

AUDIENCIA PÚBLICA EN SALTA

CONVOCADA POR LA COMISION BICAMERAL PARA LA REFORMA,
ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL

PONENCIA DE BEATRIZ ESCUDERO DE QUINTANA
DNI 12790066

REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 26 DEL PROYECTO

Son muchos los temas incluidos en los Libros Primero y Segundo del Proyecto de Código Civil que me afligen pues, en caso de aprobarse, la sociedad argentina se verá conmovida por una normativa ajena a su tradición jurídica, a las costumbres y valores de la mayoría del pueblo argentino.

Aprovechando la posibilidad de poder expresarme ante quienes tienen la responsabilidad de decidir sobre el destino del Proyecto y en la esperanza de colaborar para que la norma que se apruebe contribuya a generar una sociedad más justa, solidaria y humana deseo expresar mi punto de vista sobre el proyectado artículo 26, donde se regula la capacidad de los menores para adoptar decisiones respecto de su cuerpo y su salud.

A modo de introducción, cabe recordar que, como en el Código vigente, las personas menores de 18 años son básicamente incapaces de hecho, esto es, no pueden ejercer por sí solos los derechos que les competen, sino que éstos deben ser ejercidos por sus representantes legales. Pero, al mismo tiempo, reconociendo a todo el universo de niños como sujetos activos de derechos, se consagra lo que se denomina “capacidad progresiva de los menores” Esto significa que, ante cada caso concreto y frente a cada niño o adolescente, el juez, sus padres o las autoridades públicas, podrán entender que tiene suficientes conocimientos y experiencia para decidir por sí mismo, en algunos casos con el consejo de sus padres y en otros supuestos, sin asistencia... y sus padres y las autoridades están obligados a aceptar esa decisión. El nuevo enfoque legislativo se despoja de los clásicos criterios tutelares y asistenciales y, delinea un sistema de protección social para todos los menores basados en los nuevos paradigmas y en los estándares internacionales de derechos humanos. El fundamento de esta normativa es, pues, asegurar a los niños y adolescentes el mayor grado posible de autonomía y el respeto de sus deseos; la normativa tiene, sin embargo, la contrapartida de que no siempre es fácil decir frente a una decisión, si el menor está o no capacitado para adoptarla, tanto desde el punto de vista intelectual como del emocional, que debilita la autoridad de los padres y que pone en riesgo a los menores de ser manipulados por personas inescrupulosas

Ahora bien, hay actos respecto de los cuales el Código fija edades concretas en las que presume que todos los menores cuentan con la aptitud para decidir por sí mismos. Esto es, a lo largo del articulado se vislumbra un criterio mixto entre capacidad progresiva

según el discernimiento real del niño en el caso concreto y un sistema de presunciones de capacidad, establecidas a edades prefijadas.

Entre estos actos para los que se presume el consentimiento encontramos lo referente a los temas vinculados con la salud de los menores. El artículo 26 del proyecto presume que los niños desde los trece años tienen aptitud para decidir si se someten o no a tratamientos que no sean invasivos.

Respecto de los tratamientos invasivos, prescribe que los menores deben ser consultados y que, en caso de divergencia de opiniones entre éstos y sus progenitores o tutores, la cuestión debe ser decidida por juez competente, teniendo en cuenta el criterio médico y el interés superior del niño.

Los adolescentes mayores de 16 años, por su parte, son considerados como adultos para todas las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, de su salud y de su sexualidad; vale decir, que ellos deciden solos, como cualquier persona mayor de edad.

En la consideración de este artículo debemos recordar que la adolescencia es un período de profundas transformaciones fisiológicas y psicológicas, que marca el proceso de transformación del niño en adulto, es un período de transición que tiene características peculiares: un período de inmadurez física, afectiva, conductual, de capacidades en vías de desarrollo, y en la que, por tanto, las responsabilidades deben ser limitadas a la efectiva aptitud del niño para asumirlas.

De allí que considero peligroso el mantenimiento del artículo propuesto; la solución de considerar “adulto” a una persona a los 16 años, por la sola voluntad de la ley parece antojadiza y contradictoria con el principio de la capacidad progresiva de los menores y el superior interés de los niños. La madurez no sólo viene de la mano de la edad cronológica sino también de las condiciones familiares y sociales en que se desarrolló la vida del niño y el nivel educativo alcanzado; es de público conocimiento que hoy la población argentina es heterogénea en ese aspecto y por ello, tomar la decisión de fijar la edad de 16 años como el momento de inflexión para tomar decisiones que involucran al cuerpo del menor se exhibe como una solución riesgosa. Debo aquí recordar que el Comité de Derechos del Niño, órgano encargado por la CDN de supervisar la efectividad de los derechos en ella contenidos, ha sostenido, en diversas “Observaciones”, que los Estados partes de la CDN deben garantizar que los niños ejerzan sus derechos por sí mismo cuando estén en condiciones de hacerlo (el subrayado me pertenece)

Otro elemento a considerar en la consideración de esta norma es la posibilidad cierta de que cree tensiones en las relaciones entre padres e hijos. Conforme el art. 638 del Proyecto, los padres ejercen la responsabilidad parental entendiéndose por tal el conjunto de deberes y derechos que les corresponde sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Y voy a remarcar que, en lo que respecta al cuidado del cuerpo y la salud del niño, la responsabilidad parental se restringe en gran manera cuando el hijo alcanza los 13 años y desaparece cuando llega a los 16. La norma proyectada es, pues, al decir del Dr. Nicolás Laferriere, “fuertemente invasora de la intimidad familiar, deteriora en modo sumo la autoridad de los padres, necesaria para el orden familiar”. Un niño de trece años no podrá ser operado de apendicitis ni sometido a un necesario

tratamiento de ortodoncia si él no está de acuerdo...y el disenso deberá someterse al juez. Si, en cambio, tiene 16 años, su decisión será soberana.

