

Universidad Siglo 21



***MENOR ADOLESCENTE Y
LAS DECISIONES SOBRE
SU CUERPO.-***

Trabajo final de grado

Abogacía

Valeria Beatriz Gonzalez

Año 2.014

ABOGACIA

“Todo lo que se les dé a los niños, los niños lo darán a la sociedad.-”

Karl Menninger

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo será aportar elementos válidos para considerar desde la legislación y la medicina en nuestro país, al analizar los diferentes parámetros del derecho que deben aplicarse respecto a la autonomía de la voluntad e intimidad del menor adolescente, para decidir respecto a los tratamientos médicos en su beneficio, cuando no sea perjudicial para el mismo, priorizando el derecho a la dignidad e integridad personal. Se realizara desde una metodología descriptiva y exploratoria, la estructuración de conceptos fundamentales como la dignidad, base de los derechos que deben ser garantizados a todos los seres humanos; la autonomía de la voluntad, y con respecto al status del niño como punto central del trabajo desde el análisis de la capacidad jurídica, en contraposición a la competencia bioética de los menores, reconocida hoy en muchos países, a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con el principio del interés superior del menor, reconociendo el derecho a ser escuchado; analizando condiciones personales de discernimiento, comprensión y grado de madurez en cada caso específico que le permitan su libre determinación. En la actualidad, con deslumbramientos en algunas leyes de protección integral de las niñas, niños y menores adolescentes del ordenamiento regional, pero que todavía no ha podido alcanzar una determinación específica en nuestro ordenamiento jurídico, siendo la controversia entre la doctrina tradicionalista o paternalista receptada por nuestro Código Civil, donde rige el principio de capacidad jurídica, y quienes a adhieren a una concepción de protección integral, biojurídica, para la cual debe ser considerado el principio de autonomía de la voluntad en todos los seres humanos, sin distinción por la edad, considerando la competencia jurídica.-

ABSTRACT

The main goal of this thesis will be to provide valid elements in order to considerer, from local legislation as well as from Medicine in our country, different legal criteria to be applied concerning the right to privacy and free will of children and teenagers when it comes to choosing and deciding a medical treatment, as long as those decisions do not compromise their and wellbeing in any way and always taking under consideration that the right to dignity and personal integrity are the priority. Descriptive and exploratory methodology were here used to develop fundamental concepts such as Dignity, the basis for all rights, reason for which must be guaranteed to all human beings and Free Will. Also the child status, as a central topic of this work, will be approached from a thorough analysis confronting legal capacity and bioethics competence concerning minors, which has already been acknowledged in many countries since the International Convention on the Rights of the Child, which established the interest in the child's welfare as an important principle, granting him or her the right to be heard, analyzing his or her judgment, understanding and maturity to be given the right of free will. Nowadays we find certain breakthroughs regarding the integral protection of children and teenagers in the regional law, but in our country we still haven't been able to achieve a total and specific determination on said topic in our local legislation. The controversy now takes place between our Civil Code and a modern "bio-judical" integral protection conception, since the first one follows the traditional doctrine and therefore the legal capacity principle is the one in force, meanwhile the second one supports the idea that free will is also a principle and as such all human beings must be allowed to it, regardless any distinction of age but considering only their legal competence.

Agradecimientos

Por el apoyo incondicional de mis padres, Mabel y Pelusa, debo agradecerles de manera especial, por su guía y contención en esta búsqueda de un sueño, hoy posible alcanzar.-

A los docentes que brindan su capacidad, compartiendo sus conocimientos con aquellos que llegan a sus clases dispuestos a escuchar, otorgando las herramientas de la profesión y el aporte humano, invaluable en nuestra formación.-

A mis hermanos, especialmente a Vanesa, porque sos la razón de esta investigación y nunca dejaste de creer en mí.-

Quiero también expresar mi agradecimiento más profundo a los amigos y familias que acompañaron en este tramo del camino.-

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art (s).	Artículo (s)
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño de 1989
Cfr.	Confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CNU	Carta de las Naciones Unidas
Código Civil (2012)	Anteproyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
HCD	Honorable Cámara de Diputados
Inc.	Inciso (s)
Nº	número (s)
Ob.	Obra
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
Sigs.	Siguientes
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INDICE.-

ABREVIATURAS Y SIGLAS	5
I.-INTRODUCCION	9
II. - OBJETIVOS.....	11
1.1. - Objetivo General	11
1.2. - Objetivos Específicos	11
2. - Justificación	12
III. - ANTECEDENTES DOCTRINARIOS, LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES	14
1. - Comienzo de la Doctrina de Protección Integral.....	14
2. - Los Principios Dignidad y Autonomía	16
2.1. - Dignidad	16
2.2. - Autonomía	18
3. - El Derecho a la Salud	21
IV. - LOS MENORES ADOLESCENTES Y EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	23
1. -Capacidad Principios Generales	24
2. - Capacidad Progresiva de las Personas Menores Adolescentes.....	26
3. - Autonomía de la Voluntad Principios Generales.....	30
4. - Autonomía Progresiva del Menor Adolescente.....	32
V. - PRINCIPIOS BIOÉTIICOS.....	36
1. - Origen y Evolución.....	36
2. - Aplicación respecto al Menor Adolescente	40
VI. - COMO DETERMINAR LA COMPETENCIA DE UN MENOR ADOLESCENTE EN EL ACCESO A LA SALUD	42
1. - Teorías de la Evolución del Adolescente	43
2. - Parámetros para evaluar Competencia en Particular	45
VII. - CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	48
1 - El Discernimiento como elemento característico	51
2. - Relación con los intereses de los padres.....	52
VIII. - MEDIDAS Y HERRAMIENTAS DEL SISTEMA DE SALUD....	54
IX. - INTERVENCIÓN JUDICIAL	56

X. - PROYECTO DE LEY. REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012.....	58
1. – Capacidad De Los Menores En El Proyecto Del Código Civil Y Comercial 2012	60
XI. - CONCLUSIÓN FINAL.....	67
XII. - ANEXOS	69
1. - ANEXO TABLAS.....	69
2. - ANEXO NORMATIVO.....	70
3. - ANEXO FALLOS JUDICIALES	74
XIII. –BIBLIOGRAFÍA	121
1. – DOCTRINA.....	121
2. – LEGISLACIÓN	123
XIV. - WEB SITE.....	124

I.-INTRODUCCION

Nuevas formas de relacionarse, valoraciones colectivas y personales, y el derecho acompaña estos nuevos hechos, intentando actualizarse a los modelos de la sociedad y en al núcleo más importante, la familia, proporcionando un marco jurídico para la protección de los individuos.-

Por medio del derecho constitucional se ha observado un gran cambio con respecto a la postura sobre los derechos esenciales de los individuos; derechos fundamentales reconocidos en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, que proporciona cada vez un más amplio marco para el ejercicio de la libertad individual.-

Ahora bien, ¿qué sucede cuando este libre ejercicio de expresar la voluntad es realizado por personas menores de edad? Si bien se les reconoce su igualdad en los derechos esenciales en diferentes tratados internacionales, convenciones de los derechos humanos, derechos del niño, y en la misma constitución argentina se realiza, en una gran mayoría, desde una perspectiva paternalista, la cual tiene como esencia proteger al menor de edad, quien se considera que no ha alcanzado su capacidad plena. Esto plantea una contradicción con la competencia reconocida por la bioética, donde se les reconoce a los menores, la facultad de aceptar o rechazar un tratamiento médico.-

En el desarrollo del presente trabajo se investigará las condiciones necesarias para el posible ejercicio de decisiones con autonomía de los menores adolescentes entre trece y dieciocho años respecto su propio cuerpo.-

Por consiguiente se intentará explorar, por medio de ciertas determinaciones de la capacidad, autonomía de la voluntad y principios de bioética, cuál es la competencia de los menores adolescentes, como la posibilidad concreta de decidir por sí mismos y en qué circunstancias las puede y debe valorar el personal de la salud logrando el equilibrio en aquellas situaciones donde el profesional galeno, por las cualidades propias de su posición, determina acciones contrarias a los deseos del paciente menor de edad. Tal circunstancia, a prima facie, contraría los principios antes mencionados, según los cuales el menor tiene pleno derecho de hacer

prevalecer su decisión ejerciendo el derecho a su libre determinación, siendo él quien elija lo mejor para su dignidad humana, cuando logre una clara y completa comprensión del diagnóstico o tratamiento aconsejado, así como sus consecuencias positivas y negativas. Tal decisión debería ser respetada aun cuando sea en contraposición a la postura paternalista adoptada por nuestra legislación donde el Estado tiene la obligación de cuidar la salud y la vida, frente a la libertad personal y al libre desarrollo de los menores conjuntamente con los derechos y obligaciones de quienes tienen el ejercicio de la patria potestad, que actúan en protección y cuidado de los menores.-

Se anhela así llegar a conclusiones que determinen condiciones estándares que deban ser contempladas en el ordenamiento jurídico argentino, en el caso de los menores adolescentes para ser oídos en lo referente a procesos de salud y considerarlos autónomos para la toma de decisiones sobre su cuerpo.-

II. - OBJETIVOS

1.1. - Objetivo General

Analizar las condiciones necesarias y suficientes en el ordenamiento jurídico argentino en el caso de los menores adolescentes, es decir aquellos mayores de trece y menores de dieciocho años, para considerarlos autónomos para la toma de decisiones sobre su cuerpo.-

1.2. - Objetivos Específicos

- Establecer la diferencia entre la competencia considerada desde la bioética, con la capacidad de los menores según nuestro código civil.
- Determinar cuáles son los parámetros idóneos para considerar al menor competente en sus decisiones.
- Conocer las normas que rigen el consentimiento informado.
- Comprobar si el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los menores en los procesos médicos debe ser considerado sobre el derecho de los padres o tutores de velar por sus hijos.
- Analizar las facultades reconocidas a los menores por la normativa vigente de nuestro país.
- Explicar desde los principios de la bioética el rol del profesional de la salud.
- Analizar la doctrina comparada respecto a la autonomía de la voluntad y capacidad de los menores.
- Identificar los derechos humanos consagrados en las diferentes Convenciones como en la Constitución Nacional.

- Analizar la reforma del 2012, propuesta en el Código Civil en el Art 26., Capítulo II, Capacidad, Sección 2°.

¿Los profesionales de la salud se rigen por principios bioéticos ante la valoración de las situaciones con menores de edad?

¿Hay circunstancias relacionadas con el sistema de salud donde se considera que el menor es tiene plena autonomía sin considerar su edad?

2. - Justificación

Se considera importante la elaboración del presente trabajo de investigación, ya que abarca la consideración de derechos innatos al ser humano, como los define Llambías: *“conjunto de prerrogativas que corresponden al hombre por su condición de tal desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte son los denominados derechos personalísimos”*¹, por lo cual una disminución o privación significa una violación a la persona, tutelado por el derecho a la integridad física y la dignidad de la persona.-

Todos los seres humanos sin importar en el grado de capacidad tenemos derecho a la vida, a la libertad, a la integridad corporal, la dignidad humana, a la salud, por lo cual considerando estos principios y los cambios que acontecen en nuestra actualidad, avances sociales, avances en las ciencias médicas, en menester otorgar una correcta protección a los menores adolescentes, sin coartar sus derechos personalísimos.-

En el interés por proteger a los menores de edad respecto sobre su propio cuerpo no se debe extralimitar ciertas decisiones que sean ajenas a sus deseos, en la importancia de que sean oídos, y dichas opiniones valoradas, se puede observar que hay maduración social en algunos aspectos de la medicina. Por tal

¹Citado en Proyecto de Ley (Expte. 46941), por Amalia Monserrat, 7 de noviembre de 2007 -1ª Reunión, Honorable Cámara de Diputados de Mendoza- 1ª Sesión de Tablas, pág. 31, Servidor H.C.D./Diario de Sesiones/EXT N° 1 del 7-11-07 (TRANSP. LIBRE ENFERMO DE SIDA). <http://www.hcdmza.gov.ar/diariosdesesiones/071107.doc>. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2013].

motivo lo que se pretende en el presente trabajo es determinar la correcta protección jurídica para lograr una yuxtaposición adecuada en el ejercicio de la autonomía de voluntad de un menor adolescente, y la protección que se le otorga en relación a la capacidad, sin extralimitarse en aspectos de su esfera privada.-

Recientemente en el caso Albarracini Pablo, la Corte Suprema de Justicia, sentó jurisprudencia en el privilegio a la libertad de culto, como lo había hecho en el caso Bahamondez, primer precedente en nuestro país; y si bien estas personas no eran menores de edad, por lo que se los considera con capacidad plena, lo cual presupone el actuar con discernimiento, destaca, la libertad de la persona para determinar su desarrollo, según los parámetros que ellos consideran, por pertenecer a los derechos reservados a su intimidad. Enfatizando el derecho de todos los hombres, sin discriminación, de disponer de su vida, su cuerpo, sus actos para la construcción de una forma de vida, cuando la decisión es tomada con pleno discernimiento, el que deberá ser considerado como uno de los aspectos principales a debatir cuando los titulares de ellos sean menores adolescentes entre trece y dieciocho años.-

Se procura por medio de este trabajo aportar elementos válidos para el debate que, desde la legislación y la medicina en nuestro país, se han ido incorporando en la actualidad y ante todo está el resguardo de la dignidad de la persona, el respeto de su autonomía de voluntad y su intimidad, reconocido por los textos constitucionales. Tales derechos y garantías deben ser conferidos a los menores adolescentes en el grado de su autonomía de voluntad, por condiciones personales de discernimiento, madurez que le permita su libre determinación, distintos a la edad.-

III. - ANTECEDENTES DOCTRINARIOS, LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

1. - Comienzo de la Doctrina de Protección Integral

Mucho se ha avanzado en el camino de los Derechos Humanos, desde la mitad del siglo XX con posterioridad a la segunda guerra mundial, con un definido enfoque en la protección de la persona, en sus derechos personalísimos, bajo el principio "pro homine", explicado por la CIDH, buscando soluciones más favorables a los derechos de las persona y, pasando por modelos proteccionistas puros, con perspectivas restrictivas - concepción paternalista- del modelo que consideraba al menor "incapaz", y foco de la necesaria protección de los padres, tutores y el Estado; hasta un nuevo paradigma, que busca adecuar la protección de los derechos personalísimos, con el reconocimiento de la persona de actuar con *autonomía de voluntad*, con un único límite: que no ocasione daños a terceros en sus derechos fundamentales. Asimismo, dicho avance también se puede observar respecto a la inviolabilidad de la persona humana y el principio de dignidad de ésta, fundando en la concepción de respeto por los derechos humanos, los principios para la protección de los menores en desarrollo.-

La primera Declaración de Derechos del Niño en 1924, se reconoce que a los niños se les debe "*lo mejor que se tenga para ofrecer*"; La Carta de las Naciones Unidas de 1945, se establecen las primeras disposiciones sobre los derechos fundamentales, que van a sentar las bases en el Derecho Internacional, sobre la dignidad y el valor de la persona humana, libertad, y demás derechos esenciales de la persona, promoviendo el respeto por dichos derechos.-

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948, reconoce *la dignidad y los derechos iguales e inalienables a todos los seres humanos por igual*; y hace especial mención a los derechos de la niñez en su art. 25, *reprochando las diferencias y estableciendo una igualdad de protección social para todos los niños.-*

En su artículo 1 dispone: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos y los otros”*, y en su artículo 25, establece: *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*, y en el artículo 7, proclama que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”*². –

La Declaración de los Derechos del Niño, del año 1959 sienta los principios que serán reafirmados en la Convención de Derechos de niños aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1989, al establecer que *“El niño disfrutara de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”*³.-

La CDN marca el cambio del paradigma en lo referido a la niñez, con respecto a la concepción de la infancia y los menores adolescentes, con el modelo de protección integral de derechos, contrastando la nueva forma de ver a los menores como “sujetos de derecho”, titulares también de todos los derechos inherentes a la persona reconocidos a los adultos, con la adopción de medidas específicas para los menores en desarrollo al reconocer derechos propios de su condición de personas en crecimiento, en todos los aspectos de la vida social, económica y jurídica.-

Otros documentos que también tuvieron injerencia en la nueva realidad de los menores adolescentes, son por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto de San José de Costa Rica (CADH) (1969); La Declaración de Derechos de la Mujer y el Niño (1974); La

²Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>[Fecha de consulta: 16 de agosto de 2012].

