
EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A INTERVENIR EN LAS DECISIONES SOBRE SU CUERPO Y SU SALUD

*Ivana CAJIGAL CANEPA**

Fecha de recepción: 2 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2017

Resumen

Sabido es que la necesidad de escuchar a los niños, niñas y adolescentes, y de tener en cuenta su opinión, constituye uno de los ejes fundamentales sobre los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aun así, tanto en el medio público como privado, a diario asistimos a permanentes vulneraciones de este derecho fundamental de la niñez y la adolescencia, siendo el ámbito de las ciencias de la salud uno de los contextos en los que se observa mayor reticencia a brindarles la efectiva participación que las normas garantizan.

Quizás con fundamento en el desconocimiento, o en el temor a eventuales planteos bioéticos y/o judiciales posteriores, cotidianamente se deniega a los niños, niñas y adolescentes la intervención que por su sola condición de persona humana les es propia en relación a su cuerpo y su salud.

En este comentario, nos interesa repensar cuáles son los principios sobre los que se asienta este derecho y cómo se materializa el interés superior del niño, que garantiza a toda

* Abogada, Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas, ambos por la Universidad del Salvador (Argentina). Mediadora Especialista en Mediación Familiar (Redes Alternativas) y Maestranda en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Docente auxiliar de la Cátedra de Derecho Civil I, Derecho Civil y docente a cargo del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (FCEyJ) de la Universidad Nacional La Pampa (UNLPam). Investigadora del Proyecto de Investigación “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colectivos Específicos y su impacto en La Pampa (1994/2013)” y Coordinadora de la Comisión de Salud del Observatorio de Derechos Humanos, ambos de la FCEyJ de la UNLPam.

persona ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta, en relación a toda práctica médico-sanitaria en que aquellos se encuentren involucrados.

Palabras clave

Derecho a la salud – Derecho a ser oído – capacidad progresiva – Interés Superior del Niño – competencia bioética

THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS TO GET INVOLVED IN THE DECISIONS REGARDING THEIR BODY AND HEALTH

Abstract

It is known that listening to children and teenagers and considering their opinions, constitute one of the general principles of the Convention on the Rights of the Child.

Nevertheless, in both public and private sectors, we constantly witness violations of this fundamental right, being the field of health sciences one of the contexts in which it is observed greater reluctance to give children and adolescents the effective participation that the norms guarantee.

Based on the lack of knowledge, or on the fear to possible subsequent bioethical and/or legal issues, children and adolescence are daily deprived of the possibility to get involved in the decisions which, for the sole condition of human being, are related to their own body and health.

In this perspective, we are interested in thinking further which are the principles this right is based on and how is implemented children's superior interest to guarantee all people to be always listen, and —progressively— to decide for himself/herself in all medical practice in which were involved.

Finally, this article aims to rethink the fundamentals of this right and how the best interest of the child materializes, guaranteeing that every child is heard and their opinion is taken into account in relation to any medical practice in which they are involved.

Keywords

Right to health – Right to be heard – evolving capacities – Best interests of the child – bioethical competence

I. Palabras introductorias

Analizar cualquier temática en la que se encuentren involucrados intereses de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) exige un abordaje a la luz de lo que denominamos el “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes”,¹ el cual los concibe como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección; en otras palabras, implica pasar de la llamada “Doctrina de la Situación Irregular” a la “Doctrina de la Protección Integral”. En este marco, la Convención sobre los Derechos del Niño se erige como un instrumento internacional trascendental de derechos humanos.

El conjunto de normas internacionales que configuran el referido sistema produjo un profundo cambio en la forma de concebir a la niñez y la adolescencia, que poco a poco se fue alejando del sistema patriarcal en el que las decisiones eran tomadas únicamente por los padres o tutores de los NNA, para ir reconociendo paulatinamente su derecho a ser escuchados y a decidir por sí mismos, siempre de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Aún hoy, a casi treinta años de la aprobación de la Convención por la Organización de Naciones Unidas, más de diez de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (nº26.061), y casi dos de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), cotidianamente asistimos a fuertes resistencias de algunos sectores al momento de generar las condiciones necesarias que garanticen el efectivo cumplimiento de los derechos que estas normas reconocen.

En este comentario, nos proponemos plantear algunas directrices que consideramos podrían ayudar a iluminar el camino hacia el efectivo respeto del derecho de todo NNA a intervenir en las decisiones vinculadas a su cuerpo y su salud.

Pues, ¿pueden todos ellos decidir por sí mismos? ¿Pueden hacerlo sobre todo acto médico, y con prescindencia de su edad y posibilidad de comprensión? Éstos y otros

¹Dentro del cual, la Convención sobre Derechos del Niño es sin dudas el instrumento fundamental, cuyo art.3º inc. 1º sienta como principio rector: “[E]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. También, entre otras normas internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.10 inc. 3º: “[S]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (...)”; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 7º impone a los Estados Parte la obligación de tomar “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”.

interrogantes que se presentan a diario a los profesionales de la salud no hallan —al menos, no todos— respuesta en las normas jurídicas vigentes. Entonces, ¿qué criterios interpretativos deberían aplicarse para dar respuesta a estos cuestionamientos?

Reconocer el derecho a expresar su opinión, y en algunos casos incluso la facultad de decidir por sí mismo respecto a una práctica médica, exige determinar previamente si nos encontramos frente a una persona “competente”, entendiendo la competencia en un sentido bioético.

Vale aclarar que preferimos hablar de “competencia bioética”, en lugar emplear el concepto decimonónico de “capacidad”, sin perjuicio de reconocer que en muchas oportunidades ambos términos son utilizados indistintamente por la doctrina. En este sentido, la capacidad constituye un atributo de la personalidad en tanto aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, que es ejercida mientras los NNA son menores de edad —como principio general— por sus representantes legales²; en tanto que la competencia “no se asimila a la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino que se vincula a cuestiones de aptitud psicológica y de posibilidades físicas que le permiten expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico y de las consecuencias que éste podrá tener sobre su vida y su salud” (WIERZBA, 2012: 123). Es decir, que el fundamento del ejercicio de los derechos personalísimos, redundando en el concepto bioético de competencia, como aptitud natural vinculada estrechamente al discernimiento, en tanto facultad de comprender la práctica médica y sus eventuales consecuencias.

Habiendo realizado dicha aclaración, cabe mencionar que la competencia a la que referimos no se obtiene “automáticamente” al momento de cumplir una edad determinada, sino que se va adquiriendo progresivamente a lo largo de la vida. A su vez, decidir si una persona resulta competente, presupone que ésta haya sido debidamente informada de acuerdo a su nivel de comprensión, principio fundamental que en el caso de los NNA se vuelve especialmente importante ya que la extensa franja etaria que comprende la niñez y la adolescencia denota a priori que dicho nivel varía significativamente en el transcurso de los años. Al mismo tiempo, se exige no perder de vista la necesidad de considerar a cada NNA en particular, frente a cada práctica de salud concreta, como paso previo fundamental para interpretar la competencia progresiva a la que aludimos, en el sentido que mejor convenga a su interés superior.

