

A diez años del Código Civil y Comercial, ¿es hora de reformar el art. 26?

por CARLOS MUÑIZ^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. MÉTODO. – 3. MODO DE ABORDAR EL TEMA DE LA COMPETENCIA PARA LA DECISIÓN. – 4. INVASIVO/NO INVASIVO – RIESGO/NO RIESGO. – 5. FOCO EN EL CONSENTIMIENTO. – 6. EL “CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO”. – 7. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

En el diccionario de la RAE, se define la libertad en su primera acepción como “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁽¹⁾. Suele ocurrir que, cuando intentamos improvisar una definición del término para alguna de nuestras clases o presentaciones, tenemos siempre muy presente la primera parte de la idea vinculada con la posibilidad de elegir, pero olvidamos mencionar la segunda parte relacionada con la responsabilidad. La verdad es que las personas humanas en general gozamos de la capacidad para comprender el valor moral de nuestras acciones y, por lo tanto, tomar decisiones basadas en nuestra idea del bien y el mal, siendo lógico entonces que asumamos responsabilidad por sus consecuencias. Desde Aristóteles en su “Ética a Nicómaco”⁽²⁾ hasta hoy, el tema ha sido abordado desde una perspectiva filosófica con una profundidad que excede las limitadas pretensiones de este trabajo.

Sin perjuicio de ello, nos sirve como punto de partida para este análisis. El artículo 26 del Código Civil y Comercial incorpora probablemente el cambio más notorio en el régimen de capacidad de los menores de edad con respecto al sistema del Código de Vélez Sarsfield. Como se ha señalado en muchas ocasiones, las innovaciones normativas que introduce fueron el resultado de un proceso de evolución⁽³⁾ que se inicia con la ratificación por parte de la Argentina de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁴⁾, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994, y continúa con las reformas de las leyes 26.061⁽⁵⁾ y 26.579⁽⁶⁾. En la época de la reforma se solía repetir la idea de que el cambio implicaba hacer que las personas menores de edad dejaban de ser “objetos de derecho” para

pasar a ser “sujetos” con autonomía. Como señaló Tobías –con pertinencia–, por más repetida que fuera esta afirmación, no era posible de buena fe negar que, en el régimen legal argentino, las personas menores de edad siempre fueron sujetos de derecho⁽⁷⁾.

Para que la discusión adquiriera algún tipo de sentido, debería plantearse en otros términos: es cierto que en el régimen original del Código Civil argentino, antes de la mayoría de edad, las personas no gozaban de la posibilidad de ejercer por sí mismas una serie de derechos, y que el nuevo ordenamiento ha previsto una serie de potestades nuevas a las personas que –desde la perspectiva del legislador que genera habilitaciones– cuentan con edad y grado de madurez suficiente para ejercerlas.

Desde esta perspectiva, el dilema que se presenta es claro e implica una decisión de tipo netamente jurídico: la autorización legal para el ejercicio de la capacidad implica reconocer a la persona en cuestión la libertad de elegir distintas alternativas y de imputar a esa persona la responsabilidad por las consecuencias de su decisión. A modo de ejemplo, cuando el art. 261 establece que las personas menores de trece años no tienen discernimiento para actos lícitos, ¿lo dice a partir del resultado de una investigación sobre las facultades cognitivas de los sujetos de esta edad? ¿o simplemente está estableciendo en abstracto una regla porque considera que no es conveniente que estas personas sean responsables jurídicamente por sus decisiones? La segunda opción se presenta como más plausible.

El artículo 26 presenta en particular, en cuanto se refiere al consentimiento de las personas menores de edad para actos médicos, un ejemplo de estas decisiones. Un verdadero reconocimiento de competencia en este caso debería implicar la aceptación de la facultad legal de tomar decisiones y su respeto, aunque esas decisiones puedan ser consideradas como equivocadas desde una visión canónica de la problemática. Esto –sin duda– no puede ser entendido como una exigencia de rigidez y la imposibilidad de plantear esquemas de asistencia (decisión conjunta con los progenitores, criterio médico), pero nos obliga a una revisión crítica del texto en miras a sus implicaciones prácticas y su efectiva concreción en una decisión que deba ser respetada.

En este sentido, la regla formulada y ciertos aspectos técnicos en su redacción son susceptibles de algunos señalamientos que se plantean a continuación en este trabajo y a partir de los cuales pueden pensarse mejoras para su redacción.

2. Método

Desde el punto de vista del método del Código Civil y Comercial y la explicación del tratamiento en esta sección, la Comisión redactora simplemente planteó que “El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”⁽⁸⁾. No parece muy claro cómo está logrado este ambicioso objetivo, ni la razón de su ubicación en el texto.