³Declaración de los Derechos del Niño de 1959. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2013].

declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975); las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas de los años 1985 y 1986.-

2. - Los Principios Dignidad y Autonomía

2.1. - Dignidad

*Dignidad: cualidad de digno. Merecedor de algo correspondiente, proporcionado al merito y condición de alguien o algo*⁴. Se evidencia en su definición cierta ambigüedad, al hacer referencia a una valoración de consideraciones para uno mismo u otros, no siendo para todas las personas los mismos parámetros en la toma de decisiones que afectan el desarrollo de la vida, pero existe una coincidencia en los que se refiere al valor absoluto como parte de la misma condición humana.-

La dignidad humana es una condición inherente de todo ser humano, como tal, de carácter permanente y perpetuo mientras viva. Siendo en la actualidad considerada como la base de respeto hacia las personas, de la cual se originan los derechos humanos, por su carácter de calidad intrínseca de todas las personas. La cual está ligada el ejercicio de la libertad, a la autonomía de su voluntad, el poder de tomar sus propias decisiones en lo referente a los que desea para su plan de vida, en el sentido que implica proteger las formas legítimas de la autodeterminación humana.-

Así se reconoce en la actualidad el valor supremo y absoluto de la dignidad sobre el conocimiento de su determinación personal, de su propio ser y valoración. Encontrando en la elección de un modelo de vida, lo que cada ser humano percibe de cómo ser tratado, según lo que considera justo para sí mismo.-

El Dr. Carlos S. Nino se refiere al principio de dignidad de la persona al sostener que *“prescribe que los hombres deben ser tratados según sus*

⁴Real academia Española. Diccionario de la lengua española. 22º Ed. [Versión electrónica]. [Fecha de consulta: septiembre de 2012].

decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento” (Nino, Carlos S. 1989, p. 287). Y la dignidad como la persona dice, se ve menoscabada cuando no se toman en serio las decisiones individuales, las creencias y opiniones, por eso se debe intentar comprender la voluntad del individuo, diferenciado de meros deseos, cuando sean consciente de sus consecuencias y acordes a su plan de vida, con lo cual significa que la persona asimila sus acciones, manifestando la relación entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de dignidad humana (Nino, 1989).-

El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano de España, respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina) de 1997⁵, en el artículo 1, reconoce como objeto y finalidad proteger *“la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizar a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina”*. Siendo la dignidad e identidad partes intrínsecas de la personalidad, un conjunto de características, pensamientos, creencias que determinan diferentes formas de actuar que deben ser tutelados y respetados para satisfacer un actuar libre de las personas.-

En la CN Argentina se encuentra reconocido en forma implícita en el preámbulo, en cuanto dice, *“... con el objeto de constituir la unión nacional, alcanzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar social, general y asegurar los beneficios de la libertad...”*; esto compromete al Estado a respetar la dignidad humana, como persona individual, con sus derechos y garantías. Asimismo en el artículo 33, determina reconocer que los derechos implícitos nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. No obstante, con la reforma constitucional de 1.994 la Constitución Nacional incorpora a su par, en la cúspide de la pirámide jurídica, instrumentos internacionales que reconocen el principio de la dignidad humana en el artículo 75, inc. 22al reconocer a los Tratados Internacionales jerarquía superior a las leyes.-

⁵ Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia. Miércoles 20 de octubre de 1999, [Versión electrónica]. [Fecha de consulta: septiembre de 2012].-

La ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, reconoce en forma manifiesta el derecho a la dignidad e integridad personal de los menores en su art. 9⁶, abarcando en un sentido amplio todo lo inherente al desarrollo de los menores desde aspectos espirituales, físicos, psíquicos y emocionales, comprendiendo desde el derecho a la vida, al “derecho sobre su propio cuerpo”, aquí se debe incluir lo referido a la salud, pudiendo el menor ser escuchado en lo que se refiere a tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, y todo lo que se encuentre dentro de su capacidad de comprender y que determine la forma de su desarrollo, según su valoración de lo que es digno para sí mismo.-

2.2. - Autonomía

Autonomía, condición de quien, para ciertas cosas no depende de nadie⁷.-

La autonomía expresa la capacidad para darse normas o reglas a uno mismo sin influencia de presiones externas o internas. El principio de autonomía tiene un carácter imperativo y debe respetarse como norma, excepto cuando se dan situaciones en que las personas puedan no ser autónomas o presenten una autonomía disminuida, lo cual deben ser asistidos por un representante. La persona no debe ser influenciada ni controlada por nadie, debiendo recibir una correcta y completa información, con la explicación de los beneficios, riesgos y alternativas. Se evidencia el principio del consentimiento informado, para favorecer toma de decisiones autónomas, con el reconocimiento al derecho de participar en todo lo que respecta un cambio en su esencia como individuo (Beauchamp y Childress, 1979).-

La Constitución Nacional, determina el principio de la autonomía de la voluntad directamente del derecho a realizar cualquier acto que no perjudique

⁶Ley 26.061, art. 9 “DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante”.-

⁷Real academia Española. Diccionario de la lengua española. 22º Ed. [Versión electrónica]. [Fecha de consulta: septiembre de 2012]-

a terceros, el orden, o la moral pública, protegiendo así todos los actos privados de las personas y priorizando la libertad de obrar en lo relevante para su vida⁸.-

El “principio de la autonomía de la persona humana” establece que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida, igual que los demás individuos, para no menoscabar la realización de interés de los individuos. Cuando se trata de intereses particulares, no se debe limitar a los planes de vida e intereses particulares en beneficios de otros, sólo deberá interferir cuando los bienes en discusión sean de igual jerarquía y en consecuencia con el bien común e interés colectivo, desde un *enfoque utilitarista*; en contraposición del *enfoque perfeccionista*, que establece que la misión del Estado, por medio del derecho, es regular todos los aspectos importantes de la vida humana (Nino, 1989).-

Este es el caso de los menores de dieciocho años que, según el Código Civil y visto desde el principio paternalista, no tienen la plena capacidad. No pueden decidir por sí mismos cosas respecto de la salud, pues se antepone la obligación del Estado de cuidar la salud y la vida, frente a los derechos de la dignidad de la persona del menor adolescente, limitando así su libre desarrollo de la personalidad ya que deber aceptar, según esta concepción y el principio de beneficencia que promulga actuar en beneficios de otros, lo que deciden los padres, tutores o representantes legales y el profesional de la salud.-

Tal realidad que se encuentra en contradicción absoluta con el principio de autonomía de la voluntad, cuando dadas las circunstancias, aun el menor sin capacidad plena puede ser quien elija lo mejor para su dignidad humana.-

Carlos Nino en su obra desarrolla otro principio, el de *inviolabilidad de la persona humana*, el que se relaciona con la dignidad y autonomía, por el cual determina que no se debe someter a ningún ser humano contra su voluntad a realizar actos que para su persona impliquen un sacrificio en su plan de vida, de lo contrario se limita su libertad como ser humano (Nino, 1989).-

En la jurisprudencia, un caso que marcó una tendencia a respetar la decisión del paciente, fue el caso “Bahamondez”, aunque no aceptaba realizar una transfusión en relación a sus creencias, jerarquizando los derechos antes

⁸Artículo 19 de la Constitución Nacional: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de las autoridades de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

expuestos, al declarar que nadie puede ser sometido contra su voluntad a tratamientos clínicos cuando al expresar su voluntad tenga entendimiento, aun cuando ponga en peligro su vida, en ejercicio del artículo 19 de la Constitución Nacional según el cual todos los hombres pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vida; y si bien es distinto el trato referido a los menores de dieciocho años, es adoptado una mayoría en escuchar a los menores respecto a su decisión.-

En este proceso, la CDN, como se destacó ut supra, es el instrumento que realiza el más amplio reconocimiento y protección de los menores, destacando los principios fundamentales en el ámbito jurídico para el ejercicio de los derechos inherentes a los niños y adolescentes; reconoce el pleno desarrollo físico, mental, social y declaró los principios de la autonomía progresiva, en el ejercicio de los derechos sobre su opinión y expresión. Reconoce la universalidad de derechos inherentes a los niños y adolescentes, la dignidad humana, el desarrollo, en conjunción con los demás derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.-

Autonomía progresiva, se basa en reconocer a los menores, niñas, niños y adolescentes, como sujetos de derechos, en el artículo 12 de la CDN, otorgando el derecho de participación, en oposición a la capacidad jurídica, reconocida por la mayoría de legislaciones, a partir de los 18 años. De esta forma, se llega a la concepción de que todos los seres humanos poseemos igualdad jurídica, ergo poseemos los mismos derechos y en igualdad de condiciones, integrándolo con todos los tratados de derechos humanos.-

La ley nacional 26.061, otorga un reconocimiento a esta cosmovisión de la autonomía progresiva en todo su articulado en la protección integral del niño, pero en particular en los artículos 3, 19 y 24, donde destaca que debe ser oído según su *“edad, grado de madurez capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”* (art. 3, inc. d), *“tener sus propias ideas... según el desarrollo de sus facultades”* (art.19, inc. a) y el derecho a ser oído y valorar sus opiniones *“tenidas en cuenta conforme su madurez y desarrollo”* (art. 24, inc. b). Resaltando los derechos del menor en la relación paterno filial, considerando la personalidad del niño, y propiciando una nueva forma en la relación donde se debe respetar sus necesidades en cada ciclo de su desarrollo,

escuchando sus manifestaciones para pasar a ser una parte activa donde se reconoce su autonomía en el ejercicio de derechos fundamentales en las diferentes etapas de su crecimiento. Se advierte al menor como “sujeto de derecho”, que a medida que crece adquiere mayor discernimiento y conciencia para comprender sus acciones, y decidir sobre si mismo.-

En el actual proyecto de reforma del Código Civil (2012) donde trabajó la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en los aspectos referidos a principios de la bioética, se plantea como una de las reformas; la capacidad de los menores de edad, respecto a su participación y la consideración de sus opiniones al ser menores de dieciocho años y mayores de trece años, lo cual podría generar un marco legal para el ejercicio de la voluntad en ciertos aspectos.-

3. - El Derecho a la Salud

El derecho a la salud está implícito en el derecho a la vida, y también a una buena calidad de vida, es un derecho básico que se reconoce a todas las personas a través de los derechos humanos fundamentales para su desarrollo del plan de vida personal. Y de forma explícita en la CN después de la reforma de 1994.-

La Organización Mundial de la Salud, define a la salud como “*estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”⁹, comprendiendo todos los aspectos de la vida del ser humano, social, económico, espiritual, intelectual y cualquier fase para su pleno desarrollo.-

Este derecho abarca también lo referido a una adecuada atención médica, teniendo por consiguiente ciertas particularidades en caso de los niños, niñas y menores adolescentes, a los cuales se les deben brindar programas de asistencias integrales, campañas para conocimiento por medios de difusión y el acceso libre e indiscriminado a los servicios sanitarios. La ley 26.061 reconoce estos principios en su art. 14, no discriminación, accesibilidad física y económica. La Ley 448 de Salud Reproductiva y Procreación responsable de

⁹Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 – OMS - <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

la ciudad de Buenos Aires, marcó una gran referencia a la legislación posteriormente dictada, en lo referido al derecho a la salud sexual por parte de los niños y adolescentes, enfatizando las posturas de nuestra jurisprudencia con el fallo dictado por el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires (14/03/2003), cuando la Liga de Ama de Casas, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro-familia solicitaron se declare la inconstitucionalidad del art. 5, por estar dirigido especialmente a las personas de edad fértil y el art. 7 por desarrollar los contenidos del derecho a la salud sexual y procreación, lo cual fue rechazado declarando de forma unánime la constitucionalidad de la ley antes mencionada.-

IV. - LOS MENORES ADOLESCENTES Y EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando se hace referencia al concepto de persona estático como lo define nuestro C.C. a partir del art. 30 “... *son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones...*”, se hace respecto a la aptitud jurídica que se le reconoce, está directamente con el concepto de la capacidad jurídica. Ergo no se considera aspectos dinámicos como la personalidad, su carácter de individuo único de cada ser humano, que posee conciencia de elección y dispone de plena libertad para su ejercicio, según su propia valoración de los que considera mejor para su desarrollo, y que por ser persona posee dignidad, que le es propia y lo diferencia de otros seres. (Loyarte Dolores y Rotanda Adriana, 1995).-

Todos los seres humanos somos sujetos de derecho, con dos características fundamentales autonomía y personalidad. Somos personas titulares de derechos desde que nacemos hasta el fin de nuestra existencia, (teoría del nacimiento). La personalidad, es una particularidad esencial de cada ser humano, y solo para este ser humano, con su libertad, su discernimiento, y capacidad de derecho y de hecho, porque no todos podemos ejercer los mismos derechos, encontramos así la capacidad restringida, por caso; en el ámbito del derecho de familia; un tutor no puede contraer nupcias con su pupilo, hasta que esta cese. En lo que compete al presente trabajo, se debe priorizar el atributo de la personalidad de cada niño, y hablar de capacidad progresiva, no limitándose a la edad como el elemento primordial para determinar si un niño, niña o menor adolescente comprende lo que es mejor para su propio cuerpo, su desarrollo, si entiende los beneficios o riesgos de sus elecciones, porque es un ser humano que posee dignidad y derechos personalísimos que solo a él determinan, con sus pensamientos, sentimientos, actitudes y hábitos de conducta.