² Conforme el art. 26, 1º párrafo del CCCN: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...)”.

II. Un presupuesto fundamental: escuchar al NNA

Podríamos reconocer que en Argentina, el proceso de adecuación a nivel normativo a los nuevos paradigmas internacionales comenzó en 1990, con la ratificación del Congreso Nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley n°23.849, tratado que luego adquirió jerarquía constitucional con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994.

A pesar de ello, entendemos que no fue sino hasta el año 2005, con la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (n°26.061), que la legislación interna dio “el gran paso”³ alineándose a los postulados trazados por el denominado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en lo referido a la infancia.

Resulta oportuno recordar, en el ámbito del derecho internacional que los derechos a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta, a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y al respeto de su interés superior, constituyen los valores fundamentales sobre los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño (OG-12/09).⁴

A su vez, al proponernos analizar el derecho de NNA a intervenir activamente en las decisiones que se adopten en relación a su cuerpo y su salud, nos parece necesario reconocer, como presupuesto del ejercicio de este derecho, la generación de las condiciones necesarias para que éste pueda manifestarse. Es decir, que pueda preguntar, expresar sus ideas, que éstas sean tenidas en cuenta en la decisión que finalmente se adopte y, en el caso que deba dejarse de lado su opinión, que le sean explicadas las razones. Incluso, en aquellos supuestos en que su edad y grado de madurez lo permitan, que pueda decidir por sí mismo, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

En relación al reconocimiento en el ámbito internacional del derecho del NNA a ser escuchado, creemos oportuno recordar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece “1. [L]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

³Aun cuando en la actualidad, transcurridos más de diez años, esta ley continúa conviviendo con numerosas normas propias del antiguo sistema tutelar, tanto nacionales como provinciales; circunstancia que exige en cada caso particular realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y de todos los tratados internacionales que componen el “bloque de constitucionalidad”, de forma tal de preservar y garantizar los derechos de la niñez.

⁴ Con OG-12/09 me referiré a la Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado.

al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Refiriéndose específicamente al derecho a la salud, “(...) es fundamental en la realización de los derechos del niño a la salud y el desarrollo, el derecho a expresar su opinión libremente y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (art. 12) (...). Para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de éstos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones” (OG-4/06, parr.8)⁵ y “antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del ‘interés superior del niño (art. 3)’” (OG-4/06, parr.32).

En el ámbito de nuestro derecho interno, la Ley de Protección Integral, en su artículo 3º, segundo párrafo, apartado b), exige respetar “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

Este principio insoslayable, ha sido receptado por el CCCN, que en dos normas genéricas reconoce expresamente que “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona” (artículo 26, párrafo 3º) y que “las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (artículo 707).

Finalmente, no podemos dejar de recordar, y ya específicamente vinculado al tema que nos ocupa, que aún antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, la Ley de Derechos del Paciente (nº 26.529),⁶ en su artículo 2º inc. e), al enunciar los derechos fundamentales del paciente, ya mencionaba expresamente que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley nº26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

⁵Con OG-4/03 me referiré a la Observación General nº 4 del Comité de los Derechos del Niño sobre salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre Derechos del Niño.

⁶ Esta norma, al igual que la ley nº 26.061, continúa en vigencia coexistiendo con el CCCN.

Como puede observarse, las normas reseñadas —tanto en el ámbito internacional como nacional—, nos conducen a concluir ineludiblemente en la necesidad de escuchar al NNA y tener en cuenta su opinión, permitiéndole ejercer por sí mismo progresivamente sus derechos, como única forma de garantizar su interés superior.

En otras palabras, escuchar a los NNA previo a resolver cuestiones vinculas a su salud resulta esencial para no frustrar sus derechos constitucionales y convencionales y constituye la única forma de reconocer y dar primacía al interés superior de los mismos. Dicho principio/derecho debe guiar toda interpretación de los alcances de sus derechos en general, y en particular, a la salud, ya que de no ser así los NNA pasarían a convertirse en un mero objeto de dicha representación (SOLARI, 2005).

III. Dos principios rectores en el ejercicio del derecho humano a la salud

Siguiendo esta línea, creemos necesario analizar los ejes fundamentales sobre los que se asienta el derecho de los NNA de decidir por sí mismos sobre su propio cuerpo y su salud, a fin de definir criterios interpretativos aplicables a la hora de adoptar decisiones al respecto, toda vez que resulta imposible al ordenamiento jurídico receptor la infinita variedad de casos que cotidianamente se presentan. A nuestro entender, este nuevo paradigma se erige sobre la base del reconocimiento de la competencia progresiva de los NNA, que ha de ser interpretada siempre a la luz —y sin perder nunca de vista— su interés superior.

Consideramos que estos principios nos permitirán analizar la eventual facultad de los NNA para decidir sobre su cuerpo y su salud, lo que en definitiva redundará en el respeto de su integridad y dignidad personal, en tanto derechos humanos fundamentales.

III.A. La competencia progresiva

Adquiere particular importancia en relación al ejercicio de este derecho, determinar en primer lugar si nos encontramos frente a una persona “competente”; para luego, en su caso, indagar respecto a si se encuentra en condiciones de prestar un consentimiento informado⁷ válido para la práctica médica de que se trate.

⁷ Entiéndase, conforme el art. 59 del CCCN, que “[E]l consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...)”; en un sentido similar a lo que ya disponía el art. 5 de la Ley de Derechos del Paciente (n° 26.529) en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud: “[E]ntiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)”

En este punto, lo que en definitiva reviste mayor importancia, es que la competencia bioética a la que aludimos no se adquiere en un momento preciso y determinado sino que es consecuencia de la evolución madurativa de la persona y por tanto deberá resolverse en cada situación concreta. Se trata, pues, de determinar si para una práctica médica en particular esa persona debe —o no— ser considerada competente para decidir por sí.

Sin duda estamos ante una situación compleja y que suele generar “desconfianza” en los operadores de salud, quizá por desconocimiento o bien por temor a ser pasibles de cuestionamientos, incluso judiciales, por parte de los representantes legales de los NNA. Esto se debe a que en definitiva, son ellos sobre quienes recae la responsabilidad de decidir sobre la facultad de comprensión del acto y sus consecuencias por parte del NNA en cada caso concreto. Al respecto, HIGHTON Y WIERZBA (2003: 200-201) nos recuerdan que:

“la competencia (...) no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.