Como puede advertirse de la lectura del Código, establecida la regla general del ejercicio de los derechos a través de los representantes legales y la posibilidad por excepción de ejercer por sí los derechos en tanto la facultad le es reconocida por el ordenamiento jurídico, se advierte que el legislador se ha ocupado de incorporar al texto todas las habilitaciones que tradicionalmente tenían las personas antes de la mayoría de edad, e incorporar varias nuevas. A modo de ejemplo, podemos mencionar los arts. 595 –inc. f–, 596, 644, 645 –inc. d– y 677, todos

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el Código Civil y Comercial argentino*, por ÚRSULA C. BASSET, EDFA, 57/-3; *El nuevo Código Civil y Comercial y las personas con discapacidad: Fundamentos filosóficos*, por GABRIEL M. MAZZINGHI, EDFA, 64/-5; *El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad*, por MARIA FLORENCIA MALDONADO, EDFA, 81/-6; *El rol del juez frente a las personas con discapacidad*, por SERGIO NICOLÁS JAUIL, EDFA, 83/-4; *Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, por MARCELO J. LÓPEZ MESA, ED, 266-703; *El consentimiento o asentimiento informado*, por KARIN ALFIE, ED, 269-719; *La obligación internacional de los Estados de obtener el consentimiento informado en la realización de actos médicos: el caso “I. V. c. Bolivia”*, por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET, ED, 276-544; *Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos*, por NICOLÁS PILDAYN y MARINA M. SORGI ROSENTHAL, ED, 279; *El médico y la virtud de la prudencia en tiempos de pandemia*, por GERMÁN CALABRESE, ED, 289-1581; *Odonólogos. Responsabilidad civil profesional en tiempos de pandemia*, por DANTE GÓMEZ HAISS, ED, 289-1434; *La responsabilidad del médico especialista: necesidad de deslindar el casus de la no culpa*, por FEDERICO OSSOLA y JULIETA BOLLERO HAUSER, ED, 291; *Autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado*, por JESICA E. GRÜNBLATT PELOSI, ED, 292-344; *El derecho a la información de salud y el hábeas data específico*, por EDUARDO MOLINA QUIROGA, ED, 294-972; *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 295; *Derecho a la intimidad de los datos de salud*, por JULIÁN PRIETO, ED, 300-90; *La importancia del consentimiento informado en la configuración de la violencia obstétrica: apuntes a propósito del caso “Brítez Arce”*, por MERCEDES ALES URÍA, El Derecho Constitucional, diciembre de 2023, número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Profesor Titular.

(1) <https://dle.rae.es/libertad>, consultado el 17/05/2024.

(2) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

(3) Tobías, J. W., en Alterini, J. (ed.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 211.

(4) BO: 22/10/1990.

(5) BO: 26/10/2005.

(6) BO: 22/12/2009.

(7) Tobías, J. W., op. cit., p. 211.

(8) Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Fundamentos. Online en <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>, consultado el 13/08/2024, p. 33.

ellos en el libro segundo sobre las relaciones de familia, y referidos a los temas de adopción y responsabilidad parental. La única habilitación específica de capacidad que aparece en la sección 2.^a del capítulo 2 del Libro I es la prevista en el artículo 30, referida a la clásica posibilidad de la persona menor de edad con título habilitante para ejercer la profesión y administrar y disponer de los bienes que obtuviera como fruto de ella.

Cabe interrogarse si no hubiera sido mejor, desde este punto de vista, que todos estos temas sean remitidos a su tratamiento en relación con el régimen de responsabilidad parental. Como alternativa, también hubiera sido razonable abordar el tratamiento en el capítulo 3 del Libro primero referido a “Derechos y actos personalísimos”, donde se tratan –entre otros temas– las cuestiones referidas a la realización de actos de disposición sobre el propio cuerpo, al consentimiento informado sobre actos médicos y a las directivas médicas anticipadas.

3. Modo de abordar el tema de la competencia para la decisión

Como plantea la comisión redactora, fue su intención regular el tema “siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado”⁽⁹⁾. Es inevitable entender esto como una referencia al famoso caso “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, resuelto por la Corte de los Loes en 1985, en el cual se discutió el acceso a tratamientos anticonceptivos por parte de niñas menores de 16 años frente a la oposición de sus padres y a que ello tuviera lugar sin su autorización, estableciendo como criterio la posibilidad de hecho y en concreto del niño de contar con el entendimiento suficiente para poder consentir válidamente el acto en términos legales⁽¹⁰⁾. Como señala Famá: “El caso ‘Gillick’ inspiró el contenido de las legislaciones comparadas, donde se observan sintéticamente tres tendencias a la hora de regular el derecho de NNyA a tomar decisiones relativas al cuidado de su propio cuerpo: a) una primera se inclina por no marcar límites etarios para consentir determinados actos médicos, receptando el principio general de la capacidad o autonomía progresiva, y debiendo examinarse la madurez en cada caso concreto; b) una segunda vertiente tiende a fijar edades cronológicas inamovibles para prestar el consentimiento para determinados actos médicos; y c) una tercera opción combina criterios subjetivos y objetivos, de modo que la competencia médica es valorada en función de la edad y madurez del sujeto y de la complejidad del acto médico”⁽¹¹⁾.