“La personalidad se construye con el devenir del tiempo. Si bien nacemos con ciertas características propias, nuestra personalidad se va estructurando a través de la interacción e influencia de terceros y del medio circundante. No resulta concebible un ser humano -ergo, persona - carente de

personalidad, esto es, de aquella característica forjada en la interacción social” (Ciruzzi, María Susana, 2.011, p. 10).-

La personalidad conlleva con ella derechos inherentes que son las facultades o poderes que las normas atribuyen a la persona solo por ser tal, y que son intrínsecos de su propia naturaleza, como la vida, el honor, la dignidad, la autodeterminación, el desarrollo de la propia imagen; los niños en el trascurso de su vida atraviesan diferentes circunstancias, individualizadas por cada grupo al que pertenecen y en donde evolucionan en plazos temporales que no pueden ser solo determinados por la edad, si no definidos por madurez que este adquiere al desenrollarse y donde hacen efectivo el respeto sobre su libertad como sujetos de derecho.-

1. -Capacidad Principios Generales

Para delimitar el alcance de los derechos de las personas menores adultas, es necesario que se desarrollen ciertos conceptos como la capacidad y la autonomía progresiva.-

En el marco de la concepción de nuestro C.C. el desarrollo del niño y/o menor adolescente se encuentra relacionado con un modelo de familia patriarcal, proteccionista donde en las relaciones de este núcleo las manifestaciones en el desarrollo del menor se ven limitadas por las decisiones que toman sus representantes, padres, tutores e incluso el Estado, en pos de su mayor beneficio, dado que se los considera “objeto de protección” de los antes mencionados, y no “sujetos de derecho”, como se los considera para la nueva cosmovisión de la protección integral de niños, niñas y adolescentes.-

Se desglosa de la definición que da el C.C. de patria potestad, como el conjunto de derechos y obligaciones que se les concede a los padres en favor de sus hijos desde la concepción o adopción, hasta alcanzar la mayoría de edad de los mismos, por lo cual desde la visión paternalista considera a los menores desde un estatus jurídico, como incapaces que necesitan protección y las

decisiones sobre lo inherente a sus personalidades se las atribuye a sus representantes (Art. 264. C.C.).¹⁰

Capacidad definida como... “aptitud de una persona de ser titular de relaciones jurídicas // Aptitud de una persona física para actuar por si misma en la vida civil // Derecho de la persona a la que le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le estén expresamente prohibidos, independientemente de su calidad ciudadanos y capacidad política”...¹¹ (Diccionario Jurídico, 2008, pág. 116).-

Nuestro ordenamiento jurídico en el cuerpo antes mencionado, realiza una distinción entre capacidad de derecho, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y la *capacidad de hecho*, facultad para ejercer por si mismo esos derechos y contraer obligaciones.-

Todos los seres humanos poseemos capacidad de derecho, no obstante la capacidad de hecho posee diferente grado. Podemos afirmar, que el grupo al que se hace referencia en el presente trabajo, *menores* la regla es la incapacidad. Encontrando incapaces absolutos a las personas por nacer y a los menores impúberes, considerados así antes de los catorce años, e incapaces relativos de hecho a los menores entre catorce y dieciocho años, (antes de la reforma del año 2009 por ley 26.579, la edad requerida eran 21 años para alcanzar la mayoría de edad, y así la capacidad jurídica plena) dado que las leyes civiles le reconocen una capacidad restringida respecto de actos que dicha legislación les autoriza de forma explícita, (Art. 55, C.C.), quedando sometidos a las decisiones de sus representantes en ejercicio de la patria potestad.-

La normativa que prevé que los menores adultos puedan realizar por si actos de la vida civil, por caso; estar en juicio criminal, reconocer su paternidad o testar, el Estado relaciona que el menor adolescente, mayor de 14 años, posee discernimiento suficiente para comprender esos actos únicamente. Como así, también reconoce a los menores de 13 años la facultad de consentir relaciones sexuales con personas de misma edad, ahora esta es una contradicción con no considerarlos con capacidad progresiva para enfrentar actos que afectan

¹⁰ Art. 264; Código Civil Argentino Vigente.-

¹¹ Diccionario Jurídico, “Consultor Magno”. Ed. Circulo Latino Austral, Bs. As. 2008.-

derechos que son personalísimos, como lo referido a todo lo que involucra su cuerpo, su desarrollo, su vida.-

Con respecto a los menores se establece que las opiniones doctrinarias se encuentran divididas en nuestro país, así quienes como Dr. Belluscio Augusto, crítico de la ley 26.061, considera que no existe posibilidad de que el menor sea oído, al no haber alcanzado el pleno desarrollo; lo cual se correlaciona con la definición de capacidad jurídica del C.C., en base al factor cronológico de la edad; que si bien puede “opinar”, esta opinión no será determinante para que los terceros partes de esta relación, paterno-filial, o paciente pediátrico-galeno, decidan en su protección y mejor interés. (Belluscio Augusto C., 2006)¹².-

Para otros juristas como la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída, se debe diferenciar la capacidad que menciona el código, para ser contemplada a lo que se refiere aspectos patrimoniales, donde se debe proteger a los menores, en post de una seguridad jurídica, y todo lo que se refiere a la autodeterminación de los menores relacionarlo con la competencia individual, si aquellos pueden entender concretamente, si poseen razonamiento para poder analizar las alternativas y si tiene valores para poder juzgar las acciones. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 2003).-

2. - Capacidad Progresiva de las Personas Menores Adolescentes

La CDN cuando en el art. 5 marca que los padres deben impartir orientaciones y dirección a los menores según su evolución para ejercer los derechos que se les reconocen en dicha ley, marca la diferencia con la visión paternalista del C.C., de la capacidad – incapacidad, determinada por el factor de la edad, para valorar las evoluciones psicofísicas de los niños y así determinar diferentes grados de competencia para participar en heterogéneos niveles en las decisiones sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales, reconociendo la posibilidad de ejercer con autonomía estos derechos personalísimos, según el grado de madurez psíquico emocional de fragmentos

¹²Citado en Gil Domínguez, Andrés, Fama María Victoria, Herrera Marisa, “Ley de Protección Integral de niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, Anotada y Concordada Ediar. 2007, pág. 172.

temporales individuales por cada personalidad, dado su singularidad, no pudiendo someter esto con una cronología de estándar biológico.-

Así se evidencia una *capacidad de obrar progresiva, como la aptitud e idoneidad del menor para realizar actos jurídicos eficaces*, dependiendo de la efectiva madurez, siendo diferente en cada individuo, que se va adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad, que trae en sí misma una presunción, *iuris tantum* de plena capacidad de obrar.-

Algunos juristas argentinos no niegan la incapacidad de los niños y menores adultos, pero aceptan que debemos integrar en reconocimiento de su autonomía y así determinar la competencia según su grupo de pertenencia, su madurez y observando sus condiciones para entender el real ejercicio de las facultades, que se reconocen a los mismos en los distintos plexos de orden internacional y nación de protección integral.-

Los niños o menores adultos como pacientes pediátricos, presentan una condición especial, que se debe proteger por su vulnerabilidad, pero que actualmente según la concepción tradicional se utiliza para negar la autodeterminación de los mismos, en contradicción con la postura donde no se debe desamparar al niño, pero que debe hacerse desde un acompañamiento acorde a su discernimiento, para así respetar su individualidad.-

La *capacidad progresiva* de los niños y menores adolescentes, les permite el ejercicio de los derechos personalísimos, al suponerlos con la capacidad necesaria para la toma de decisiones que hacen a su cuerpo, salud y vida. Analizando en cada sujeto en particular, su comprensión dado que se trata de una personalidad individual en formación de dicha personalidad, adquiriendo diferentes visiones, según sus experiencias personales, lo cual determina que se encuentren diferentes grados de madurez, por ejemplo, el caso de un niño que convive desde muy temprana edad con una enfermedad terminal, como ser el cáncer, no va poseer los mismos parámetros al momento de decidir sobre un tratamiento sumamente invasivo, dado por la formación de su espíritu, su psiquis, prolongación de la enfermedad; como lo haría sin lugar a dudas un adolescente que se acaba de enfrentar a una decisión sobre este tipo de enfermedad; siendo diferentes las formas de comprender las circunstancias que involucran este tipo de hechos que hacen a la salud; incluso el mismo

ejemplo con niños de la misma edad, tampoco arrojaría una decisión igual, porque cada una en su personalidad, está influenciado por hechos externos de cómo se relaciona con los demás, elementos sociológicos, económicos, psicológicos, religiosos, etc., lo que llevara a un juicio de valor distinto, cada una de las decisiones expresamente reales y acordes a su identidad individual.-

Con la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se focaliza a los mismos como sujetos de derecho, con inquietudes, problemas y experiencias propias, democratizando las relaciones de familia, proponiendo un nuevo rol para los padres y la sociedad con respecto a los mismos; cruzándose con lo preceptuado en el C.C. al reconocer el principio de capacidad progresiva, ya reconocido por la CDN, incorporada a nuestro derecho en el año 1.994 con la reforma constitucional, y permitiendo el ejercicio de derechos personalísimos. Esta participación del niño y el menor, se refiere a la concreta posibilidad de ser escuchados y de tener contacto directo con el juez y la oportunidad de la actuación de un patrocinante propio del menor (Art. 27).-

Se reconoce a partir de esta ley la tensión entre el ejercicio de la patria potestad y el ejercicio personal de niños, niñas y adolescentes, se sabe que todo lo atinente al derecho a la salud y el cuidado del propio cuerpo es un tema delicado, donde siempre el fin último debe ser el mejor interés del menor. El derecho a la salud no solo es derecho a estar sanos, si no que implica otros derechos y libertades, poder controlar lo que pasa sobre su propio cuerpo, siendo de reserva privada de cada individuo lo atinente a él, eligiendo las formas de llegar al más alto nivel posible en la calidad de vida, según sus creencias, oportunidades, valores de juicio.-

Dentro de esta visión de capacidad progresiva, se reconoce que para el ejercicio de los derechos personalísimos, debe existir una comprensión de lo que compromete a la salud, priorizando como se dijo ut supra el discernimiento; pudiendo una persona menor de edad, por consiguiente incapaz para desarrollar ciertos actos de la vida civil, pero poseer la aptitud para ejercer decisiones sobre su cuerpo, a esto la bioética lo define por medio de la “competencia”, es decir evaluando el grado de desarrollo madurativo que

presenta cada niño, niña o adolescente, para ejercer de forma directa el acto médico del que se trate.-

Con respecto a los derechos personalísimos de los menores, la aceptación más amplia de la capacidad progresiva, desde el concepto de competencia se evidencia en materia de derechos sexuales y reproductivos, donde se abandona el factor de la edad, para permitir el uso de sus facultades desde diferentes puntos, como acceder a los servicios sanitarios sobre lo que son los métodos anticonceptivos, o consultas con el personal de la salud, sin la autorización ni presencia de los padres.-

La ley 26.529, “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, en su art. 2, inc. e, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. Aunque no reconoce plenamente una autonomía de la voluntad, si es amplia la posibilidad de ser oídos, lo cual la doctrina a relacionado ampliamente con el consentimiento informado, mencionado también en dicha ley; y dado la evolución en el desarrollo de los menores, falta una más clara definición en el campo de la legislación para delimitar el alcance de dicha participación.-

En el Anteproyecto del código civil del 2.012, se encuentra una nueva categorización que viene a intentar dar una mejor protección de los menores adolescentes, con consideraciones desde la bioética, para determinar la capacidad de los mismos, así como una nueva división dentro de los menores. En su Art. 24, determina como *incapaces a la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*, incorporando el concepto de madurez para determinar la capacidad, lo que se refiere a una consideración de unir la anterior definición jurídica de capacidad, con un concepto de capacidad progresiva. La Sección II del mismo cuerpo, en el art. 25, contiene la definición de persona menor de edad, apuntando que es aquel que no ha cumplido 18 años, y suministra la incorporación de la definición de adolescente específicamente, denominada así, la persona menor de edad que cumplió trece años. El artículo siguiente, incorpora la nueva visión para el ejercicio de derechos por los menores, siendo la regla actuar por medio de sus

representantes legales, pero el cambio significativo en la consideración de un concepto biojurídico, consiste en instaurar que aquel menor de edad que cuenta con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo actos que le sean permitidos, y en caso de conflicto de interés con sus representantes puede intervenir con asistencia letrada, situación que coincide con lo normado por la ley 26.061, art. 27, garantías mínimas de procedimiento. Presuponiendo un grado de desarrollo psicofísico del menor entre trece y dieciocho años, que le otorga madurez *para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no sean invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.* Y en el caso de los tratamientos invasivos, que pueden implicar un riesgo o peligro, norma que deben contar con la asistencia de sus representantes, pero no deja a estos últimos la decisión, habla de un conjunto de participantes; el menor, los padres y los médicos, siendo todas las opiniones valoradas para optar por una decisión en busca del mejor interés del menor de edad.-

Este instrumento, incorpora también el derecho de la *persona menor de edad a ser oída en todo proceso judicial así como a participar en las decisiones sobre su persona, también antes mencionado al referirnos a la ley 26.061, en sus arts. 2 y 24, derecho a opinar y ser oído.-*

Y en la última parte del artículo 26 del Código Civil (2012), crea una nueva división desde el aspecto de la competencia bioética al determinar que el menor adolescente de dieciséis años debe ser considerado como adulto para las decisiones atinentes a su propio cuerpo. Siendo este cuerpo el más claro ejemplo de un intento de unir la visión del ordenamiento jurídico nacional con el ordenamiento internacional que contempla la capacidad progresiva o competencia del menor, para el ejercicio de sus derechos personalísimos.-

3. - Autonomía de la Voluntad Principios Generales

La autonomía consagrada por el informe “Belmont Report”¹³ a los fines de identificar principios básicos y valores que pudieran converger para solucionar problemas interdisciplinarios entre la medicina – investigaciones -,

¹³ Informe elaborado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, titulado "Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación", del congreso Norteamericano, 1979.-

la ética y el derecho, es uno de los pilares básicos sobre los conceptos de competencia, capacidad, autodeterminación que involucran a los menores, si bien es reciente su aplicación en este grupo de menores adolescentes, se pueden hacer incontables referencias a casos donde se manifiesta en personas mayores de edad en esta evolución jurídica.-