En idéntico sentido se expresa CIRUZZI (2011: 31), quien por su parte indica que:

“la competencia bioética (...) no se alcanza en un momento determinado, sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio”.

Como puede verse, no existe un momento preciso ni determinado a priori en el que una persona se torne competente para decidir sobre su cuerpo y su salud. De allí que “a partir de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho [hoy de ejercicio] exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño”.⁸

Ahora bien, más allá de lo expresado respecto a la necesidad de considerar a “cada persona” frente a “cada práctica médica en particular”, debe recordarse en este punto que el CCCN nos brinda algunos principios construidos sobre la base de segmentaciones etarias, que conjugados con otros, existentes en nuestro ordenamiento jurídico, sin duda

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones Civil, sala B, "K., M. y otro c. K., M. D.", 19/03/2009.

constituyen un parámetro de utilidad práctica insoslayable para los profesionales de la salud.

Se trata de segmentaciones *iuris tantum* que se edifican siguiendo el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-17/2002, párr. 101),⁹ que ha expresado:

“(…) 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 [de niño]. 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”.

De esta forma, nuestro Código, en consonancia con los principios sentados por los tratados de derechos humanos que constituyen el denominado “bloque de constitucionalidad” (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) parten de reconocer a los NNA en tanto sujetos, con poder de decisión progresivo conforme su edad y grado de madurez (WIERZBA, 2015).

Así, el artículo 26 del CCCN, distingue tres grandes “grupos”, respecto de cada uno de los cuales asume presunciones *iuris tantum* sobre su competencia: los niños y niñas desde su nacimiento hasta los doce años inclusive; los adolescentes mayores de trece y menores de dieciséis; y finalmente los —aún adolescentes— desde los dieciséis.¹⁰

En primer lugar, respecto a los niños de hasta doce años de edad, el CCCN establece que ejercen los derechos vinculados a su salud como regla general a través de sus representantes legales, sin perjuicio de la necesidad de que sean escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta, siempre que de acuerdo a su edad y grado de madurez pueda comprender el acto.¹¹

Acordamos con KRASNOW (2012: 18), en que “la facultad de decisión de los representantes legales de niños y/o adolescentes se deberá medir en función de éstos para comprender la situación que atraviesan. Si pueden discernir los alcances de las dolencias que los afectan, debe garantizarse el derecho de participación”.

⁹ Opinión consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

¹⁰ Recordemos que la mayoría de edad en la actualidad se adquiere a los dieciocho años (art. 25 CCCN).

¹¹ Respecto a la necesidad de escuchar al NNA y a tener en cuenta su opinión, remitimos a lo expuesto anteriormente al analizar este derecho como presupuesto fundamental del reconocimiento de los derechos del niño respecto a su cuerpo y su salud.

Resulta pertinente recordar que el decreto n° 1089/12, reglamentario de la ley n° 26.529, enfatiza sobre la necesidad de propiciar la intervención de los NNA en todos los actos médicos. Así, en su artículo 5, al regular el consentimiento por representación en el caso de los menores de edad que por razones intelectuales o emocionales no puedan comprender la práctica de que se trate, exige escuchar su opinión cuando puedan comprender sus alcances, y tener en cuenta, a los fines del consentimiento informado, “(...) las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo del proceso, según su competencia y discernimiento”.

Pero más allá de la intervención personal que las normas nacionales y convencionales garantizan a todo NNA, no debe perderse de vista que la circunstancia de que sean los representantes legales aquellos a través de quienes ejercen sus derechos en relación a su cuerpo y su salud, en modo alguno puede importar un ejercicio discrecional o absoluto, sino que la decisión de los padres encontrará siempre como límite el mejor interés del hijo/a, pues: “(...) sobreponer el interés del niño a cualquiera otras consideraciones tiene, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres”.¹² De allí que se haya reconocido que “el director de un hospital se encuentra legitimado ética y jurídicamente para interponer una acción constitucional de amparo, cuya finalidad tiende a la protección de la integridad física de una menor no autorizada por su madre por razones religiosas a realizarse una transfusión sanguínea, en caso que la misma sea necesaria durante una intervención quirúrgica”.¹³ En otras palabras, la decisión que en ejercicio de la responsabilidad parental tomen los padres en ningún caso podrá ir en contra del interés superior sus hijos.

Pues en definitiva,

“la interpretación de los derechos de la patria potestad [hoy responsabilidad parental] que poseen los actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley n° 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno en el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante progenitores no puede efectuarse, en la situación en que sea vean vulnerados”.¹⁴

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., C. s/adopción", 02/08/05.

¹³ Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, en LLBA, 2005-641.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "N.N.O.U., V. s/ protección y guarda de personas", 12/06/2012.

Más recientemente, frente a la negativa de una madre a acceder al plan obligatorio de vacunación respecto de su hijo, aduciendo no estar de acuerdo con la “medicina tradicional”, el hospital realizó una presentación judicial en la que se resolvió que:

“deben garantizarse dichos derechos [los del niño a su más alto nivel de salud posible] por sobre el interés de su progenitora de no acceder a su vacunación, ordenando que la misma se realice de manera obligatoria y hasta compulsiva, si fuere menester, debiendo respetarse, aún en esta última instancia, el derecho del niño y de su madre a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades”.¹⁵

En segundo lugar, el Código se refiere a los adolescentes mayores de trece y menores de dieciséis años, respecto a los cuales debe distinguirse si se está frente a un tratamiento invasivo o que comprometa negativamente su estado de salud o provoque un riesgo grave en su vida o su integridad física, en cuyo caso se requerirá el consentimiento del adolescente con la asistencia de sus progenitores. En este punto, resulta de interés recordar que

“antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del ‘interés superior del niño’ (art.3)” (OG-4/06, parr.32).

No obstante, la propia norma establece que en caso de conflicto, la cuestión debe resolverse sobre la base de la opinión médica en relación a la conveniencia de la práctica. En cambio, si se tratara de un acto médico que no revista tales características, el adolescente podrá decidir por sí mismo, sin intervención de sus representantes legales.

Insistimos, pues, que el norte que ha de guiar la interpretación de cuál será la decisión a adoptar en caso de conflicto entre la postura del NNA y sus representantes, no podrá ser otro que su interés superior, determinado en el caso concreto, como establece el artículo en análisis, teniendo especial consideración del criterio sostenido por los profesionales de la salud que atienden al paciente.

La solución de la norma, como observamos, nos remite a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que sólo pueden ser analizados frente a cada situación concreta.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 7 de la Primera Circunscripción Judicial de Río Negro, “Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (P.O.D.) s/ Medida de protección de derechos”, Expte. N° 1496/14/J1, noviembre de 2015.

Pues, ¿qué es invasivo y qué no lo es? ¿Qué práctica o tratamiento compromete el estado de salud del paciente o pone en riesgo su salud o integridad?