Existen ciertos puntos de partida que se proponen sobre el modo de abordaje de esta cuestión. En primer lugar, los niños –y en particular los adolescentes–, cuando cuentan con edad y madurez suficiente, cuentan con la aptitud para participar en algún grado en las decisiones respectivas a su propia salud. Aun en el caso en que cuente con esta madurez, también debe brindarse la posibilidad al niño de decidir en qué medida quiere involucrarse en la decisión o contar con el apoyo familiar o parental. La capacidad decisional es difícil de evaluar dado que no se presenta en forma nítida, sino en un *continuum* donde pueden advertirse diversos grados para distintos tipos de definiciones. Finalmente, debe señalarse que, en miras al interés superior del menor, no todas las intervenciones que se establezcan en el proceso de toma de decisiones tienen el mismo peso y no puede ponderarse igualmente la consideración del niño, sus progenitores y el médico tratante, aunque todo ello siempre debe darse en un marco

respetuoso de los deseos y preferencias del paciente⁽¹²⁾. Tampoco debe caerse en una perspectiva individualista y, consecuentemente, se debe ponderar el grado de participación que corresponde a los progenitores en el contexto propio del respeto a la familia.

El Código Civil y Comercial aborda la cuestión siguiendo la segunda vertiente descrita, que no parece adaptarse estrictamente al precedente que supuestamente la inspira. En este sentido, sería más lógico establecer la regla de la capacidad cuando el niño o niña que solicitara el tratamiento demostrara contar con edad o grado de madurez suficiente, dejando subsidiariamente la representación parental, teniendo en cuenta el criterio médico y el interés superior del niño, en un contexto respetuoso del rol de la familia.

4. Invasivo/no invasivo – Riesgo/no riesgo

Este punto está mal resuelto por el artículo 26 y ha sido objeto de varios señalamientos. Como advierte Rivera, no necesariamente un tratamiento invasivo es riesgoso y uno no invasivo es no riesgoso y, por lo tanto, deben pensarse todas las combinaciones posibles. Califica el modo en que se ha legislado sobre este punto de “notable desprolijidad” y demuestra que analizado el texto en el sentido que normalmente se acepta sobre lo que es “invasivo” o “no invasivo”, conduce a soluciones sin sentido. Finalmente, señala que la ley omite dar una solución al modo en el que deben abordarse los tratamientos invasivos que no comprometen la salud y los no invasivos que la comprometen⁽¹³⁾. En un sentido similar, Famá dice que “se ha criticado la utilización de ciertas expresiones para caracterizar al acto médico, tales como la de ‘tratamientos invasivos y no invasivos’. Sin ánimo de extenderme en conceptualizaciones que creo deberán quedar en manos de la opinión médica, comparto con Rivera cuando concluye que lo relevante a la hora de calificar la modalidad del acto no debe ser tanto lo invasivo en sí (si se entiende como procedimientos o dispositivos invasivos aquellos que involucran instrumentos que rompen la piel o penetran físicamente en el cuerpo) sino el riesgo que cause para la salud, la integridad o la vida, tanto cuando se trate de aceptar una decisión autónoma del adolescente como cuando se deba resolver ante un conflicto de opiniones entre el joven y sus progenitores”⁽¹⁴⁾.

Por estas razones, de mantenerse el criterio de segmentación estricto por edades, debería revisarse la redacción actual del artículo 26, estableciendo un criterio único basado en el riesgo para la salud, la integridad física o la vida. Sin embargo, en este punto, corresponde advertir lo difícil que es en la práctica establecer un límite nítido entre lo que es riesgoso y lo que no lo es⁽¹⁵⁾, teniendo en cuenta que todo acto médico implica necesariamente algún nivel de riesgo.