Este principio de autonomía incorpora condiciones básicas, como que todos los individuos deben ser tratados como seres autónomos y respetar el valor de las opiniones individuales y elecciones personales, respetando la facultad de adoptar decisiones que en ocasiones pueden ser contrarias a las valoraciones de terceros, los cuales deben abstenerse a obstruir las acciones por el propio interesado en búsqueda de lo que considera mejor para su bienestar, mientras no perjudique a terceros, principio receptado en el art. 19 de la CN.-

La protección de la persona desde el principio de la autonomía se refiere a respetar la dignidad humana, respetar la libertad e intimidad de la persona, valorando y proporcionando un marco de protección a las conductas que son autorreferentes, como la disposición del propio cuerpo, siendo exclusivas del sujeto que adopta las decisiones, comprometiéndose a sí mismo, en lo que los terceros deben limitar sus oposiciones, esta protección se encuentra afianzada por la protección universal de derechos humanos fundamentales.-

La declaración Universal de bioética y derechos humanos realizada por la UNESCO, en el año 2005, establece que se debe respetar la autonomía de la voluntad y que toda intervención quirúrgica o tratamiento médico debe requerir el consentimiento informado de la persona interesada.-

La ley 26.529 consagra en nuestro país, una unificación de los principios bioéticos, reconociendo la autonomía en el ejercicio de los derechos del paciente en su relación con el profesional de la salud.-

Desde la Jurisprudencia el caso “Bahamondez”¹⁴ resuelto por la CSJN, a través de los argumentos en ella expresados se establece el derecho de una persona a disponer sobre su propio cuerpo o autodeterminación, siendo la base la dignidad humana, que proporciona a cada individuo ser el único con el poder de decidir en su vida y su cuerpo, aun basados en otros derechos que se

¹⁴ "Bahamondez, Marcelo s/Medida Cautelar", C.S.J.N., 6/04/1993, Sistema Argentino De Información Jurídica, www.infojus.gov.ar.- [Fecha de consulta: agosto 2012].-

confronten con el derecho a la vida, como la libertad de culto, mientras no dañe a terceros lo que prevalece ante todos es, la decisión del paciente.-

Esta autonomía de la voluntad, como se dijo con fundamento en la dignidad humana, adquiere relevancia al disponer instrumentos que permitan al paciente el ejercicio de sus derechos, y se vuelve a manifestar a favor de estos principios la CSJN en el caso “Albarracini Pablo”¹⁵ donde se pondera el derecho a la vida, salud y autonomía de la persona, en una igual jerarquía de importancia, encuadrando en la decisión del paciente de no aceptar una transfusión de sangre por la religión que profesaba, por medio de lo que se considera un documento de medidas anticipadas, debía ser respetada recurriendo nuevamente al art. 19 de la CN y determinan en este fallo que ningún ser humano puede ser sometido a un tratamiento contra su voluntad.-

Las manifestaciones de las personas en lo que corresponde a los derechos personalísimos son de la esfera de su interior, inseparables de cada uno, por lo cual deben respetarse y protegerse de lo que otros pueden inferir como mejor, no pudiendo a la voluntad de ningún ser humano.-

El C.C. (2012) sigue una tendencia, que se evidencia al desarrollar lo referido a la capacidad, que soslaya con el Derecho constitucional, contemplado en base a principios bioéticos, la capacidad según el grado de madurez, a las directivas anticipadas, con un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, destacando el valor de la autodeterminación en la esfera de la vida de cada sujeto de derecho, prevaleciendo en todo la autonomía de la voluntad, como manifestación de la dignidad humana, valor intrínseco de la persona.-

4. - Autonomía Progresiva del Menor Adolescente

La CDN fue la primera en declarar los principios de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos por niños y adolescentes, no refiriéndose a los mismos como *objetos de derecho* si no como *sujeto de derecho*, y destacó la importancia en la decisión final tomada por sus representantes y médicos, al

¹⁵Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias, C.S.J.N., 1/6/2012, Sistema Argentino De Información Jurídica, www.infojus.gov.ar.-[Fecha de consulta: agosto 2012].-

proteger el derecho a ser escuchados en sus opiniones; en lo referido en el apartado de la capacidad progresiva de los menores, se menciona al art. 5, donde queda de manifiesto este ejercicio de su autonomía, bajo la contemplación de cada caso en singular, según los estados psíquicos de cada niño, niña o adolescente, que determina el grado de madurez para enfrentar lo que a su propio desarrollo como personas en crecimientos atañe.-

Con la sanción de la ley 26.061 se realizaron nuevos trabajos teóricos, en los cuales se destacan los referidos a la autonomía progresiva, principalmente el planteo que se debe hacer en la familia sobre el nuevo modelo, de conocer y respetar lo que el menor quiere en ejercicio de sus derechos, que hacen a su autodeterminación en la medida que van adquiriendo madurez suficiente para comprender las nuevas situaciones que los afectan, distinguiendo una decisión efectuada con discernimiento desde lo cognoscitivo y no meramente una opinión sin fundamento. Este ejercicio de un derecho fundamental, la dignidad, implica su participación personal en toda realización efectiva de sus derechos personalísimos, como elegir su religión, cuidar su salud, decidir sobre su cuerpo, los cuidados sexuales y reproductivos, etc.-

Y en lo referido al principio básico de la autonomía de cada individuo, sin distinción de géneros, razas o edades, dando un valor supremo a la libre elección de planes de vida, los cuales no deben sufrir ninguna interferencia, se debe poder ofrecer al menor en desarrollo, quien se encuentra formando los ideales que lo llevarán a lo que considere la satisfacción de su personalidad, el respeto para su propia valoración, acompañándolo, permitiendo el ejercicio de decisiones esenciales sobre su vida, cuerpo o salud, siempre que se compruebe el discernimiento suficiente de lo que considera más idóneo, absteniéndose de oposiciones que no sean fundadas en un daño cierto a otros, o al menor en consideración, por no poseer un desarrollo suficiente de la psiquis, con lo cual, se puede decir que quien sea considerado con capacidad progresiva suficiente, puede hacer uso del ejercicio de su autonomía de la voluntad.-

Al respecto, “...*La Organización Mundial de la Salud en su grupo estudio de Calidad de Vida (WHOQOL Group) la ha definido como "la percepción de un individuo de su situación de vida, puesto en su contexto de su cultura y sistemas de valores, en relación a sus objetivos, expectativas,*

estándares y preocupaciones”¹⁶. Por consiguiente, el derecho a la autodeterminación no puede ser acotado por un valor absoluto como la edad, la competencia de cada menor va evolucionando según su caso particular, aplicando su autodeterminación en las diferentes áreas donde se relaciona, y en lo personal sobre los aspectos de su propio cuerpo.-

La ley 26.529, en consecuencia con las normativas mencionadas ut supra, se refiere al ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, sobre su cuerpo y salud, al reconocer que estos deben intervenir en la toma de decisiones. Considerando que en la elección de un tratamiento y aplicación no se debe menoscabar la individualización de la personalidad, ni invadir lo que se refiere a su intimidad.-

El parámetro de la capacidad progresiva se mide en conjunto con el estándar de autonomía progresiva, sin aplicación del rígido requisito de edad. Quedando el concepto de capacidad jurídica por edades fijadas por el C.C, a cuestiones patrimoniales, como lo menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y para el ejercicio de derechos personalísimos la autonomía progresiva, capacidad progresiva.-

No se puede omitir mención al caso “Gillick”¹⁷ de la Cámara de los Loes, en Gran Bretaña, en el año 1985, sobre el derecho de un niño a solicitar asesoramiento médico sin el consentimiento de sus padres. Reconociendo que los niños pueden no haber alcanzado la edad por la cual se determina la capacidad civil o jurídica, pero estar en condiciones por el desarrollo en particular de su personalidad de comprender todo lo que compete a su salud, al reconocer que el ... *“derecho de los padres cede al derecho del niño de tomar sus propias decisiones cuando éste alcanza la comprensión e inteligencia suficientes para ser capaz de resolverse respecto a la cuestión que requiere una decisión”*¹⁸... trasladando su aplicación a todos los ámbitos de la toma de decisiones personales. Este fallo determinó la configuración de lo que se conoce como *“Gillick competent”*, menores que pueden prestar su

¹⁶ Botero de Mejía, Beatriz Eugenia y Pico Merchán María Eugenia. “Calidad de vida relacionada con la salud (cvrs) en adultos mayores de 60 años: una aproximación teórica” 31/08/2007. [Fecha de consulta: 28 de noviembre 2013].- http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_2.pdf.

¹⁷ “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security” Cámara de Loes, 17/10/1985. Citado por Cirzzi, María Susana, “La autonomía del paciente pediátrico” cit. Pág. 96.

¹⁸ Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security”, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html> [Fecha de consulta: 16 de agosto 2013].-

consentimiento valido en función de su grado de madurez o desarrollo, alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto¹⁹.-

En los derechos fundamentales de los niños y menores adolescentes se prioriza antes que la capacidad civil, el discernimiento, la aptitud real de comprender el acto que se desarrolla, valiéndose de principios bioéticos, como la autonomía progresiva, la capacidad progresiva, todo ligado al concepto de competencia bioética, dando la facultad a ejercer cualquier acto médico sobre su cuerpo al menor con el desarrollo madurativo suficiente, con conciencia sobre su propio cuerpo, mucho antes de la mayoría de edad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 2003).-

El C.C. (2012) consagra este principio de autonomía progresiva en lo concerniente a procedimientos médicos en los menores, incorporando la aptitud psicofísica, como condición variable, que deberá ser analizada en cada caso en singular por las partes involucradas, para determinar el grado de madurez del paciente pediátrico para tomar decisiones sobre el tratamiento involucrado.-

Realiza un reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos para los niños, niñas y adolescentes, en carácter de sujetos autónomos de derecho.-

¹⁹Caramelo Gustavo. Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos Doctrina. Revista Derecho Privado. Año I N° 1. Ediciones Infojus, p. 73. Id Infojus: DACF120036 <http://www.infojus.gov.ar/doctrina/> [Fecha de consulta: 6 de Noviembre de 2013].-

V. - PRINCIPIOS BIOÉTICOS

Para comprender mejor la cosmovisión proteccionista de los niños, niñas y adolescentes, efectuare una breve reseña de los principio bioéticos. Pilares en lo referido a concepciones sobre investigaciones, tratamientos, intervenciones del cuerpo y la psiquis de los seres humanos.-

*Bioética, “es el estudio sistemático e interdisciplinar de las acciones del hombre sobre la vida humana, vegetal y animal, considerando sus implicaciones antropológicas y éticas, con la finalidad de ver racionalmente aquello que es bueno para el hombre, las futuras generaciones y el ecosistema, para encontrar una posible solución clínica o elaborar una normativa jurídica adecuada”.*²⁰.-

El primero en hablar del concepto de bioética fue Van Rensselaer Potter en el año 1970, *“La humanidad necesita con urgencia un nuevo saber que proporcione el “conocimiento de cómo usar el conocimiento” para la supervivencia humana y la mejora de la calidad de vida. [...] Una ciencia de la supervivencia debe ser algo más que una ciencia y, por lo tanto, propongo el término ‘bioética’ para poner de relieve los dos elementos más importantes para alcanzar un nuevo saber que se necesita desesperadamente: conocimiento biológico y valores humanos”*²¹.-

1. - Origen y Evolución

El primer antecedente y hasta los tiempos actuales, considerado al tratar lo referido a la actuación de investigaciones médicas en seres humanos, fue el *Código de Núremberg* creado en al año 1947, como resultado de las argumentaciones de los jueces, de los Juicios de Núremberg, después de la segunda guerra mundial, realizado a los médicos bajo las jerarquías nazis, por el trato inhumano que se realizo a los prisioneros sometidos a investigaciones medicas.-

²⁰Bioeticaweb “Concepto de Bioética y corrientes actuales”. <http://www.bioeticaweb.com/concepto-de-bioactica-y-corrientes-actuales/> [Fecha de consulta: 29 de Marzo de 2014].-

²¹ “Bioetic & debat”, volumen 17, numero 64, septiembre-diciembre 2011. Tribuan Abierta del Institut Borja de Bioetica. Recuperado de http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/download/257098/344146 [Fecha de consulta: 27 de Noviembre de 2013].-

Siendo el primer documento de carácter internacional en establecer las normas éticas sobre las investigaciones realizadas con seres humanos. Destaca el deber de respeto a la autonomía de las personas, al establecer la obligación de los investigadores de solicitar el consentimiento previo y voluntario, además del deber de tomar todas las precauciones para no infligir daño a las personas objeto de estudio²².-

La declaración de Helsinki en 1.964²³, por la Asociación Médica Mundial, con sus posteriores agregados, establece los principios éticos para las prácticas médicas en general. En su art. 3 expone el deber del médico de “*promover y velar por la salud de los pacientes, incluidos los que participan en investigación médica. Los conocimientos y la conciencia del médico han de subordinarse al cumplimiento de ese deber*”.

Determina en su art. 7, la aplicación de forma eficaz de los principios éticos básicos. Este instrumento “*insiste en la necesidad de obtener el consentimiento voluntario, (escrito) estableciendo que previamente las personas deben ser informadas sobre los objetivos, métodos, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento*”²⁴. Siendo el sujeto investigado poseedor de una verdadera autonomía al momento de decidir si está dispuesto a someterse al procedimiento en cuestión. La Declaración también estableció el principio de dar preferencia al bienestar del paciente sobre los intereses de la ciencia y la sociedad.-

El “*Belmont Report*” de 1.979, surge como respuesta a los hechos de la época, sobre las atrocidades en investigaciones con seres humanos, como ser de hepatitis viral, metástasis tumorales, efectos de anticonceptivos, entre los que fueron denunciados, los cuales se hicieron violando todos los derechos fundamentales de las personas. En 1972, la periodista Jean Heller denuncia el estudio *Tuskegee Syphilis*, estallando el escándalo en Estados Unidos, iniciado

²² Sociedad Iberoamericana de Información Científica. Entrevista a la Dra. Stella Maris Martínez, en referencia al artículo “La Investigación con Seres Humanos: Entre el Paraíso y el Infierno” editado en la Revista Médica de Rosario 71(1):36-41 Ene, 2005. <http://www.siicsalud.com/dato/dat047/06207011.htm> [Fecha de consulta: 29 de Marzo de 2014].-

²³ Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada en Tokio, Japón, octubre 1975, Venecia, Italia, octubre 1983, Hong Kong, septiembre 1989, Sudáfrica, octubre 1996, Edimburgo, Escocia, octubre 2000, Washington 2002, Tokio 2004, Seúl, Corea, octubre 2008 y Fortaleza, Brasil, 2013.-

²⁴ Sociedad Iberoamericana de Información Científica. Entrevista a la Dra. Stella Maris Martínez, ob. Cit.-

en la década de 1.930 para comparar la evolución de una población sifilítica no tratada de 400 hombres negros con otra población no sifilítica.²⁵-

Esta declaración solicitada por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos a la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos (1978), diserta tres principios éticos básicos para resolver los problemas éticos en investigaciones con seres humanos.-

Respeto a las personas: “incorpora cuando menos dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberán ser tratados como agentes autónomos y segundo, que las personas con autonomía disminuida tienen derecho a ser protegidas”²⁶.