Apunta GONZÁLEZ DE VICEL (2016: 3) que constituyen actos invasivos “(...) aquéllos que, además de impactar de modo notorio en el cuerpo de la persona, cuentan con entidad para colocar en peligro la salud comprometiéndola de algún modo, o colocando en riesgo la vida del individuo, sea de manera directa o por las consecuencias —aún no deseadas— de su implementación”.

Ahora bien, determinar si una práctica médica concreta reviste o no el carácter de invasiva ha dado lugar a debates doctrinarios, en el marco del cual algunos autores han sostenido que son muy pocos aquellos procedimientos que merecen ser calificados de no invasivos ni peligrosos (WIERZBA: 2015); en tanto que otros, han optado por realizar una enunciación casuística —aun cuando meramente ejemplificativa— que incluso pudiera funcionar como guía para hallar soluciones analógicas en otros supuestos (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM y FERNÁNDEZ: 2015).

Nuestra jurisprudencia ha expresado que cuando se analiza la competencia de un paciente pediátrico para decidir por sí según la práctica médica de que se trate, debe tenerse en cuenta “la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores”.¹⁶

Sin perjuicio de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, que aún antes de la entrada en vigencia del CCCN han comenzado a diseñar líneas interpretativas respecto a qué prácticas han de ser consideradas invasivas, no podemos dejar de señalar que fruto del trabajo de numerosos especialistas en el tema,¹⁷ el 9 de diciembre de 2015 el Ministerio de Salud de la Nación emitió la resolución n° 65/2015, en la cual sienta su criterio respecto al concepto de invasividad utilizado por el CCCN. En tal sentido, sostiene que “debe leerse como tratamientos de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud (...). Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”, especificando que “la evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica que contemple los diversos aspectos de la salud integral. El riesgo de una práctica sanitaria es definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa

¹⁶Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Conciliación y Familia, Villa Dolores, “C.J.A. y otra s/ solicitan autorización”, 21/09/2007.

¹⁷ Entre ellos, Sonia Ariza Navarrete, Paola Bergallo, Silvia Fernández, Gustavo Gallo, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Emiliano Litardo y Nelly Miyersky.

probabilidad”, concluyendo que “las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período comprendido entre los 13 y los 16 años son aquellas en las que existe evidencia científica que muestre una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNA y no como en aquellas que tal consecuencia pudiera existir”.

A su vez, en lo que respecta al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos —siguiendo el criterio ya fijado en 1985 por la Cámara de los Lores de Inglaterra en el *leading case* “Gillick”—¹⁸ se establece 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”.

Claramente, la determinación respecto a la invasividad de una práctica en los extremos resulta sencilla, pero en la mayor parte de los casos —y máxime cuando el tiempo para decidir es escaso— es una cuestión que exige una resolución conforme una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico como la que en este comentario propiciamos.

En tercer y último lugar, el CCCN menciona al tercer grupo, integrado por quienes ya han cumplido dieciséis y son aún menores de dieciocho años, que en principio gozan de plena competencia para la toma de decisiones sobre su cuerpo y su salud, sin que pueda privilegiarse la opinión de sus padres o tutores.

Sin embargo, esta “mayoría de edad anticipada” del adolescente a partir de sus dieciséis años vinculada a las decisiones respecto a su cuerpo y su salud, reconoce en nuestro ordenamiento jurídico algunas excepciones en las que se exige mayoría de edad.

En este sentido, debemos recordar que si bien la entrada en vigencia del nuevo CCCN importó la derogación de algunas leyes especiales, ello no aconteció en relación a la legislación sanitaria, en virtud de lo cual toda divergencia respecto de las “edades mínimas” requeridas por la norma de fondo y por las leyes especiales exigirá un especial esfuerzo interpretativo.

De allí que no debe perderse de vista que esta presunción no podrá ser nunca considerada en términos absolutos, debiendo ceder cuando en función de las circunstancias del caso la decisión adoptada contradiga el interés superior del propio adolescente. Pues

¹⁸ Nos referimos al conocido precedente dictado por la Cámara de los Lores (Inglaterra) “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS”, 3 All ER 402 (HL), a partir del cual se configuró la “categoría” de NNA “Gillickcompetent”, constituida por aquellos NNA que poseen suficiente aptitud y grado de madurez para prestar un consentimiento informado válido, aun cuando no cuentan con la edad mínima para hacerlo por sí mismos, conforme los ordenamientos legales.

“(…) es dable considerar que en ciertas etapas de la vida puede existir mayor vulnerabilidad para la toma de decisiones (...), y que por tanto (...) requieren de la ayuda de un familiar o allegado para expresar su voluntad informada al tiempo del acto médico” (WIERZBA, 2012: 123).

De allí que, como apuntábamos, las presunciones etarias establecidas en la norma de fondo deben ser interpretadas en relación a numerosas leyes sanitarias que, manteniendo su vigencia, establecen criterios diferentes.

Entre ellas, podemos mencionar la Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos (n° 24.193), que en su artículo 15 establece que “sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años (...)”. En principio, y dado el carácter claramente mutilante que implica la dación de un órgano respecto del dador y la provisoriedad que suelen tener las decisiones adoptadas en la adolescencia, resulta a priori razonable la exigencia de mayoría de edad; sin perjuicio de lo cual circunstancias especiales pueden ameritar conclusiones diferentes. Es ilustrativo de ello el caso Saguir y Dib,¹⁹ en el que nuestro máximo tribunal hizo lugar a la petición de los padres de una niña menor de edad que solicitaban que se autorizara la donación un riñón de ella a favor de su hermano, quien padecía una insuficiencia renal crónica.

La ley n° 22.990, conocida como Ley de la Sangre, por su parte, si bien admite que puede ser donante toda persona a partir de los dieciséis años, exige que los menores de dieciocho deben contar con autorización de sus padres o sus representantes legales a tales fines (art. 44 inc. a y b, respectivamente). Ahora bien, coincidimos con WIERZBA (2012) en que la seguridad de los procedimientos de extracción de sangre, sumado a tratarse de tejidos de rápida renovación, redundan en un escaso riesgo a la salud del dador. Por tanto, realizando una interpretación integradora de todo el ordenamiento jurídico, puede concluirse que la exigencia de autorización por parte de los representantes legales del adolescente debe ceder cuando, a criterio del profesional interviniente, el joven cuente con aptitud para comprender el acto y sus consecuencias, pudiendo por tanto decidir en forma autónoma respecto de la práctica.