Pensando nuevamente en el niño entre 13 y 16 años y teniendo en consideración la necesidad de decisión judicial en caso de controversia con sus padres o representantes sobre la necesidad de someterse a tratamientos invasivos debo señalar que se producirá necesariamente una demora en la aplicación de aquellos tratamientos "invasivos" y de ello se desprende el interrogante ¿no puede considerarse dicha demora como violatoria del derecho a la salud del menor? ¿traduce esta disposición una efectiva consagración del principio del interés superior del niño? ¿respeto lo dispuesto por el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud"?

Para dar respuesta a este interrogante debemos recordar que si un mayor de edad, cuando se transforma en paciente, se encuentra en estado de vulnerabilidad y, por tanto, no es absolutamente libre, no posee plena capacidad ¡cuánto más un adolescente! Sobre todo si consideramos el elevado nivel de ignorancia sobre temas médicos y jurídicos que se presenta entre los adolescentes de nuestro país. ¿No implicarán las presunciones y facultades del artículo que los adolescentes se encuentren desprotegidos, expuestos y con grandes probabilidades de ser abusados por personas inescrupulosas?

Finalmente, entiendo conveniente destacar que el artículo en análisis presenta, además, algunas imprecisiones entre las que podemos señalar:

- a) La presunción referente a que los adolescentes entre trece y dieciséis años tienen "aptitud" para decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos ¿es *iuris tantum* o *iuris et de iure*?
- b) ¿qué se entiende por "aptitud"? ¿implica que los adolescentes menores de dieciséis años pueden contratar a un médico o a un servicio de salud para que les realicen el tipo de tratamiento permitido? ¿o, por el contrario, una vez que decidieron someterse a un tratamiento no invasivo sus representantes deberán contratar por ellos?
- c) ¿qué se entiende por tratamiento? De la lectura de los fundamentos del proyecto pareciera que el artículo se refiere a tratamientos médicos, aunque podría tratarse también de tratamientos estéticos de variados tipos, dietas alimentarias, tratamientos psicológicos, etc.
- d) ¿qué se entiende por tratamientos invasivos? (técnicamente una inyección puede considerarse invasiva y la Ley de Ejercicio de la Profesión Médica no define tratamientos invasivos) ¿cómo puede determinarse "a priori" que un tratamiento médico, psicológico, cosmético no compromete el estado de salud ni provoca un riesgo grave en la vida o integridad física del menor? El interrogante es importante sobre todo porque muchos tratamientos de importante impacto en la vida de una persona, particularmente si es un menor, son generalmente considerados no invasivos: tal es el caso de numerosas prácticas llamadas "de belleza", o el consumo de píldoras abortivas, por citar algunos ejemplos.
- e) Si los menores de 16 años son considerados como adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo ¿podrían impartir directivas anticipadas u otorgar el mandato previsto en el artículo 60? ¿podrán donar sus órganos?

- f) Dado que se ha reconocido que el ejercicio de la autonomía requiere el cumplimiento de tres condiciones: la capacidad, el deseo y la oportunidad. ¿no puede considerarse una violación del derecho del niño a no ser agobiado con niveles de responsabilidad inadecuados a su desarrollo físico y maduración, el obligarlos a adoptar las decisiones previstas en este artículo, cuando no se sientan preparados para ello o simplemente no quieren adoptarlas?

Para finalizar deseo reiterar conceptos vertidos en Audiencias Públicas anteriores “Si el menor puede decidir sobre tratamientos médicos es evidente que podrá también decidir sobre todos los aspectos vinculados a su cuerpo (es decir a su persona) ya que en derecho quien puede lo más puede lo menos. Y si a los 16 es considerado adulto para todo lo relativo a su cuerpo, imaginemos que el menor hasta podrá disponer un cambio de sexo sin necesidad ni siquiera de informar a sus padres, ya que así lo establece el art. 26. Verdaderamente, se advierte un exceso”.

Y también que, “según el texto proyectado los padres se transforman en obligados a los alimentos hasta la edad máxima de 25 años según los casos (art. 663), pero desde que el hijo tiene 13, ni siquiera se les ampara el derecho a estar informados de los acontecimientos o circunstancias por las que atraviesan los menores, ya que, cualquier médico que por alguna razón intervenga respecto del menor en tratamientos no invasivos, o invasivos si el menor ya cumplió los 16 años, no sólo no debe informar a sus padres, sino que además está obligado a guardar secreto sobre lo acontecido con el menor. ¿Por qué se procura apartar a los padres de los acontecimientos por los que atraviesen sus hijos? ¿Qué familia tiene in mente el codificador y su equipo cuando proponen a la sociedad que los menores se cuiden por sí mismos y que ante divergencias con sus padres, resuelva el estado?”

Por todas las razones expuestas creo que deberían suprimirse los párrafos analizados y es eso lo que he venido a solicitar a los señores legisladores para que, en caso de aprobarse el proyecto de unificación, nuestros niños y adolescentes cuenten efectivamente con la protección de su vida y su salud que les garantizan la Constitución Nacional y de la Provincia de Salta y los tratados internacionales de los que nuestro país es parte.