Beneficencia: *se debe tratar a las persona de manera ética, implica no sólo respetar sus decisiones y protegerlos de daños, sino también procurar su bienestar.* Generando dos reglas complementarias, 1) no dañar, 2) obtener el mayor beneficio y disminuir cualquier daño potencial²⁷.-

Justicia: “exige que haya equidad en la distribución de los esfuerzos y de los beneficios en la investigación. Los iguales deben ser igualmente tratados²⁸”. Los cuales llevaron a considerar en las investigaciones ciertos requisitos; el consentimiento informado o consiente, que comprende tres elementos voluntad, comprensión e información; evaluación de riesgos beneficios y la selección de sujetos de investigación.-

Este documento fue la base del libro que en 1979 editarían Beauchamp y Childress, “*Principios de Ética Biomédica*”, y desarrollaran en continuidad con el informe Belmont cuatro principios; principio de autonomía, el principio de beneficencia, principio de justicia; y el principio de no maleficencia.-

Principio de **autonomía o de respeto a la autonomía:** “*implica, como mínimo, asumir su derecho a tener opiniones propias, a elegir y a realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales. Este respeto debe ser activo, y no simplemente una actitud. Implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también la*

²⁵ “Historia de la ética en las investigaciones biomédicas” <http://bob-hall.net/belmontreport.html> [Fecha de consulta: 29 de Marzo de 2014].-

²⁶ “Informe Belmont - Principios Éticos y Directrices para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación” <https://www.etsu.edu/irb/Belmont%20Report%20in%20Spanish.pdf> [Fecha de consulta: 01 de Abril de 2014].-

²⁷ Ob. Cit.

²⁸ Informe Belmont – Bioeticawiki - http://www.bioeticawiki.com/Informe_Belmont [Fecha de consulta: 01 de Abril de 2014].-

de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma.”[...] “Respetar la autonomía obliga los profesionales a informar, a buscar y asegurar la comprensión y la voluntariedad y a fomentar la toma de decisiones adecuadas”²⁹.-

Principio de **beneficencia**, “*que conlleva acciones positivas para evitar daños a los demás y para beneficiarlos*”. Se distinguen dos principios: beneficencia positiva y la utilidad. El primero “*impone una obligación (prima facie) de “ayudar a otros a promover sus intereses importantes y legítimos”[...]Los ejemplos que citan de las reglas de beneficencia obligatoria son los siguientes: 1) proteger y promover los derechos de los otros, 2) prevenir que suceda algún daño a otros, 3) suprimir las condiciones que puedan causar un daño a otros, 4) ayudar a las personas con discapacidades y 5) rescatar a las personas en peligro*”. El segundo, *principio de utilidad*, “*requiere que los agentes sopesen ventajas e inconvenientes para obtener los mejores resultados globales*”³⁰.

El tercer principio **de justicia y equidad**, lo divide entre un *principio de justicia formal*, que establece que “*los iguales deben ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados desigualmente*”; y “*varios principios de justicia material: 1) a cada persona una parte igual, 2) a cada persona de acuerdo con su necesidad, 3) a cada persona de acuerdo con su esfuerzo, 4) a cada persona de acuerdo con su contribución, 5) a cada persona de acuerdo con el mérito y 6) a cada persona de acuerdo con los intercambios del libre mercado*”³¹. Insertando el concepto de justicia distributiva, por la equidad y una cooperación social.-

Estos autores agregan un cuarto principio el de **no maleficencia**, por el cual determina que no se debe causar daño a otro intencionalmente, o someter a riesgos de daños en cuestiones de tratamientos invasivos, o en etapas del final de la vida, que solo prolongan un estadio irreversible y hasta generan sufrimiento. Enuncian ciertas reglas: *1) no matar, 2) no causar dolor o*

²⁹ “Tom L Beauchamp y James F. Childress Bernard Gert, Charles M. Culver y K. Danner louser Allen Buchanan (Los autores del paternalismo médico) Capítulo V” http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9927/8/Aleman%C3%ADa,%20Macario_7.pdf [Fecha de consulta: 01 de Abril de 2014].-

³⁰ Ob. Cit.

³¹ Ob. Cit.

sufrimiento, 3) no incapacitar, 4) no ofender y 5) no privar a los demás de los bienes de la vida”³². Este principio se relaciona desde un aspecto simétrico con el principio de beneficencia.-

Como último documento se cita a los fines del presente trabajo, aunque destacamos que no son los únicos, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1948, con sus posteriores modificaciones hasta el año 1998, que surge como respuesta a los conflictos como guerras o levantamientos populares, en específico después de la segunda Guerra Mundial, se asume un compromiso por los líderes del mundo a crear un marco de protección, que no permita nunca más atrocidades de la índole que acontecieron, dado que por la misma se establece el valor fundamental en los derechos de todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, otorgando a nivel mundial la mayor protección para el bienestar y desarrollo de todos los individuos sujetos a actos que tengan injerencia sobre su vida, su propio cuerpo, dignidad, salud y autodeterminación³³.-

2. - Aplicación respecto al Menor Adolescente

Con respecto a la aplicación de los principios bioéticos en menores adolescentes, se deberán tener en cuenta factores fundamentales, por encontrarse en un estado de crecimiento y desarrollo. En pleno aprendizaje del ejercicio de sus facultades, conocimiento de sus cuerpos y elaboración de su personalidad. Por lo cual al considerar si pueden actuar según el principio de autonomía, deberán evaluar su discernimiento y concreta comprensión de los riesgos y beneficios. Así como la participación en el consentimiento informado, si debe ser acompañado; o si el menor posee de competencia para otorgarlo el mismo.-

³² Ob. Cit.

³³ “Declaración Universal de Derechos Humanos” Antecedentes- Fundamentos de Derecho. Organización de Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/documents/udhr/> [Fecha de consulta: 01 de Abril de 2014].-

El personal de la salud requiere no solo conocer lo sintomático desde lo clínico, deberá analizar factores, como la relación familiar, social y psicológica del paciente pediátrico, para poder obtener en encuadre que sitúa al menor en un verdadero sujeto de derecho.-

El profesional de la salud al tratar un paciente en desarrollo, debe incorporar todas las valoraciones bióticas posibles, para no limitar las decisiones inherentes al menor y simultáneamente brindar protección al evaluar todo el contexto, para maximizar los beneficios y respetar su dignidad.-

Al tratar con adolescentes, deberá tener las herramientas para comprender como comunicarse mejor y dar confianza para que el menor permita conocer los detalles que lo llevan a una consulta. Un ejemplo común son las consultas en la etapa que comienzan a ser sexualmente activos, sentirse cómodos, seguros de hablar y preguntar, para poder el profesional de la salud brindar toda la información necesaria para una correcta decisión.-

Cuando se basa en el principio de beneficencia el galeno, no debe olvidar al menor es un sujeto de derecho, con una autonomía progresiva, por lo cual no debe limitar su participación en post de protegerla, y colocar su rol como objeto de derecho, buscando beneficiarlo.-

Al evaluar las condiciones que posee el adolescente para hacer ejercicio de su capacidad para decidir, se debe observar su discernimiento ante la información suministrada sobre su estado, diagnósticos, posibles tratamientos, riesgos y beneficios. Así deberá evaluar si el consentimiento informado prestado por el menor se coincide con estas cualidades, o solo lo ve como un mero requisito que le solicita el médico en su posición con autoridad, para continuar con las acciones recomendadas³⁴.-

³⁴Cualli De Trumper, Eugenia - Santos, Hilda “Dimensión Bioética de la Consulta Médica de la Adolescente”
Publicación Erreius on line. 2011. [Fecha de consulta: 13 de abril de 2013].-

VI. - COMO DETERMINAR LA COMPETENCIA DE UN MENOR ADOLESCENTE EN EL ACCESO A LA SALUD

Como se puede observar en el desarrollo del trabajo hasta este punto, se necesita entender que estamos ante un nuevo paradigma, donde bajo el concepto “el interés superior del niño”, no se continúa en una visión paternalista pura. Para la cual el objeto principal era proteger por su inmadurez a los menores adolescentes, tomando decisiones por ellos, sus padres, tutores o el Estado, considerando según sus creencias lo mejor para la satisfacción de los derechos del menor.-

Así es, que se debe considerar que “el interés superior del mismo” se relaciona con las conductas autorreferentes, con la adquisición de una autonomía progresiva, que le permite ir desarrollando su identidad. Debiendo permitir al menor adolescente el ejercicio de sus derechos y libertades, acorde a su madurez.-

Cuando se plantea la garantía al ejercicio de los derechos del niño, se debe poner como límite las conductas autos determinantes, a las decisiones médicas que invadan su esfera íntima. Estos menores adolescentes se encuentran en un desarrollo, físico, mental, social y moral, y deben poder hacerlo en libertad y sin discriminación. Siendo el factor principal no haber alcanzado la edad requerida por el ordenamiento jurídico para ser considerado plenamente capaz.-

El art. 19 de la CN, protege todos los actos de la esfera privada de los hombres y la autonomía de las personas, mientras no se dañe a terceros. El mismo ha sido base para el reconocimiento de derechos en los casos antes mencionados “Bahamondez” y “Albarracini”, si bien ambos precedentes son sobre personas mayores de edad, nada impide ser aplicado a menores adolescentes, con un grado suficiente de conocimiento, aplicando medidas particulares en cada caso concreto.-

Como desarrolla C. Nino, el Estado y terceros deben abstenerse en invadir la esfera privada vinculada a cada ser humano en particular, con lo que

considera mejor para el desarrollo de su proyecto de vida, respetando las creencias, valores, moral, ética que cada uno auto determina, basado en el “principio de inviolabilidad”. Y en un rol activo el Estado debe garantizar plenamente el desarrollo de sus ciudadanos, con independencia de las consideraciones personales. Por ello, el titular de los derechos fundamentales que hacen a la personalidad, solo él puede decidir sobre cuestiones que los afecten. Los únicos fundamentos para no considerar este límite son el peligro a terceros, o a su persona en casos de comprensión restringida, falta de madurez o discernimiento.-

1. - Teorías de la Evolución del Adolescente

Para comprender la problemática que se plantea en referencia a la determinación de la competencia del menor entre trece y dieciocho años, cabe hacer una breve reseña de características generales del desarrollo y crecimiento de las niñas, niños y adolescentes. Debemos recalcar que estas no son análogas a todos los casos, porque cada experiencia de vida está compuesta por distintas variables sociales, económicas, culturales, filiales, biológicas, etc.-

La OMS, considera que la etapa de la adolescencia va desde los diez años hasta los diecinueve años y paralelamente la de la juventud hasta los veinticuatro años aproximadamente. A su vez realiza una subdivisión de la adolescencia en dos etapas. No son características que aparecen en momentos puntuales, como la edad, si no que dependen de otros factores psicológicos y psicofísicos.-

Etapas de la adolescencia (OMS):

Etapa uno: *Pubertad o adolescencia temprana*, de los 10 a los 15 años. El adolescente comienza a evidenciar los cambios biológicos, con caracteres sexuales, cambio de conducta en las relaciones sociales. Comienza a romper la identidad creada en la infancia y a enfrentar conflictos internos al reconocer los impulsos sexuales. Empieza a delimitar las relaciones con los padres, para ir desarrollando su autonomía.-

Etapa Dos: *Adolescencia media o propiamente dicha*, de los 15 años a los 18 años. En esta fase se observan los cambios desde lo psicológico. Se comienza a reforzar la identidad y se va definiendo la personalidad, con una ruptura significativa de la relación infantil con sus padres. Se amplían los intereses, con un claro y alto grado de desarrollo intelectual. Se manifiesta con una autonomía en su persona y frente a terceros³⁵.-

La *teoría del menor maduro* es la que reconoce la existencia de determinados derechos en los niños, y es la que permite que los menores que sean capaces de tomar decisiones y evaluar consecuencias, puedan manifestarse en todo lo relativo a su salud.-

La base de esta teoría son los estudios realizados por Jean Piaget³⁶, “...*que el niño evoluciona desde un estadio pre moral a otro de respeto hacia la autoridad de los individuos o de las cosas. El niño de 3 a 8 años identifica las reglas morales con las leyes físicas y, por tanto, considera que las normas morales son predicados físicos de las cosas*” ... “*le hace identificar lo moral con lo real y considerar que las normas morales, como las físicas, son absolutas, sagradas e intocables (heteronomía). A partir de aquí comienza un lento proceso de evolución, que poco a poco va interiorizando las normas, de modo tal que los sujetos acaban distanciándose de las demandas externas en favor de los principios internos (autonomía)*” ... “*Para Piaget estos criterios internos vienen a identificarse al comienzo con el principio de justicia, es decir, de igual trato para todos en similares circunstancias (lo cual acontece entre los 8 y los 11 años), siendo más tarde completados con criterios de equidad, que modulan el anterior criterio de igualdad de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso (proceso que se inicia alrededor de los 11-12 años)*”³⁷.-

Posteriormente, Kohlberg, elaboró un sistema de evolución de la conciencia moral del niño de tres niveles y seis grados³⁸. “*el nivel pre convencional es el propio del 80% de los niños hasta los 10-12 años, y el nivel*

³⁵ Cualli De Trumper, Eugenia - Santos, Hilda. “Dimensión bioética de la consulta médica de la adolescente”.