En materia de tratamientos integrales hormonales, en virtud de las consecuencias que los mismos importan para la salud y la posible irreversibilidad de sus consecuencias, entendemos que de conformidad a lo establecido en la legislación sanitaria especial (artículos 5 y 11 de la Ley de Identidad de Género) resulta exigible el consentimiento informado del adolescente, con el asentimiento de sus representantes legales; dejando a salvo el derecho del joven a solicitar la correspondiente autorización judicial cuando le fuere

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06 de noviembre de 1980, Id SAIJ: FA80000000.

denegado este último. Ahora bien, si en cambio el reconocimiento de la identidad de género autopercebida exigiera una cirugía, tal como en el supuesto del “cambio de sexo”, coincidimos con KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM Y FERNÁNDEZ (2015) en que es exigible la mayoría de edad, dado que la práctica excede el ámbito del cuidado del propio cuerpo.

Otro supuesto de interés, es el referido al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, tal como hemos expresado, y como sostenidamente ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia a partir del caso Gillick referenciado. Entendemos como principio general que el adolescente ha de considerarse —salvo circunstancias que podrían acontecer en un caso particular— competente para recibir información y tomar aquellas decisiones que crea convenientes en materia de salud reproductiva; e incluso a partir de los trece años, por tratarse de un supuesto enmarcado en el artículo 26, tercer párrafo del CCCN. Ello así, sin perjuicio de que cuando el ejercicio de este derecho importe un tratamiento invasivo, como por ejemplo por tratarse de un dispositivo intrauterino, se requerirá —de quienes aún no han cumplido dieciséis años— el asentimiento de sus representantes legales.

Ahora bien, creemos que debe hacerse una distinción: si la cuestión se encontrase enmarcada en la Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (n° 26.862), deberá exigirse mayoría de edad para poder revestir la calidad de beneficiario (artículo 7); sin perjuicio de que en los supuestos en que resulte médicamente justificada la necesidad de criopreservar material genético propio, será suficiente contar con el consentimiento del adolescente, exigiéndose además —particularmente en la mujer por el carácter netamente invasivo de la práctica— la conformidad de sus representantes legales.

Como hemos intentado ejemplificar con los supuestos enunciados, la legislación sanitaria en nuestro país es profusa y dispersa, lo que impide —aún luego de la entrada en vigencia del CCCN— emitir conclusiones únicas aplicables a todos los supuestos. En este punto, coincidimos con WIERZBA (2012: 138), quien expresa que

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

Ahora bien, otro dilema interpretativo que nos exige prestar especial atención, está dado por aquellos supuestos en que el adolescente, en ejercicio de su autonomía progresiva en el cuidado de su cuerpo y su salud, decide ejercer su derecho de forma tal que ello amenaza o vulnera negativamente su integridad o incluso su propia vida. Dicha situación

reviste gran importancia sobre todo en el caso de quienes ya han cumplido los dieciséis años, toda vez que a priori serían competentes para decidir por sí, de conformidad al último párrafo del artículo 26 del CCCN.

Planteos como éste refuerzan nuestra conclusión de que los lineamientos que establece el CCCN constituyen presunciones *ius tantum*, que habrán de ser interpretadas en cada caso concreto. De allí que el respeto de la autonomía progresiva de los NNA no importe un derecho sin límites, cuando su ejercicio repercuta en contra de la propia vida o integridad del adolescente.

Si bien es cierto que a mayor autonomía del joven, deberá ir decreciendo proporcionalmente la función de orientación de sus progenitores, ello no implica que esta desaparece, ya que aquella es una parte fundamental del ejercicio de la responsabilidad parental; de otro modo importaría dejar al adolescente, en una particular etapa en la que su propia personalidad se está configurando, librado a su propia suerte.

A la vez, decidir en qué casos ha de intervenir y, en su caso, los alcances de dicha intervención, reviste máxima importancia, toda vez que si la misma fuera más allá del resguardo de los derechos fundamentales del adolescente, importaría en la práctica retrotraernos al viejo sistema tutelar, en que los adultos decidían por el NNA.

Al respecto, FREEMAN (2006: 272) nos aporta:

“no estaríamos tomando los derechos en serio si sólo respetáramos la autonomía cuando consideráramos que el agente está haciendo lo correcto. Pero también estaríamos fallando en reconocer la integridad de un niño si le permitiéramos elegir una acción, como consumir heroína o no acudir a la escuela, que pudiera dañar seria y sistemáticamente la consecución subsecuente de la plena personalidad y el desarrollo. La prueba de ‘irracionalidad’ debe también estar limitada de manera que justifique la intervención sólo hasta el punto necesario para evitar el daño inmediato, o para desarrollar las capacidades de elección racional por las cuales el individuo pueda tener una oportunidad razonable de evitar esos daños”.

Cabe entonces preguntarnos, cuáles son los requisitos que deben existir para poder hablar de una “intervención justificada”. En nuestra opinión, y coincidiendo con CILLERO BRUÑOL (2011), estos conflictos no son susceptibles de ser resueltos por la lógica de aspectos formales ni pueden establecerse a priori reglas interpretativas, sino que habrá de decidirse —reiteramos— en cada caso concreto. Pues el límite está dado, como adelantamos, en el resguardo de interés superior del NNA, al que referiremos en el apartado siguiente.

Finalmente, y aún a riesgo de resultar superfluo, debe tenerse presente que los alcances de las situaciones analizadas redundan en el ejercicio del derecho de los NNA al cuidado de su cuerpo y su salud conforme su competencia progresiva, más no importan consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico, pues el primer aspecto

refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad.²⁰

III.B. *El interés superior*

Tal como hemos expresado, toda persona menor de edad tiene derecho a intervenir en forma personal, con alcance diferenciado según su competencia bioética, en cualquier decisión de salud que la involucre, como única manera de satisfacer su interés superior.

En este punto, cabe entonces preguntarnos qué es este principio.

La “doctrina del interés superior”, como hemos referido anteriormente, se encuentra consagrada en el artículo 3º, inc. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, como principio rector de toda cuestión relativa a los NNA; sin perjuicio de que ella no define qué es lo que ha de entenderse por “interés superior”.

Sin lugar a dudas, nos encontramos frente un concepto amplio, susceptible de diversas interpretaciones y cuya concreción en definitiva depende del caso concreto. Excedería el objeto de este artículo realizar un análisis profundo de sus alcances, pero nos parece importante señalar algunas ideas centrales.

Como una primer aproximación, podríamos decir junto a COLAZO (2010: 2) que “el interés superior del niño es precisamente el cumplimiento y garantía de todos y cada uno de los derechos que la ley le adjudica al niño como titular, es la protección integral del niño, y ésta solo puede efectivizarse con el efectivo cumplimiento de sus derechos”.

Se trata de una “definición marco”, de una idea en constante evolución y transformación, que varía en su interpretación tanto en función de cada momento histórico como de las pautas sociales y culturales de cada Estado (ALSTON Y GILMOUR-WLASH, 1999).