5. Foco en el consentimiento

En línea con lo planteado en el punto anterior, se advierte que el modo en el que está redactado el art. 26 hace foco en la posibilidad que tiene la persona menor de edad de consentir el tratamiento. Pero, ¿qué sucede cuando no quiere consentir el tratamiento? ¿Cómo se debe valorar el riesgo? ¿Qué pasa cuando el riesgo se produce justamente por no consentir el tratamiento? (ej. Rechazar transfusiones sanguíneas o una apendicetomía). Esta cuestión sobre la negativa al tratamiento y la posibilidad de su revisión entre los 13 y los 16 años no parece claramente resuelta por el texto. Es razonable pensar como Tobías que, ante un tratamiento propuesto por los profesionales y cuando existe una negativa de la persona menor de edad, “si la decisión pone en riesgo significativo su salud, es viable la revisión judicial de la negativa”⁽¹⁶⁾, pero ello no resulta claro en el texto del artículo, y otras interpretaciones son admisibles.

El tema no se agota en este punto, dado que ello implicaría entender que frente a cada cuadro clínico existe solamente una alternativa de tratamiento que se puede consentir o no consentir. En muchas situaciones, y es-

(9) Anteproyecto de Código Civil y Comercial, op. cit.

(10) “In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law. Until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances. Emergency, parental neglect, abandonment of the child or inability to find the parent are examples of exceptional situations justifying the doctor proceeding to treat the child without parental knowledge and consent; but there will arise, no doubt, other exceptional situations in which it will be reasonable for the doctor to proceed without the parent’s consent”, opinión de Lord Scarman en House of the Lords, “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” and another, oct. 1985.

(11) Famá, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, la Ley, 2015-F, p. 463.

(12) Unguru, Y., “Decision Making for Children with Life-Limiting Illnesses: A Clinical Approach”, Journal of Health Care Law and Policy, vol. 15, 2012, p. 117-128.

(13) Rivera, J. C., “Vacunaciones obligatorias. Derechos de los menores de edad”, JA, 2023-II, 81.

(14) Famá, M. V. cit.

(15) Tobías, J. W., op. cit., p. 220.

(16) Tobías, J. W., op. cit., p. 221.

pecialmente en aquellas más complejas, pueden presentarse distintas alternativas terapéuticas, algunas invasivas y otras no, y que tienen cada una sus ventajas y riesgos inherentes con respecto al tratamiento de la enfermedad. El texto del artículo 26 no nos acerca ninguna pista sobre cómo se resuelven estos casos.

6. El “cuidado de su propio cuerpo”

Como señala Tobías, la expresión usada en el Código sobre este punto es particularmente ambigua y genera una serie de confusiones. Por un lado, menciona que la persona menor de edad, desde los 16 años, es “considerada” como un adulto (sin serlo), lo que implica un sinsentido desde el punto de vista jurídico. Si la decisión es habilitar la capacidad, es deseable plantearlo directamente en esos términos⁽¹⁷⁾.

Por otra parte, la referencia al “cuidado de su propio cuerpo” es problemática porque, más allá de las licencias literarias en la redacción, desde un punto de vista estricto no termina de quedar claro a qué se refiere. Solo por una cuestión de contexto, y dado que en el párrafo anterior se trata la cuestión del consentimiento de las personas entre 13 y 16 años para actos médicos, podemos decir que este último párrafo está planteando una continuidad y se refiere a una habilitación de capacidad plena de las personas para dar este consentimiento desde los 16 años. Pero la idea de “cuidado del cuerpo” excede largamente la del consentimiento para actos médicos y puede incluir cuestiones que van desde la higiene personal o la vida saludable, hasta decisiones sobre directivas médicas an-

ticipadas⁽¹⁸⁾, intervenciones quirúrgicas con finalidades estéticas o tatuajes⁽¹⁹⁾. Como mínimo, es deseable que el legislador no incurra en este tipo de ambigüedades y que, si la propuesta implica este criterio amplio, la cuestión sea debatida con la profundidad que amerita.

7. Conclusión

El artículo 26 del Código Civil y Comercial, en cuanto se refiere a la capacidad de las personas menores de edad con respecto al consentimiento para actos médicos, presenta serios defectos en cuanto al método y su redacción, que lo hacen inaplicable en casos complejos. Su redacción debe revisarse para incorporar más adecuadamente el principio de capacidad progresiva, resguardando el interés superior del niño y respetando el criterio médico en cuanto se refiere a su valoración en concreto.

VOCES: ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - SALUD PÚBLICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - BIOÉTICA - CONSENTIMIENTO INFORMADO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - RELACIÓN DE CAUSALIDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTIMIDAD - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - SECRETO PROFESIONAL - MEDICAMENTOS - CONTRATOS - OBLIGACIONES - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPARADA - PROFESIONALES DE LA SALUD

(17) Tobías, J. W., op. cit., p. 221.

(18) Famá, M. V., op. cit.

(19) Tobías, J. W., op. cit., p. 222.