Publicación Erreius on line. 2011. [Fecha de consulta: 13 de abril de 2013]

³⁶ Tabla Estadios de la Teoría de Piaget sobre el desarrollo moral en anexos

³⁷ Gracia Diego, Jarabo Yolanda, Espíldora Nieves Martín, Ríos Julián. “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”. *Medicina Clínica* Vol. 117. Núm. 05. 07 Julio 2001 <http://zl.elsevier.es/es/revista/medicina-clinica-2/sumario/vol-117-num-05-13000987>. [Fecha de consulta: 4 de junio de 2013]

³⁸ Tabla DE PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO MORAL en anexos

convencional es el más frecuente entre los adultos. La fase pos convencional la alcanza un número reducido de personas y en edades más bien tardías”.-³⁹

Conforme la interpretación de estas teorías, podemos decir que los adolescentes alcanzan la competencia para la toma de decisiones, en una gran mayoría antes de los dieciocho años, con una madurez cognoscitiva, que les permite el ejercicio de derechos sobre su propio cuerpo. Representar estos procesos dinámicos con la capacidad jurídica rígida reconocida por nuestro ordenamiento, es limitar la personalidad de los menores adultos.-

2. - Parámetros para evaluar Competencia en Particular

Se expuso que cada individuo posee características propias, que son producto de una construcción de su personalidad, a través de la interacción e influencias de los medios donde crece. De esta forma, la manera que cada individuo se desenvuelve ante acontecimientos similares, no implica igual resolución. Estas características en el caso del menor entre trece y dieciocho años deben ser contempladas con una mayor interpretación por parte del personal de la salud.-

En el marco legal de la CDN y la Ley 26061, se instaura el principio, de respetar la dignidad del niño, niña y menor adolescente, por el solo hecho de ser persona, y se le reconoce el derecho a ser escuchado y tener en cuenta su opinión.-

Por medio de este principio, el menor deja de ser objeto de protección, para ejercer los derechos por sí mismo, los cuales se relacionan con sus atribuciones personalísimas. Debiendo establecerse pautas para que sean consideradas sus expresiones sobre las decisiones sobre su cuerpo.-

A tal fin para determinar la competencia bioética del menor adolescente, se deben analizar ciertos parámetros, si posee:

- grado de desarrollo psíquico y madurez intelectual;
- comprensión concreta sobre la información brindada por el personal de la salud;
- entendimiento de la naturaleza, grado y gravedad de la enfermedad;

³⁹Gracia Diego, Jarabo Yolanda, Espíldora Nieves Martín, Ríos Julián, ob. Cit.

- características del tratamiento, procedimiento o intervención que se propone;
- si se trata de procedimientos de tipo invasivos, o no;
- discernimiento para evaluar beneficios y riesgos.

Desde la facultad del profesional de la salud, este deberá analizar: la real posibilidad que el procedimiento sugerido, genere un estadio de evolución o mejora en el paciente, y la evaluación de otras posibles soluciones. (Ciruzzi, María Susana, 2011).-

Si se observan estos requisitos en el menor adolescente, se debe respetar su autonomía progresiva, y los padres en relación a la democratización de la familia, resignar facultades otorgadas por el ejercicio de la patria potestad. Desde la óptica de la competencia bioética, nadie se encuentra en mejores condiciones que el mismo menor adolescente, para decidir sobre su propio cuerpo, preservando derechos inalienables a su propio ser, libertad, autonomía de la voluntad, dignidad e intimidad.-

En efecto, el principio de autonomía de la persona, se cohesiona con el valor supremo de la dignidad, debiendo lograr una armonía con el principio de beneficencia, en post del mejor interés del menor.-

Este concepto de competencia bioética hoy se encuentra receptado en varios instrumentos del ordenamiento jurídico. La CDN y la Ley 26.061 instalan la doctrina de protección integral, no obstante es cierto que no se ha logrado todavía una clara determinación de cómo proceder para evaluar los parámetros necesarios⁴⁰. Así mismo, se reconoce el derecho del menor a expresar sus opiniones en toda cuestión que le concierna y que sean consideradas de acuerdo a su edad y madurez.-

Permiten incorporar al niño, niña y adolescentes como personas en igualdad de condiciones, al otorgarle el derecho a participar en toda cuestión que se refiera a su desarrollo.-

La determinación de la competencia del menor adolescente, lo faculta para decidir por sí mismo, todo lo que atañe a su persona, interviniendo conforme a su madurez y desarrollo, sometiendo las acciones a su voluntad,

⁴⁰Ver apéndice normativo.-

este concepto dinámico, es contrapuesto al concepto de capacidad rígido, que hoy plantea nuestro C.C.-

La ideas de competencia tuvieron origen en el caso citado “Gillick”⁴¹, donde frente a la oposición de una madre a que se les suministre métodos anticonceptivos a sus hijas menores de dieciséis años, la Corte resolvió: “... *los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes... el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta...*”⁴².

Como se señala al referirse a la capacidad el C.C. (2012), se corresponde con los valores y principios de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, aportando un nuevo tratamiento al concepto de capacidad, en yuxtaposición con los conceptos de autonomía progresiva y competencia bioética. Reconoce que debe ser considerado al menor adolescente con una capacidad de ejercicio acorde al principio autonomía de la persona.-

⁴¹Ver Autonomía Progresiva del Menor Adolescente.-

⁴²Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security”, ob. Cit.-

VII. - CONSENTIMIENTO INFORMADO

En el ejercicio del derecho a la salud, se presupone que toda persona recibe información necesaria para formar su propia opinión, y actuar en el marco de su autonomía, tomando las decisiones que le competen a su cuerpo, bajo el principio de la dignidad humana.-

En esta relación asimétrica, no solo se trata de dar información, si no que la otra parte debe colaborar y participar, lo cual le permite comprender, procesar y valorar lo que se le aconseja, para otorgar un consentimiento válido.-

Ahora bien, cuando algunos autores hacen referencia a la participación del menor en la toma de decisiones, solo le atribuyen la posibilidad de asentir, quedando en los padres o tutores con el verdadero ejercicio de la decisión, siendo quienes prestan el consentimiento.-

Esto es producto que el concepto de la capacidad legal no coincide con el de competencia. No distinguiendo la capacidad legal, del verdadero discernimiento que debe tener un menor adolescente para disponer sobre su cuerpo.-

Aida Kemelmajer de Carlucci menciona que bajo el consentimiento informado se debe analizar , *“...si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuales son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”* [...] *“la competencia analiza si la persona puede entender acabadamente, si puede razonar alternativas y si tiene valores para poder juzgar”*. (Kemelmajer de Carlucci, Aída. Bioética y Derecho. "El derecho del niño a su propio cuerpo", ob. Cit. Pág. 114.).-

Para que el paciente pediátrico en ejercicio de sus derechos fundamentales, basado en el principio de autodeterminación, actúe según una competencia real, debemos hablar de actos voluntarios. Por lo cual, necesita ser informado correctamente, y contar con la verdadera posibilidad de manifestarse a través del consentimiento informado o su posibilidad de disenso. Haciéndose el titular principal de la última decisión sobre su derecho a la salud.-

En el marco del derecho a la salud, entendiendo al consentimiento informado, *“una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información, suficiente referida al procedimiento o intervención, quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable. Decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”*. (Highton, Elene I. y Wierba, Sandra M, 2000, pág. 191).-

El consentimiento informado es un proceso, por el cual las partes de la relación médico- paciente, o médico-paciente-representantes, arriban a un acuerdo de lo que consideran mejor tratamiento, luego de evaluar todas las alternativas posibles, con sus riesgos y beneficios. Este proceso al referirse a menores adolescentes es de crucial importancia, porque no solo se proporciona la información, si no que al interactuar con el personal de la salud, el menor es evaluado en sus grados de discernimiento y madurez. Lo cual determinara si efectivamente se respeta su autonomía progresiva.-

Ahora bien, estos parámetros todavía no cuentan con una concreta implementación, por encontrarse un silencio en el conglomerado de nuestra legislación. El principal problema que se plantea es quien determina la madurez del menor, para tomar decisiones sobre su salud. Lo cual produce inseguridad jurídica para el facultativo de la salud, colocándolo en cada caso concreto con una responsabilidad que no está dispuesto asumir. Lo que constituye la intervención de los padres o tutores para prestar el consentimiento informado. O ser resuelta la delimitación de la competencia, por el organismo judicial.-

Se reconoce al menor adolescente la posibilidad de ser oído, o decidir sobre cuestiones puntuales, como lo relacionado con la Ley 448 de Salud Reproductiva y Procreación responsable, que ha incorporado la “mayoría anticipada” para el acto médico en relación a lo sexual, por reconocer que las personas adquieren conocimiento de su cuerpo mucho antes que la edad de la capacidad legal.-

En la justicia nacional se reconoce el antecedente en al fallo citado “Liga de Ama de Casas, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la

Asociación Pro Familia c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁴³ , por el planteo de la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la ley mencionada párrafo anterior.-

Siendo rechazado por el TSJ de la C.A, estableciendo que el límite para el ejercicio de derechos y obligaciones de los padres y/o representantes, es el ejercicio de los derechos personalísimo a la salud y al cuidado del propio cuerpo de los menores involucrados. Garantizando que cuando se trate de menores adolescentes, se debe medir la facultad de decisión, según la comprensión de los sujetos titulares de derecho sobre su propio cuerpo. Por lo tanto, si hay discernimiento, debe garantizarse a prima facie el derecho de participación.-

La doctora Conde en su voto sostuvo: *“Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptible de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad... Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación -en el caso, se cuestiona la constitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la ley 418 de la Ciudad de Buenos Aires, de salud reproductiva y procreación responsable-, llevando a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines...”*. Por su parte, el doctor Maier en su voto expresó: *“La limitación de la autoridad de los padres, correlativa a la concesión de un derecho a los niños y adolescentes en edad fértil a recibir información y asistencia en materia de salud reproductiva, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la ley 418 de la Ciudad de Buenos Aires (Adla, LX-D, 4628) -reducción de la mortalidad materna e infantil, prevención de embarazos no deseados y de abortos, prevención del SIDA y promoción de la responsabilidad y autonomía de las personas en edad fértil-; por ello,*

⁴³ Tribunal Superior de la ciudad Autónoma , 14/10/2003 - Liga de Ama de Casas, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad AUTONOMA DE Buenos Aires-, en LL 22004-B-413 [fecha de consulta: 18 de octubre de 2012]

quienes impugnan la constitucionalidad de la norma deben demostrar que los medios escogidos son irracionales con respecto a los fines permisibles y permitidos establecidos, pues no basta con señalar que podría haber otros medios a disposición de los poderes públicos...”.-

La ley 26529, Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales Instituciones de la Salud, reconoce a los niños a intervenir en los términos de la Ley 26061, de Protección integral, “... *a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...*” (Art. 2).-

Pero en todos los demás escenarios no es el menor quien formalmente presta la conformidad sobre el derecho a disponer de su cuerpo. Se debe construir herramientas para poder valorizar a los menores adultos como sujetos libres y autónomos en ejercicio de derechos personalísimos, como entre otros, el derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo que se refieren a la *construcción de su identidad y del propio proyecto de vida*. Es necesaria la creación de conceptos más dinámicos, donde no se hable de desamparo, ni de capacidades – incapacidades, por el contrario, se trata de una protección integral en su mayor búsqueda del respeto del ser humano, sin discriminación por meras cuestiones de grado.-

1 - El Discernimiento como elemento característico

El discernimiento en conjunto con la intención y libertad constituyen los elementos internos de la voluntad. Se considera que es una aptitud propia de la naturaleza humana de comprender y conocer, que se desarrolla en el transcurso de la vida.-

Este elemento proporciona la cualidad para poder valorar las consecuencias de las acciones sobre la propia persona, sobre el propio cuerpo y sobre todas las acciones del ser humano. Otorgando apreciaciones morales, de justicia de valores, que hacen al espíritu individual del ser humano.-

Como principio, se puede afirmar que la persona que actúa con discernimiento, posee las cualidades necesarias para valorar, los beneficios o riesgos de sus actos, manifestando su opinión favorable o disidencia.-

El C.C. en vigencia solo reconoce la existencia de esta aptitud, para los actos autorizados expresamente en su cuerpo (Art. 55). Siendo el menor adolescente incapaz en los demás actos de la vida cotidiana, por carecer del elemento para la valoración.-

Artículo 921 del CC, “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.-

Por esta normativa se evidencia la doctrina del paternalismo, de forma rígida al determinar la presencia de este elemento, considerando como regla los jóvenes carentes de discernimiento.-

Postura que no considera las circunstancias particulares de la persona, su desarrollo en la familia, en el medio social, cultural, económico, negando todo reconocimiento a las facultades intelectuales, en pleno desarrollo.-

Ante el ejercicio de derechos de la personalidad, patrimoniales o extramatrimoniales, actualmente es el órgano de justicia quien debe determinar si el menor adolescente, obra con discernimiento, atendiendo a estas circunstancias personales.-

2. - Relación con los intereses de los padres

En lo atinente al respeto de los derechos fundamentales, así como en particular al cuidado del propio cuerpo, se busca implementar una conciliación entre la capacidad progresiva del menor adulto y la responsabilidad de los padres o representantes. Limitando a los terceros a un rol de asistencia en la toma de decisión, pero el verdadero ejercicio de actos en función de su edad, madurez, y por presentar características para ejercer por sí mismo, es el menor titular de la voluntad última.-

Conciliar los interés de los padres con el adolescente, en ocasiones puede ser difícil, por encontrarse el segundo en una autodeterminación, que muchas veces lo lleva a enfrentarse al modelo parental. Aquí es crucial el deber de responsabilidad de los representantes para lograr un adecuado marco para la

toma de decisiones, debiendo generar el ámbito para que el menor pueda expresar su opinión y valoración sobre su propia identidad y su cuerpo.-

Cuando no se pueda llegar a un acuerdo de lo que se considera mejor para el menor, en el seno de la familia, luego de valorar las posibles decisiones, así como sus beneficios y alternativas, la CDN esboza los principios de capacidad progresiva, que comprobada la madurez para comprender la situación que compete al menor, su decisión debe prevalecer sobre la de sus padres. Siempre que la misma no implique riesgos desmesurados, siendo justificada y razonable, acatando lo sugerido por el personal de la salud.-

Otro de los posibles escenarios, es cuando el menor es quien hace uso de su derecho de rechazar un tratamiento médico, por considerarlo invasivo en su intimidad, en sus creencias culturales, religiosas, violando el principio fundamental de su autonomía en su búsqueda de la identidad. Si esta decisión es tomada con plena competencia, se deberá respetar. No obstante, si se evidencia una desproporción en la decisión y los efectos de la misma, pudiendo significar un riesgo elevado para la persona del menor, tanto los padres, como el personal de la salud, podrán excitar el aparato de justicia para que se expida a tal fin, para salvaguardar el interés superior del niño.-

VIII. - MEDIDAS Y HERRAMIENTAS DEL SISTEMA DE SALUD

En ejercicio de su profesión, como se menciona el profesional de la salud se encuentra en una posición asimétrica respecto al paciente, menor o adulto, por contar con conocimiento profesional. Y en uso de esa facultad es que debe proporcionar al paciente menor adolescente, una información dable de comprender por este. En oportunidades es quien mejor evidencia si el menor es competente, y debe auspiciar de conciliador entre los interés intrafamiliares.-