Reconociendo que sus alcances se encuentran condicionados por las particularidades de cada sociedad y que varían conforme los momentos históricos, entiende GROSMAN (1993: 1) que su consideración “sirve: A) Como pauta de decisión ante un conflicto de intereses; así frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. B) Como criterio para la intervención del Estado, cuando las acciones de los padres perjudican al menor”.

No puede dejar de mencionarse que el Comité de los Derechos del Niño indicó que el interés superior del niño posee una triple dimensión (OG-14/13).²¹ Es por un lado un derecho-

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Naccache, Fiamma Nerina c/ Editorial Televisa Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 1-febrero-2016, ID SAIJ: SUCo410366.

interés sustantivo, en tanto “consideración primordial (...) de aplicación directa” que ha de ser seguida siempre que deba tomarse una decisión que involucre intereses de NNA. Pero a la vez, constituye un derecho- principio jurídico interpretativo fundamental, que ante posibles apreciaciones requiere siempre elegir la que más lo satisfaga, y un derecho-garantía, es decir, una “norma de procedimiento” que exige la vigencia de garantías procesales de modo tal de que sea considerado en toda decisión que se adopte, debiendo explicarse cuáles han sido los criterios que permiten concluir que el mismo ha sido respetado.

Por su parte nuestra Ley Nacional de Protección Integral, en el art. 3º lo define como: “(...) la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, indicando que para ello deben reconocerse especialmente — entre otros— “su condición de sujeto de derecho” y “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”.

El “interés superior”, requiere necesariamente la intervención del NNA en todas las cuestiones vinculadas al ejercicio de sus derechos; entendiendo que tal participación ha de ser activa —de acuerdo a su madurez y posibilidad de comprensión— y no meramente formal, es decir, “escuchando” al NNA y teniendo en cuenta esa opinión. Coincidimos con FUGARETTA (1998: 4), cuando sostiene que “no puede de manera alguna restringirse la posibilidad de expresarse y que tanto su presencia como su intervención adquieren significación jurídica. O sea que su intervención deberá ser merituada en toda decisión que se tome respecto de su persona”.

Ahora bien, aun cuando reconozcamos la necesidad de escuchar al NNA, continúa siendo complejo decidir en un caso concreto cuál es, de todas las decisiones posibles, la que mejor satisface su interés superior. Al respecto, nos parece importante señalar como criterios orientadores, los elementos que deben ser tenidos en cuenta en su evaluación: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la educación y a la salud. En relación a este último,

“si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en

²¹ Con OG-14/16 me referiré a la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado” (OG-14/16, parr.77).

Si bien hemos venido sosteniendo la necesidad de generar ámbitos a fin de posibilitar la escucha al NNA y tener esa opinión en cuenta, ello no conduce necesariamente a sostener que todos se encuentren en condiciones de prestar su consentimiento informado para la práctica médica que se trate. La competencia bioética presenta características particulares por su sola condición de NNA, cuyo desconocimiento importaría ignorar la protección especial que en virtud de ella merece.

En otras palabras, vedar al NNA su intervención en estas decisiones, dejándolo al margen de las mismas, importaría una clara vulneración de sus derechos fundamentales, un comportamiento claramente inscripto en la “Doctrina de la Situación Irregular”. Pero en el otro extremo, admitir su plena competencia como principio ineludible importaría desconocer su propia condición de sujeto en desarrollo, dejándolo librado a su propia suerte en la toma de decisiones. Nos referimos, por ejemplo, a las situaciones en que la decisión del adolescente pueda afectar negativamente el cuidado de su cuerpo o su salud, y que exigen hallar una solución que no podrá ser otra —insistimos— que la que mejor satisfaga el interés superior del NNA.

Oportunamente, se dijo que

“debe rechazarse la solicitud de autorización para la interrupción del embarazo de una menor violada, incoada por su madre, pues el mejor interés de la joven se corresponde con el respeto a su voluntad de querer continuar con la gestación, tener el bebé y que éste no sufra ningún daño, debiendo darse a dicha expresión de voluntad el efecto de un acto jurídico realizado con discernimiento, de tal modo que no existe el consentimiento informado de la mujer encinta para proceder al aborto”.²²

Mucho más recientemente, en un caso en que se planteaba un conflicto en relación a una transfusión de sangre entre una adolescente de dieciséis años que manifestaba querer curarse (si bien debido a que padecía una hipoacusia severa, presentaba limitaciones para comunicarse generando dudas respecto de su competencia para comprender la práctica) y su progenitora se oponía por ser Testigo de Jehová, se resolvió que:

“corresponde autorizar a una Menor que padece síndrome mielodisplásico a realizarse un Trasplante de Médula Ósea al que su Madre se negaba por ser Testigo de Jehová, en tanto, si bien la madre afirmaba que el tratamiento va en contra de sus principios religiosos, lo cierto es que el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño, máxime cuando es un deber del Estado asegurar la salud y es aquí donde se

²²Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza "B., L. A.", del 16/9/2008, La Ley del 27/11/2008.

produce la colisión entre la autonomía de los padres de elegir el sistema de salud con el que protegerán a sus hijos, y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma a todos los niños”.²³

Es necesario encontrar un equilibrio. La competencia bioética de los NNA ha de reconocer un límite, y este está dado, en nuestra opinión, en su interés superior. Pues “(...) tan contrario al ansiado ‘interés superior del niño’ es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LAMM Y FERNÁNDEZ, 2015: 4).

En definitiva, sostener que la cuestión debe resolverse conforme el mejor interés del niño, implica “salvaguardar la dignidad del menor en tanto persona” (PRIEUR, 1999 en CIRUZZI, 2011: 49), teniendo siempre presente que tomar una decisión en relación a la salud es una decisión de carácter personalísima, debiendo propenderse por tanto a que sea el propio paciente quien lo haga cuando ello sea posible.

Como puede observarse, decidir cuál es en el caso la solución que mejor satisface el interés del NNA exige tener en cuenta cada práctica concreta, no siendo susceptible de trasladarse sin más a otras situaciones que en principio se presenten como similares. Ello así, ya que una misma persona puede resultar competente para decidir sobre una intervención y no sobre otra. Además, quien aún no pueda considerarse competente en relación a un acto médico en particular, debe ser igualmente involucrado y acompañado en la medida de lo posible, pues se trata de decisiones que en definitiva redundan en el ejercicio de sus derechos personalísimos, y por tanto, en su dignidad personal.

A su vez, reconocer el interés superior del niño como principio rector de toda cuestión que involucre directa o indirectamente sus intereses, exige de los operadores un cambio profundo en todas las intervenciones. En este sentido, la OC 17/02 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos expresa que: “[E]l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

Pues en definitiva, el reconocimiento de los derechos de los NNA exige modificar nuestras prácticas como operadores, procurando que el “interés superior” “(...) no se transforme en un mero cambio retórico y discursivo, sino que sea acompañado de verdaderas transformaciones de prácticas institucionales que den cuenta de la importancia de respetar y garantizar este principio-derecho, en la entelequia de que todos los derechos

²³ Juzgado de Menores de Corrientes, “M., D. A. y Otros s/Víctimas”, 29-04-2016, (IJ-CIV-761).

humanos, incluso los de los NNyA, son de carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado” (PEREZ, 2016: 4).

