V., "Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo", RDF 57-5, 2012. Cita online: AP/DOC/4134/2012. FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 20/10/2015, 1. AR/DOC/3698/2015. FERNÁNDEZ, Silvia, "Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de derechos del paciente", JA fasc. 1, 2010-III-3. 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, sup. especial, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa (dirs.), SJA-2012/06/20-83. FERNÁNDEZ, Silvia, "Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes", FERNÁNDEZ, Silvia, "Tratado de derechos...", cit., t. I, p. 659. FERNÁNDEZ, Silvia E., "Infancia, autonomía y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad", AP/DOC/343/2017. GALATTI, Elvio, "El derecho de la salud, los comités de bioética asistencial y los niños", FERNÁNDEZ, Silvia, "Tratado de derechos...", cit., t. I, p. 373. GRONDONA, Paula. "Responsabilidad parental y contratos por y en beneficio de los hijos", AP/DOC/922/2015. 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 FLAH, Lily (dir.) - FODOR, Sandra - DEL ÁRBOL, Mabel (coord.), "Los desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky", Errepar, 2011, p. 693 y ss. HERRERA, Marisa, "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino.", disponible en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf. HERRERA, Marisa, "El principio de autonomía progresiva en el Derecho de Familia: cuestiones personales y patrimoniales", Capítulo XIX, Adriana N. KRASNOW (directora), "Tratado de Derecho de Familia. Relaciones parentales", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 911-996. 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*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 538 y 539. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El Derecho Constitucional del menor a ser oído", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en BERGEL, Salvador D. - MINYERSKY, Nelly (comp.), *Bioética y Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes?", RDF, 57-31. LAMM, Eleonora, "El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una

cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad"; FERNÁNDEZ, Silvia, "Tratado de derechos...", cit., t. I, p. 239. LAMM, Eleonora, "Comentario al art. 26, Código Civil y Comercial comentado", HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, "Infojus", Buenos Aires, 2015. NOTRICA, Federico — RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "Responsabilidad parental", *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 133. MINYERSKY, Nelly, "Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo", *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 43, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 131/169. MOLINA de JUAN, Mariel, "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 4 ter, julio 2016. PAGANO, Luz M., "Salud sexual y procreación responsable de niños, niñas y adolescentes. Perspectiva de género y actuación del estado", en FERNÁNDEZ, Silvia, "Tratado...", cit., t. I, p. 301. PELLEGRINI, María Victoria, "Autonomía progresiva y capacidad en el ámbito patrimonial", FERNÁNDEZ, Silvia, "Tratado...", cit., t. III, p. 3097. PELLEGRINI, María Victoria, "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", AP/DOC/1668/2012; PLOVANICH, M. C., "La representación de niños, niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial", RDF, 60-5, 2013, cita online: AP/DOC/1116/2013. WIERBZA, Sandra, "Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Derecho Privado, INFOJUS*, 2013, ps. 125/126. WIERZBA, Sandra M., "Nuevamente sobre los jóvenes y las decisiones sobre su salud. Reflexiones a partir de la entrada en vigencia del Código unificado", RDF 74. AP/DOC/282/2016.

[\(3\)](#) (3) La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. Es probable que esta disyuntiva sea un resabio de aquel viejo binarismo del sistema derogado que no termina de superarse y no permite visualizar la esencia de la nueva dinámica: la regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan "edad y grado de madurez suficiente" para la toma de decisiones en el caso concreto (MOLINA de JUAN, Mariel, "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 4 ter, julio 2016, ps. 15-33).

[\(4\)](#) (4) Quienes integraron esta mesa de trabajo fueron las siguientes personas en carácter de especialistas: Nelly Minyersky, Eleonora Lamm, Marisa Herrera Silvia E. Fernández, Paola Bergallo, Sonia Ariza Navarrete, Gustavo Gallo, Emiliano Litardo, Iñaki Regueiro de Giacomi, Mercedes Monjaime, Verónica Gonzalez Bonet. Asimismo, por el entonces Ministerio de Salud de la Nación: Victoria Cattaneo, Constanza Leone, Ofelia Musacchio y Victoria Keller, y también participaron la entonces coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, Luciana Kanterewicz y el coordinador del Programa Nacional de Salud Integral en la Adolescencia, Juan Carlos Escobar; además de integrantes de los equipos del mencionado Programa Nacional de Salud Integral en Adolescencia, y de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, Dirección de Sida y ETS, y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la Dirección de Asuntos Jurídicos del MSAL y la Secretaría de Políticas Regulación e Institutos.

[\(5\)](#) (5) Este artículo sostiene: "Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente" (el destacado nos pertenece).

[\(6\)](#) (6) El destacado nos pertenece.

[\(7\)](#) (7) En el documento de trabajo elaborado en el marco del Ministerio de Salud de la Nación, eje de la revisión que aquí se propone, se abordó de manera precisa todo lo relativo al ejercicio de derechos e identidad de género y se concluyó: "De acuerdo al art. 26 del Cód. Civ. y Com., corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, puede peticionar los procedimientos que habilita la LDIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (*terapia de hormonación e intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital*) hacen a la vivencia sentida del género. De acuerdo con las reglas establecidas en dicho artículo, las prácticas solicitadas deberán ser catalogadas, de forma tal que sólo aquellas que sean consideradas 'invasivas que ponen en riesgo la salud', deban

requerir que las/los adolescentes entre 13 y 16 años, sean asistidos por quienes ejerzan roles de cuidado".