Procurando realizar todo aquello que mejor tienda a proteger los intereses del paciente, acorde a sus posibilidades. Si no se logra una decisión, el personal de la salud nada puede hacer, más que intentar persuadir por medio del dialogo, evaluación de otras alternativas. Incluso podrá derivar a otros colegas para su asistencia.-

Con la creación de comité de ética hospitalaria⁴⁴, se busco por medio de interdisciplinas, poder dar soluciones a problemas con cuestiones éticas. Por ejemplo, cuando ante la negativa de un padre a firmar el consentimiento informado, acorde la voluntad de su hijo menor, y que desde el aspecto jurídico no posee la habilitación de edad para este acto. Por lo cual el médico no puede proceder con la asistencia médica, que a su leal entender es de carácter imperativo, se puede asistir a una consulta que intente disipar una solución.-

Este organismo se ocupa de la aplicación de soluciones que consideran principios bioéticos en la práctica, y si bien sus decisiones tampoco son vinculantes, posee status para lograr una propuesta donde prevalezcan conceptos más dinámicos, y lograr un consensó entre todos los interesados, padres, menor, médico. A través de mesas de diálogo, o consultas individuales, cumple una función de mediador en las decisiones de la salud⁴⁵.-

⁴⁴ Ley 24742 - Comité Hospitalario de Ética - Funciones - Integración. Sanción: 27/11/1996; Promulgación: 18/12/1996; Boletín Oficial 23/12/1996.-

⁴⁵ Luna Florencia, Bertomeu Maria Júlia. "Comités de Ética en la Argentina" <http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-090.pdf> [Fecha de consulta: 09 de Abril de 2014].-

El comité hospitalario, puede ocuparse de los problemas desde lo ético y lo moral, se busca que sea un ámbito de consulta para el paciente en cuestión, la familia, el profesional, y la institución misma, desde diferentes sectores.-

De esta manera cuando ante el profesional de la salud surge una situación de conflicto de intereses, se pueden determinar ciertas pautas a seguir para su resolución. Primero el profesional en el ámbito de la consulta, debe proponer bajo el principio de beneficencia, todo aquello que pueda lograr una decisión. Acompañando al menor y sus representantes en este proceso, brindando seguridad para una máxima comprensión. Segundo, en caso de no lograr un acuerdo entre el menor y sus padres, podrá solicitar la intervención de un comité de ética.-

En caso de ser el profesional de la salud, el que presenta su objeción de conciencia, basado en principios de su moral, al no considerar adecuado el tratamiento que se pide realizar, deberá asegurar al paciente la derivación a otro profesional idóneo para su atención y así apartarse del caso.-

IX. - INTERVENCIÓN JUDICIAL

A partir de lo establecido por el artículo 24 y el artículo 27, inciso c), de la ley 26061, en concordancia con la CDN, la CN; sienta las bases para la defensa de los derechos el niño y menor adolescente.-

Artículo 27: Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;*
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;*
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;*
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;*
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.*

Así pues, crea el marco necesario para cumplir el derecho a un acceso efectivo de tutela judicial, en lo referido a sus derechos fundamentales. Atendiendo al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, basado en el factor de la edad. Fundado en el precepto que no es posible tomar una determinación judicial, sobre derechos que atañen a una persona, sin haber oído su opinión, mediante su correcta intervención en el proceso. No se debe olvidar que nadie mejor que el menor adolescente, para saber lo mas beneficioso para su propio cuerpo, en relación a la autonomía de la voluntad en la elección de su proyecto de vida.-

La consideración de la competencia jurídica de esta normativa, abandona los requisitos de la edad, para brindar una protección amplia, que se debe adaptar según las características de la situación en la que se desarrolla el menor.-

En tal sentido se encuentra a la doctrina dividida, sosteniendo que un niño sin madurez como factor determinante, no puede ser parte de un proceso judicial, por no comprender los actos jurídicos que se desarrollan.-

En concordancia a estas opiniones, se halla lo preceptuado por el C.C. que acuerda el derecho al menor para intervenir en juicio con patrocinio letrado, es al cumplir la edad de catorce años, solo para los actos expresamente autorizados.-

X. - PROYECTO DE LEY. REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

A lo largo del desarrollo, se observa que el gran problema actual con respecto a los menores es el reconocimiento de su capacidad en lo referente a los derechos personalísimos y en especial sobre la disposición de su propio cuerpo; dado que el sistema del código vigente, no presenta problemas al reconocer una capacidad patrimonial, sin embargo en los asuntos de derechos personalísimos, limita su ejercicio, no pudiendo decidir y elegir por sí mismo, la reforma propuesta en el 2012 del CC, tiene por objeto eliminar esta contradicción normativa, siendo uno de los principales temas tratados para definir un nuevo régimen para la situación de los menores.-

Como lo menciona Rivera J. C., en la elaboración de esta nueva norma, se busca la expresión de los valores liberales de la Constitución, teniendo como presupuestos la inviolabilidad de la persona, el reconocimiento de la dignidad, la autonomía personal y tolerancia⁴⁶.-

“Se trata de un código basado en un paradigma no discriminatorio, que concibe el hombre en términos igualitarios, sin distinciones en el sexo, religión, el origen o su riqueza” [...] “Este cambio se plasma en casi todos los institutos que se abordan: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las persona con capacidades diferentes...”⁴⁷.-

Este nuevo sistema presupone a la persona, como un concepto anterior al derecho, que viene de la naturaleza no de la ley, siendo la persona misma quien constituye su centro y fin. Por lo cual, persona es un concepto *prius* respecto de la capacidad que es *posterius*. *“Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa: es la existencia de ésta es el antecedente necesario para ser titular de intereses, derechos y deberes.”⁴⁸*

⁴⁶Rivera Julio Cesar, “La Constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, por Rivera Julio Cesar -La Abeledo Perrot, 2012, Pág.7.-

⁴⁷Fundamentos reforma del código civil 20012, Remisión al Congreso de la Nación, 07 de Junio de 2012, <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>

⁴⁸ Tobias José W. “La Persona Humana y el Proyecto”, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, por Rivera Julio Cesar, Abeledo Perrot, 2012, Pág.56 y ss.-

En el Capítulo III de la mentada norma, se plasman los derechos personalísimos, a partir del Art. 51, cuando expresa el *principio de inviolabilidad* de la persona, se debe reconocer y respetar la dignidad humana, preceptuando el valor de la persona en sí misma, lo cual debe ser respetado por terceros y viceversa, generando un entorno de tolerancia. Establece las normas de respeto a la dignidad y esencia de cada ser humano, en la esfera de la vida propiamente dicha, como en las decisiones sobre el cuerpo y la salud, así también en la esfera íntima o espiritual, al tutelar el respeto por el honor, intimidad e imagen, los cuales no deben ser disminuidos por terceros de ningún modo. Al proteger la integridad física dispone el principio de que nadie puede ser sometido a tratamientos médicos sin su consentimiento informado. Se evidencia por primera vez de forma explícita los derechos fundamentales del ser humano en la norma de orden interno, en total armonía con el principio de autonomía del Art. 19 de la CN, y el derecho constitucional internacional, incorporado por el Art. 75 inc. 22. (Rivera J.C., 2012., pág. 6).-

El Código Civil (2012) sigue esta tendencia al desarrollar lo referido a la capacidad, soslayando con el Derecho Constitucional Internacional, ratificado en nuestro ordenamiento interno en CN, en especial la CDN, incorporado también en ley 26.061 y 26579, al equiparar la mayoría de edad, 18 años; y elaborar un sistema de capacidad para los menores de edad más flexible, de autodeterminaciónañadiendo como base los valores y principios de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, complementados de principios bioéticos, al incorporar el termino de la “*capacidad progresiva o competencia, cuya determinación puede hacerse en función de fraccionamientos o en función del discernimiento de cada sujeto individual*”⁴⁹, como así en otros temas, como lo referido a las *directivas anticipadas*, con un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, destacando el valor de la autodeterminación en la esfera de la vida de cada sujeto de derecho, prevaleciendo en todo la autonomía de la voluntad, como manifestación de la dignidad humana, valor intrínseco de la persona.-

⁴⁹ Medina Graciela “Las Grandes Reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, por Rivera Julio Cesar Abeledo Perrot, 2012, Pág.281.-

La CDN fuente del proyecto, revoluciono el paradigma respecto a los niños y adolescentes, hasta ese momento imperativo que tenía una visión tutelarista o paternalista, para considerar a los menores como verdaderos sujetos de derechos, reconoce los mismos derechos reconocidos a los adultos, además de contar con derechos específicos, originados en su especial condición de persona en desarrollo, desde la protección integral. Y determina para el ejercicio por parte de los menores de esas facultades y potestades reconocidas, la *autonomía progresiva*, reconociendo que en las diferentes etapas de desarrollo, los mismos van alcanzando grados de discernimientos que les permiten comprender el sentido de sus acciones (Famá, M.V., 2009, pág. 343)⁵⁰.

El proyecto “*otorga una capacidad diferenciada a los niños y a los adolescentes, dándoles a estos mayor autonomía en orden a las decisiones personales e inclusive otorgándole capacidad jurídica plena en algunos supuestos*”⁵¹.-

Se reconoce que la evolución de los niños, no puede ser solo determinada por un factor etario, dado que la madurez o discernimiento se vincula con las experiencias personales, se evidencia que un fraccionamiento por edad es útil, pero no puede ser el único, otorgando una base de respeto a los intereses de los menores y a la búsqueda de su autorreferencial, adquiriendo capacidad para poder decidir por el mismo, disminuyendo proporcionalmente la representación de los padres.-

1. – Capacidad De Los Menores En El Proyecto Del Código Civil Y Comercial 2012

Con respecto a la capacidad en particular de las persona en el capítulo Dos, Sección uno, busca avanzar en un nuevo sistema donde la *capacidad de derecho* es la regla. (Art. 22), con un carácter flexible al consagrar limites a la aptitud genérica de la persona, estableciendo incapacidades fundadas en un orden superior, para determinadas personas sobre derechos específicos. En este

⁵⁰ Famá, Maria Victoria, “El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "La familia en el nuevo derecho", Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 343 y ss.-

⁵¹Medina Graciela Oc. Cit., Pág.281.-

articulado se incluyen los derechos subjetivos y de incidencia colectiva. Aunque, para Tobías, J. no quedarían comprendidos los intereses legítimos ni los intereses simples o intereses de hecho, por lo cual resulta mas preciso correlacionar la noción de capacidad de derecho con la aptitud potencial de ser titular de intereses tutelados por el derecho y no solo de derechos (Tobías, J. W., 2012, pág. 65)⁵².-

En lo referido a la *capacidad de ejercicio*, “*toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*” (Art. 23), remplazando el concepto de la capacidad de hecho por la de ejercicio, para referirse a una aptitud más amplia de la persona para realizar por si todo lo atinente a la sus interese personales. Los límites a tal ejercicio solo pueden ser taxativos y busca conciliar con las distintas normativas de protección a las personas en sus derechos fundamentales, reconociendo una capacidad de ejercicio como regla, para dar seguridad jurídica en lo referido a las restricciones a ella efectuadas y equilibrar la libertad de las personas, autonomía privada, otorgándole protección solo en lo necesario. En los caso de sentencia judicial cuando se pretenda establecer límites o restricciones a las personas en su capacidad de realizar actos por sí mismo, se reconoce al juez la facultad de evaluar la existencia de un verdadero daño a su persona, bienes o terceros, no comprobándose este requisito, no se puede limitar la capacidad (Tobías, J. W., 2012, pág. 71)⁵³.-

Con respecto al niño, niña y adolescente regla la incapacidad del mismo y la necesidad de sus representantes para actuar, al definir como incapaces a toda persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (Art. 24, inc. b). No obstante, al remitir a la siguiente sección, reconoce con consideraciones bioéticas la existencia de situaciones en las cuales se registran aptitudes por haber alcanzado un grado de madurez, por consiguiente los menores de edad podrán ejercer algunos derechos por sí mismos, o mediando un régimen de asistencia. De esta forma se yuxtaponen la capacidad jurídica actual, con un concepto de capacidad progresiva.-

⁵² Tobías José W., Ob. Cit. Pág.65 yss-

⁵³ Tobías José W., Ob. Cit. Pág.71.-

Abandona el sistema actual donde la *patria potestad*, configura el poder que tienen los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para incorporar una *responsabilidad parental* de acompañamiento, donde el conjunto de derechos y deberes se basa en un fin teleológico, para la formación de la personalidad de los menores desde la protección integral, proporcionando un marco de comprensión de sus deseos, interés y valores desarrollados individualmente, por medio de un espacio de participación efectiva en los actos que los atañen (De Cunto, Aldo L., 1996)⁵⁴.-

De acuerdo con el principio de autonomía progresiva de los menores en el ejercicio de sus derechos, enunciado por la CDN, y la ley 26.061, busca reconocer los grados de evolución de los niños y adolescentes como su rol protagónico en todo lo referente a su elección de su propio plan de vida, brindando un sistema que reconozca su calidad de sujeto de derecho, sus libertades, y las elecciones que formen su personalidad, como característica del principio de dignidad. Advierte que no todos los menores tienen el mismo grado de desarrollo intelectual físico, emocional y psíquico, cada individuo según las experiencias, educación, cultura o entorno, adquiere una forma única de comprender los actos de su propia vida.-

En la sección II del capítulo antes mencionado del CC (2012), en el art. 25, da la definición de persona menor de edad, aquel que no ha cumplido 18 años, y suministra la incorporación de la definición de adolescente específicamente, denominada a la persona que menor de edad cumplió 13 años hasta los 18 años.-

A entender de Rivera Julio C., en el intento de reconocer cierta autonomía a los menores de edad para la toma de decisiones sobre su propio cuerpo, se creó un escenario que nada aporta a la problemática, y solo crea el escenario para posibles conflictos intrafamiliares y de inseguridad jurídica. Desde el concepto de adolescente, para este autor, no se agrega ningún elemento de certeza para determinar la capacidad progresiva. Y la misma

⁵⁴Citado por Muñiz Javier N. en “Autonomía Progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de derechos humanos” en “Revista Derecho Privado y Comunitario” Año 2012 – 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I”. Alegria, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.). Editorial Rubinzal Culzoni, 2012, pág. 109.-

debería ser progresiva en razón de franjas etarias, y solo en supuestos excepcionales considerar otros factores⁵⁵.-