IV. Los Comités de Bioética: un posible ámbito de solución

Sin perjuicio lo expuesto, y más allá de los parámetros generales que podamos esbozar respecto a la debatida cuestión que nos ocupa, no debe desconocerse que la cuestión de determinar, en cada caso concreto, si la persona —en el caso, NNA— goza de suficiente discernimiento para comprender la trascendencia de la práctica médica de que se trate, y —en su caso— si esta decisión debe ser respetada en todos los casos, resulta un tema complejo y —como apuntábamos— de “desvelo” de los profesionales de salud.

Coincidimos en este punto con CIRUZZI (2011: 55) quien, citando a Hernández Marnrique, sostiene que “en el campo de la asistencia sanitaria, la evaluación de la capacidad no puede generalizarse, siempre debe referirse al consentimiento para la realización de un procedimiento diagnóstico y terapéutico en particular. Además, la capacidad puede fluctuar de un momento a otro y no ser constante. Tampoco es absoluta, ya que se puede ser capaz para determinadas cuestiones y no para otras”.

Claramente, dicha determinación se torna dificultosa, máxime cuando se trate de la realización o negativa de prácticas²⁴ que puedan poner riesgo la salud o incluso la vida del paciente. De allí que el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los NNA vinculados a la salud exijan evaluar cada situación en particular teniendo especialmente en cuenta la evolución de su desarrollo psicofísico de cara al ejercicio de estos derechos fundamentales; evaluación que en muchos casos resulta imposible de realizar por una única persona.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo del tema, lo que excedería la pretensión del presente trabajo, nos parece pertinente esbozar algunas ideas respecto de aquello/s sobre quién/quienes recae la toma de decisiones respecto a estos dilemas de claro tinte bioético.

En algunos supuestos, seguramente la mayoría, habrá que referirse al profesional de la salud que atiende al paciente. Pero en otros casos, la complejidad de la situación exige la actuación de un equipo interdisciplinario, en el que puedan ser analizadas y discutidas las diversas aristas que presenten los hechos.

De allí que creemos propicia la conformación de “Comités de Bioética” en el ámbito de los centros de salud tanto públicos como privados, en el seno de los cuales —más allá de

²⁴ Recordemos en este punto que el consentimiento informado requerido importa tanto la posibilidad de aceptar una práctica médica, como así también la de negarse a su realización.

su estructura— se puedan resolver estas situaciones con la celeridad que habitualmente requieren. A su vez, que estos se erijan en tanto organismos que brinden a los operadores de los equipos de salud —al menos en los albores del nuevo paradigma en la materia— seguridad y respaldo en la decisión de reconocer plena competencia a un adolescente cuando goza de aptitud de comprensión de la situación, ello así incluso frente al desconocimiento (o incluso la oposición) de sus representantes legales cuando correspondiere.

La solución que propiciamos no resulta desconocida por la norma. De hecho, el decreto n° 1089/12, reglamentario de la ley n°26.529, en el segundo párrafo de su artículo 2° inc. e, establece que en caso de conflicto entre la voluntad expresada por el NNA y la de sus representantes legales, o entre la de estos últimos entre sí, el profesional de la salud debe elevar el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o incluso de otra institución si fuere necesario, a los fines de recabar su opinión.

Ahora bien, esta solución normativa axiológicamente incuestionable ¿resulta factible desde una dimensión sociológica, cuando a casi dos años de la entrada en vigencia del CCCN hay aún provincias que no cuentan con ningún Comité de Bioética? Sin duda, la solución que proponemos exige que en forma urgente se propicie la creación de estas instituciones donde no las hay, a la vez que se fortalezcan las existentes.

Sin perjuicio de ello, y si bien del espíritu de las normas nacionales e internacionales referenciadas en este artículo pueda concluirse una clara intencionalidad de “desjudicialización” de estos temas, el propio CCCN reconoce la posibilidad de que sean los jueces competentes en la materia quienes en definitiva tomen la decisión final cuando las estructuras administrativas resultan insuficientes para dar una acabada respuesta en concordancia con los intereses en juego. Así, el artículo 26 CCCN garantiza en la parte final de su segundo párrafo el derecho de todo NNA a intervenir con asistencia letrada en las eventuales situaciones de conflicto que puedan suscitarse, y en un mismo sentido el artículo 677 CCCN presume que el adolescente goza de autonomía para estar en juicio ya sea en forma conjunta o independiente de sus progenitores, con asistencia letrada. Ello así, en tanto reconocimiento a su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todo asunto que le concierna, en particular, en aquellas decisiones vinculadas a su persona y al ejercicio de sus derechos personalísimos, cuya intimidad debe ser preservada.²⁵

Cabe agregar que la profusa legislación que anteriormente apuntábamos, en algunos supuestos exige necesariamente la intervención judicial a los fines de garantizar el

²⁵ En este sentido, entre otros, véase el precedente jurisprudencial “S., E. D. y otro c/ I. H. R. R. s/ Daños y Perjuicios”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial De Mercedes, sala II, 28-06-2012, en L.L.B.A., Año 19, N° 8, septiembre de 2012, p. 839 y ss.

derecho de los adolescentes, lo que ha llevado a exigir dicho contralor en relación a la internación de adolescentes mayores de dieciséis años.

Recientemente, se ha resuelto que

“(…) la internación de salud mental cuenta con una ley específica, por lo que esa regulación especial descarta la aplicación de la general, aun cuando esta última sea posterior. La intervención judicial de ningún modo conspira contra la autonomía progresiva que el Código garantiza a las personas menores de edad y en especial con la mayoría anticipada para los adolescentes de la franja de 16 a 18. Por el contrario, aporta una garantía reforzada para la preservación de sus derechos, cuya necesidad se acrecienta, a fortiori, en caso de adolescentes en situación de vulnerabilidad (...) El art. 37 inciso f) de la ley n° 26.061 dispone que el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de niños, niñas y adolescentes constituye una medida de protección ordinaria reservada al organismo de aplicación. Nada dice en caso de que ese tratamiento se produzca con internación, lo que permite colegir que, siendo una medida más gravosa, excede el ámbito de las medidas ordinarias y por consiguiente requiere contralor judicial”.²⁶

De esta forma, en todas las instancias, e incluso en el ámbito judicial, el conflicto se resolverá sobre la base de los principios rectores que apuntamos: derecho a ser oído, competencia progresiva y respeto del interés superior del NNA, actuando éste como co-partícipe, es decir, como “participante activo en el ejercicio, protección y supervisión de sus derechos” (DELLE VEDOVE, s/f: 7).