(8) (8) En el documento de trabajo elaborado en el marco del Ministerio de Salud de la Nación se concluyó que es necesario generar una investigación que permita contar con evidencia científica en torno a las terapias hormonales y sus efectos a largo plazo, incluyendo aquellos esquemas que tienen como objetivo la detención del desarrollo puberal. Asimismo es fundamental que sean respetados los derechos reproductivos de las personas que solicitan terapias hormonales y/o cirugías de modificación corporal. Por ello, es imprescindible que reciban información completa sobre los efectos que dichas intervenciones pueden producir en relación con la fertilidad, a fines de garantizar la libertad de toma de decisiones con relación a los derechos tanto sexuales como reproductivos.

(9) (9) Al respecto, en una reciente obra publicada por el reconocido médico Mario Sebastiani, afirma en lo atinente al escenario de la legalización del aborto en la Argentina que "No es infrecuente que alguien pregunte qué pasaría si se legalizara el aborto. Eso suelen plantearlo los que no conocen cuál sería la estrategia de atención. Hace veinte años la respuesta era realmente complicada, puesto que pensar en una internación, una anestesia y un raspado evacuador entre cuatrocientos y seiscientos mil abortos por año hubiera producido un colapso del sistema sanitario (...) Las cosas han cambiado en el mundo. Hoy los abortos en el primer trimestre (probablemente el 95% de las terminaciones del embarazo) se realizan utilizando dos drogas sumamente seguras (*mifepristona* y *misoprostol*). Tomadas de manera conjunta casi han hecho desaparecer el aborto con cirugía" (SEBASTIANI, Mario, "Aborto Legal y Seguro", Paidós, Buenos Aires, 2017, ps. 99 y 100).

(10) (10) Lo expresado no es óbice para destacar la importancia de que se lleve adelante un abordaje integral de la solicitud de interrupción del embarazo, máxime cuando compromete a una adolescente; ello debe ser trabajado por los equipos de salud sobre la base de los derechos esenciales del paciente, en particular, la dignidad, asistencia y confidencialidad. En caso de presentarse situaciones de vulnerabilidad que así lo justifiquen, los profesionales de la salud deberán dar intervención a los organismos de protección de derechos de NNA y al Ministerio Público, conforme el art. 103 Cód. Civ. y Com.

(11) (11) Una de las autoras del presente artículo, Eleonora Lamm, no comparte esta postura que aquí se sigue de manera mayoritaria, al entender que también se encuentra regida por el art. 26 en sus dos últimos párrafos y, por lo tanto, todo adolescente entre los 13 y 16 años debe prestar su consentimiento con el correspondiente asentimiento de uno de los representantes legales; y si se trata de adolescentes entre los 16 y 18 años, sólo es necesario su consentimiento o, en este caso, la negativa a transfundirse debería ser respetada sin otro tipo de intervención.

(12) (12) Se conoce el debate abierto sobre el juego entre los arts. 26 y 60 del Cód. Civ. y Com. Sucede que las directivas anticipadas comprometen decisiones de extrema gravedad que exceden el cuidado del propio cuerpo, si no, directamente, comprometen la muerte de una persona. ¿Qué grado de madurez se tiene para decidir sobre el acto más extremo del derecho a la salud? Es por ello que aquí se defiende la postura que sigue el aforismo *ley especial prima sobre ley general* y, por lo tanto, se deberá contar con la mayoría de edad y plena capacidad. Ello no es óbice para otorgarle valor al documento que pudiera elaborar un adolescente conteniendo manifestaciones sobre su negativa a que lo sigan asistiendo en casos de gravedad o a elegir quién quisiera que tomara decisiones por él. Este tipo de manifestaciones no valdrían como directivas anticipadas y, por ende, plenamente operativas, sino como toda expresión de voluntad esgrimida por el propio protagonista en el marco de su derecho a ser oído y cuya valoración, a mayor edad y grado de madurez, cobra mayor fuerza para ser tenida en cuenta ante cualquier conflicto que se suscite. Se trata de manifestaciones que exteriorizan su derecho a ser oído sobre toda cuestión que lo afecta y que sin duda deberán ser consideradas por los profesionales intervinientes, en el curso de la afección, tratamiento o desarrollo de la enfermedad que atraviesa. Consideramos que estas situaciones difieren del dictado anticipado de directivas por parte de un adolescente que se encuentre en pleno estado de salud y en previsión de una situación de futura incapacidad o cuadro de salud irreversible. No obstante, una de las autoras de este trabajo (Eleonora Lamm) entiende que resulta aplicable el criterio del artículo 26 del Cód. Civ. y Com., de modo que a partir de los 16 años el adolescente tiene autonomía para adoptar directivas anticipadas.

(13) (13) CRC/C/GC/20 del 06/12/2016 en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=477&cod=3112&page=>, compulsada el 19/10/2017.

[Condiciones de uso y políticas de privacidad](#)