V. Palabras finales

El efectivo respeto del derecho de los NNA en relación a su cuerpo y su salud exige que sean escuchados de cara a toda intervención médica, y a su vez, que la opinión que expliciten sea especialmente considerada en la decisión que finalmente se adopte.

Ello así, en el entendimiento de que es el propio paciente la persona que en primer lugar debe ser escuchada y tenida en cuenta, sea este mayor o menor de edad y en tanto se encuentre en condiciones físicas y psíquicas para prestar su consentimiento frente a la práctica concreta en cuestión. En tal sentido, la doctrina ha manifestado que “(…) no debemos perder de vista que nos estamos refiriendo a decisiones personalísimas del individuo, vinculadas a derechos inalienables, por lo que, en principio, nadie mejor que la misma persona afectada para tomar la decisión más conveniente, fundamentada en una información clara, detallada, precisa y sencilla brindada por el profesional actuante” (CIRUZZI, 2011: 49-50).

²⁶ Juzgado de Familia de la III Circunscripción Judicial de Río Negro, “F., M. S. s/ Ley 26.657” Expte. 21.202/16, 29/01/2016.

Ahora bien, en virtud de que nadie puede consentir sobre lo que no conoce, sólo podremos decir que se ha garantizado la intervención personal de los NNA sobre las decisiones vinculadas a su cuerpo y su salud, en tanto hayan sido acabadamente informados acorde a su particular nivel de comprensión.

Destacamos como fundamental que la diferenciación señalada entre los conceptos de competencia y capacidad en referencia al ejercicio de los derechos personalísimos en general y en lo relativo a las decisiones sobre la salud en particular, es una cuestión medular. Sólo puede comprenderse a partir del entendimiento de que la noción de consentimiento informado —requerido frente a cada acto médico— se vincula estrechamente con el discernimiento, y por tanto con la competencia, mas no necesariamente con la capacidad civil.

Pero con ello no basta. Se exige, a su vez, dejar de lado segmentos etarios estancos —que sólo podrían funcionar como meros criterios orientadores— para considerar la competencia progresiva de cada NNA, interpretándola en el sentido que mejor convenga a su interés superior.

No puede dudarse entonces que una persona “competente” ha de ser siempre escuchada y respetada en su voluntad, y que ello resulta de plena aplicabilidad a los niños/as y en particular a los adolescentes, quienes presumiblemente se encontrarían en mejores condiciones para comprender los diversos aspectos relativos a la práctica médica, análisis que debe realizarse en relación a cada paciente concreto y de cara a cada acto médico en particular.

Se impone así el reconocimiento de la existencia de un nuevo paradigma en la consideración de la niñez y adolescencia, cimentado sobre la base de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales de jerarquía constitucional en tanto instrumentos de obligatoria aplicación que desplazan a los NNA desde una posición de meros objetos de protección hacia su reconocimiento como sujetos de derecho. Se trata de un paradigma insoslayable en toda situación en la que de una u otra forma se encuentre en juego algún derecho de un NNA, más aún cuando refiera a un derecho humano fundamental, como lo es en el caso que nos ocupa la posibilidad de decidir sobre su propio cuerpo y su salud.

Destacamos estos principios —competencia progresiva e interés superior— en el convencimiento de que en definitiva constituyen el eje principal que nos permitirá dilucidar situaciones conflictivas, sobre la base de reconocer que el derecho de todo NNA a intervenir en las decisiones vinculadas a su cuerpo y a su salud de acuerdo a sus principios morales, religiosos, éticos y otros, es la única forma en que se garantiza el efectivo respeto de sus derechos humanos.

Bibliografía

ALSTON, P. Y GILMOUR-WALSH, B., (1999) *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derecho del niño y de los valores culturales*, España, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

CILLERO BRUÑOL, M., (2011) “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista de Pensamiento Penal*, Mayo de 2011, pp. 1-15, consultado en [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28723.pdf>] el 21/04/2017.

CIRUZZI, M. S., (2011) *La autonomía del paciente pediátrico. ¿Mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica.

COLAZO, I. I., (2010) “Perspectiva constitucional del usufructo paterno-materno a la luz del interés superior del niño”, Buenos Aires, Infojus.

DELLE VEDOVE, M. J. (s/f), “La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. Tomando más en serio los derechos de los niño La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente”, consultado en [http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/abogados-en-accion/la-autonom_a-progresiva-el-principio-que-garantiza-el-ejercicio-personal-de-los-derechos-del-ni_o-la-posible-colisi_n-con-el-inter_s-superior-especial-an_lisis-de-los-actos-m_dicos-del-adolescente-ab-maria-julia-delle-vedove/at_download/file] el 21/04/2017.

FREEMAN, M., (2006) “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *Revista de Derechos del Niño*, nº 3 y 4, p.p. 251-279, Santiago de Chile, Andros.

FUGARETTA, J. C. (1998) “El derecho del menor a ser oído”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/juan-carlos-fugaretta-derecho-menor-ser-oido-daca980041-1998/123456789-oabc-defg1400-89acanirtcod>] el 21/04/2017.

GONZÁLEZ DE VICEL, M (2016) “Adolescencia: cuando los derechos y la salud se desencuentran”, Buenos Aires, Derecho Para Innovar. Consultado en [https://dpicuantico.com/area_diario/comentario-a-fallo-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-18-13-09-2016/] el 21/04/2017.

GROSMAN, C., (1993) “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en

[http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacn930223-grosman-significado_convencion_derechos_nino.htm] el 21/04/2017.

HIGHTON, E. I., WIERZBA, S. M., (2003) “Consentimiento informado”, en GARAY, O. E., *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, La Ley, pp. 191-206.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., Y FERNÁNDEZ, S. E. (2015) “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-oabc-defg1640-51fcanirtcod>] el 21/04/2017.

KRASNOW, A., (2012) “Infancia, adolescencia y salud mental”, Buenos Aires, Infojus. Consultado en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120194-krasnow-infancia_adolescencia_salud_mental.htm] el 21/04/2017.

PEREZ, A., (2016) “Sobre cómo debe interpretarse el interés superior del niño previsto en Código Civil y Comercial a la luz de los estándares internacionales”, Buenos Aires. Consultado en [<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/07/Inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-Agustina-P%C3%A9rez.pdf>] el 21/04/2017.

SOLARI, N., (2005) “El Derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el Proceso Judicial”, *DJ*, 2005-3-1053, Buenos Aires, La Ley.

WIERZBA, S. M., (2015) “La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVII-Número 9, Buenos Aires, La Ley.

— — (2012) “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho Privado*, año I, Nro. 2, Buenos Aires, Infojus.