Artículo siguiente, sobre el *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad*, abandona la concepción clásica paternalista de considerar al menor como una objeto de protección, para plantear una nueva visión basada en el menor como *sujeto de derecho* desde la protección integral, para el ejercicio de derechos por los mismos. Siendo la regla actuar por medio de sus representantes legales, pero con la consideración de un concepto biojurídico, al instaurar que aquel menor de edad que cuenta con madurez suficiente puede ejercer por si mismo actos que le sean permitidos. Presuponiendo un grado de desarrollo psicofísico del menor entre trece y dieciocho años, que le otorga madurez “*para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no sean invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física*”⁵⁶. Y en el caso de los tratamientos invasivos, que pueden implicar un riesgo o peligro, norma que deben contar con la asistencia de sus representantes, pero no deja a estos últimos la decisión, habla de un conjunto de participantes; el menor, los padres y los médicos, siendo todas las opiniones valoradas para optar por una decisión en busca del mejor interés del menor de edad.-

Rivera, vuelve a realizar una crítica, al artículo mencionado, destacando que no proporciona los elementos necesarios para dilucidar cuales son los tratamientos que reúnan o no las características para que el menor pueda decidir sobre su propio cuerpo, ni resuelve el problema de cómo determinar en cada menor de 13 años si posee la aptitud para cada situación en concreto. Siendo, no solo una norma generadora de conflictos intrafamiliares, si no que lejos dista de brindar seguridad jurídica a los profesionales de la salud, al ubicarlos en una situación de indefinición⁵⁷.-

Al respecto la Dra. Kemelmajer de Carlucci, se refiere que la introducción del concepto de *competencia* como una necesidad de no discriminar a los menores, reconociendo su calidad de sujetos de derecho, con

⁵⁵RiveraJulio Cesar, Ob. Cit. Pág.15.-

⁵⁶ Anteproyecto Código Civil 2012, Capítulo II, Sección II, Artículo 26, tercer párrafo.-

⁵⁷RiveraJulio Cesar, Ob. Cit. Pág.17.-

un gradual desarrollo de su personalidad en lo psíquico y físico, considerando lo aportado por otros campos auxiliares de la construcción bioética, como la sociología, la psicología, respetando los principios establecidos por CDN. Se debe realizar un análisis concreto de lo que cada niño, niña o adolescente si puede comprender, las alternativas que se le sugieren en lo referido a su propio cuerpo y si pose valores⁵⁸.-

Para Muñiz en su análisis de lo normado por el proyecto 2012, en lo referido a las decisiones de los menores sobre su propio cuerpo, dice “...no cabe simplemente desestimar su actuación autónoma por el hecho de no contar con la aptitud requerida por el ordenamiento civil para ejercer por sí los derechos que las leyes les acuerden, muy por el contrario si aquellos cuentan con un conocimiento y comprensión respecto del acto que desean llevar a cabo, mas de evaluar la ausencia de coacciones internas o externas en su expresión de voluntad”⁵⁹.-

Con la introducción de la capacidad (autonomía) progresiva, realiza una subdivisión de los adolescentes desde la competencia bioética, cuando en la última parte del articulado 26, equipara la condición del menor adolescente entre 16 años y 18 años a la de un adulto, en el ejercicio de derechos sobre su propio cuerpo, consagrando la mayoría anticipada para tales fines.-

“La comisión de juristas a quienes se les ha confiado el Código ha tomado en consideración los aportes provenientes de saberes distintos al nuestro, como por tanto la psicología evolutiva y la sociología, y han podido identificar que en esa instancia los jóvenes cuentan con un nivel de desarrollo de sus habilidades y capacidades que les permite entender las consecuencia de la decisión a adoptar, y consentir autónomamente una intervención de salud”⁶⁰.-

En caso de los menores adolescentes dentro de este fraccionamiento, no es necesaria la actuación de sus representantes, bastando con el consentimiento solicitado por el personal galeno a los fines de las decisiones sobre su propio cuerpo, por estar equiparado a una persona adulta.-

⁵⁸Citado por Muñiz Javier N. en “Autonomía Progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de derechos humanos” en “Revista Derecho Privado y Comunitario” Año 2012 – 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I”. Alegria, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.). Editorial Rubinzal Culzoni, 2012, pág. 118.-

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 118 y 119.-

⁶⁰ Ob. Cit. Pág 122.-

Considera de forma expresa el derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procesos en los que se discutan sus intereses, y que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez. Situación reglamentada en nuestro sistema jurídico y de operatividad efectiva, pudiendo acarrear la nulidad de las acciones donde no sea escuchado el menor, sujeto de derecho. Este aspecto tuitivo se plasma en el artículo 19 del Pacto de José de Costa Rica; el art. 75 inc. 22 de la CN; art. 12.2 de la CDN; como en el art. 24 de la ley 26.061. Se exige que quien resuelva tenga un contacto directo con el menor, lo conozca más allá de los informes o certificados presentados, de los testimonios de sus representantes, no importa cual sean circunstancias es un requisito ineludible. Dado que una actuación por medio de su representante es disminuir su carácter de sujeto pleno de derecho y no reconocer sus derechos personalísimos.-

El consentimiento informado como se explico en capítulo VI del presente trabajo, es una manifestación de voluntad ligada con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, con una implicancia bioética en la medicina. Por medio de este se respeta la decisión del paciente pediátrico, para lo cual se le debe brindar una información completa y clara, de forma que sea pueda evaluar si el paciente pediátrico realiza una comprensión de las acciones que llevara a cabo, como dejar plasmada su voluntad de forma plena, sin injerencias de terceros.-

“Se requiere de tres condiciones: información adecuada, ausencia de coerción y plena competencia del paciente para consentir (rechazar) un acto médico” Outomuro, Delia, 2004)⁶¹.-

En correlación con lo normado por la CDN y art 27 de la Ley 26.061, ofrece garantías mínimas de procedimiento, establece que en caso de conflicto de interés con sus representantes puede intervenir con asistencia letrada en la generalidad de los actos que son permitidos por el ordenamiento jurídico. Todo menor entre trece y dieciocho años que demuestre tener discernimiento puede contratar una asistencia letrada; no obstante debe contar con una habilitación especial. Si se trata de un menor que no se considera con la madurez suficiente

⁶¹Citado por Muñiz Javier N. en “Autonomía Progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de derechos humanos” en “Revista Derecho Privado y Comunitario” Año 2012 – 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I”. Alegria, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.). Editorial Rubinzal Culzoni, 2012, pág. 130.-

para elegir su patrocinio, el juez debe designar alguien para su representación, tutelando su derecho de estar en juicio.-

En concreto plantea un nuevo régimen de participación, para tratar lo referido a los derechos personalísimos, para dar respuestas a los cambios de evolución, contemplando la edad, grado de madurez, ejercicio y comprensión de las facultades por parte del menor⁶².-

⁶²Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. (2012). Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 [en línea]. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2013].

XI. - CONCLUSIÓN FINAL

A partir de la investigación realizada de los derechos fundamentales, la capacidad tradicional, los principios bioéticos, la competencia y la autonomía progresiva de los menores adolescentes, con cada uno de sus elementos, como su contemplación en las diferentes normas citadas, se advierte que la legislación internacional, la doctrina y las interdisciplinas abocadas a generar escenarios que se adapten a los sucesos de la humanidad y proporcionar una mayor protección, avanzan en un inevitable reconocimiento de la dignidad e inviolabilidad de la persona humana, respetando lo que cada ser humano considera para su libre desarrollo en su proyecto de vida, sin discriminación, basado los principios liberales, los cuales deben abarcar a todos los individuos, por el solo hecho de ser personas.-

Con el tratamiento hecho por la CDN, se reconoce el ejercicio progresivo de los derechos fundamentales de los menores adultos, como la dignidad y en particular el derecho a la autodeterminación, garantizando su integridad física y moral, su intimidad personal, a través de la construcción de un nuevo paradigma, por el cual se trata de dar respuesta a los avances sociológicos que se atraviesan desde hace décadas, y sumergirse en la consideración del menor, como lo que es por su naturaleza humana, un ***sujeto de derecho***. A través de la incorporación del concepto de *capacidad progresiva*, enfatizando su derecho a ser oído, proporciona un marco donde sus decisiones deben ser valoradas, aun cuando se opongan a lo que terceros consideran mejor para su bienestar; protegiendo la inviolabilidad de su personalidad en desarrollo.-

Se evidencia la importancia de considerar al menor adolescente como “**sujeto de derecho**”, ser **autónomo**, que por tal posee dignidad, concepción de la protección integral, donde se respeta el derecho a ser escuchado, en todo lo que concierne a su propio cuerpo, según sus creencias, y evaluaciones de los resultados, otorgando una concreta participación en el proceso de la toma de decisión; y no como un “**objeto de derecho**”, tratamiento que se le da el código civil argentino vigente, en cual se le brinda una protección que invade la esfera íntima de autodeterminación.-

Concluyendo, es primordial unificar nuestro ordenamiento en lo referido a la capacidad tradicional, basados en un principio protección paternalista, concepto rígido de capacidad- incapacidad, con a la capacidad progresiva, autonomía progresiva y competencia bioética de los menores adolescentes; destacando que la capacidad de obrar se manifiesta en la capacidad e entender conscientemente los actos que se realizan, independientes de la edad biológica que poseen los menores entre catorce y dieciocho años, considerando que la madurez en muchos casos se alcanza a distintas y tempranas edades, como consecuencia que se desenvuelven en entornos culturales y sociales más dinámicos, propiciando mayor conocimiento y entendimiento de sus facultades.

En este contexto incorporar en la sociedad jurídica y médica, de forma operativa, y no solo teórica, lo preceptuado por la bioética, respecto a la competencia del menor adolescente resulta de vital importancia. Debe ser ampliada la función efectiva del comité de ética en las instituciones de salud, para lograr proporcionar un análisis dinámico de cada caso en cuestión. Que proporcione una evaluación del menor con certeza de la competencia del menor, como interpretación de los intereses de todas la parte de la relación, paciente pediátrico, galeno y lo padres del menor.-

Por todo lo expresado considero que con respecto al menor adolescente la regla debe ser que prevalezca la autonomía de la voluntad, respetando sus derechos fundamentales, pero en un marco donde es necesario armonizar y complementarse valoraciones de la edad y la competencia bioética. Siendo en cuestiones de salud, quien mejor está facultado para decidir la persona misma. Para lo cual, la determinación del tratamiento o procedimiento médico, debe ser voluntario e informado, siendo para ello necesario una real comprensión, dado por el discernimiento y grado de madurez, que posee cada menor en particular, y así ejercer la competencia bioética. Este nuevo paradigma es de carácter complejo, y no se puede poner delimitaciones estáticas, como la edad, por consiguiente no solo desde lo jurídico se deben buscar soluciones más dinámicas, si no es necesaria una participación efectiva de ciertos sujetos, como la familia, la educación, y la medicina.-

XII. - ANEXOS

1. - ANEXO TABLAS

Estadios de la Teoría de Piaget sobre el desarrollo moral.⁶³

ESTADIOS	CARACTERÍSTICAS
Primer estadio: moral de presión adulta.	De 2-6 años los niños son capaces de representar cosas y acciones a través del lenguaje, donde se da inicio a la fase preconceptual caracterizada por el egocentrismo, irreversibilidad y sincretismo, sin realizar razonamientos abstractos, impidiéndoles comprender el significado de las normas generales valorándolas como cosas concretas imposibles de cambiar. En esta fase la moral se caracteriza por la heteronomía (normas impuestas por adultos).
Segundo estadio: moral de solidaridad entre iguales.	De 7-11 años, adquieren la capacidad de realizar operaciones mentales, comprenden el concepto de reversibilidad representaciones mentales, conservación, términos de relación, inclusión en clases y clasificación. Las normas dejan de ser netamente heterónomas para comenzar a alcanzar ciertos grados de autonomía, basadas en el respeto, compañerismo y solidaridad entre iguales. Surgen sentimientos morales como la honestidad, solidaridad y la justicia. El respeto a las normas se deriva del respeto al grupo y la necesidad de un cierto orden para el mantenimiento del juego, sin embargo, la aplicación de las normas, conceptos y sentimientos morales son poco flexibles. Las normas siguen estando ligadas a las cosas y situaciones concretas, probablemente porque la capacidad intelectual de los niños no ha llegado aún al desarrollo del pensamiento abstracto y de la generalización.
Tercer estadio: moral de equidad.	De 12 años en adelante, experimentan cambios biológicos, emocionales, cognitivos y psicológicos importantes, que potencian el desarrollo intelectual y moral. La madurez del pensamiento permite la realización de operaciones mentales abstractas, generalizaciones, pensamiento inductivo y deductivo. Surgen sentimientos morales personalizados (compasión, altruismo, entre otros), reconociendo la alteridad; desapareciendo la rigidez en la aplicación de las normas y conceptos morales, completándose el paso de la heteronomía a la autonomía.

Fuente: Información extraída de Piaget.⁴ El criterio moral en el niño. 2da Ed. Fontanella. Barcelona. (1983).

TABLA DE PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO MORAL(KOHLBERG)⁶⁴

Nivel I. Pre convencional

Estadio 1. Moralidad heterónoma

Estadio 2. Moralidad individualista, instrumental

Nivel II. Convencional

Estadio 3. Moralidad de la normativa interpersonal

Estadio 4. Moralidad del sistema social

Nivel III. Pos convencional o de principios

Estadio 5. Moralidad de los derechos humanos y bienestar social

Estadio 6. Moralidad de principio(s) ético(s) universal(es), universalizable(s), reversible(s) y prescriptivo(s)

⁶³Ferro, María. "Participación En La Toma De Decisiones Sanitarias Por Parte De Los Menores De Edad Según Desarrollo Moral, Y Marco Normativo Venezolano". <http://www.actaodontologica.com/ediciones/2012/4/art8.asp>. [Fecha de consulta: 4 de junio de 2013]

⁶⁴Diego Gracia, Yolanda Jarabo, Nieves Martín Espíldora, Julián Ríos, ob. Cit.

2. - ANEXO NORMATIVO

Partes pertinentes para el presente trabajo

Constitución Nacional. Sancionada: Diciembre 15 de 1994.

Promulgada: Enero 3 de 1995.

Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Convención sobre los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990

Artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3.-1. En 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 5.- Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 12.-1. Los 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 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.

Ley 26.061. Ley De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes. Sancionada: Septiembre 28 de 2005.
Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005.

Artículo 3° — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 7° — RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Artículo 9° — DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 24. — DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Anteproyecto De Código Civil Y Comercial De La Nación. 2012.-

Artículo 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

Artículo 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Artículo 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años.

Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

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.

Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo

3. - ANEXO FALLOS JUDICIALES

“Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”

TRIBUNAL: CSJN

DERECHOS PERSONALÍSIMOS Derecho a la intimidad. Principio de reserva. Límites. Buenos Aires, 6 de abril de 1993.

VISTOS LOS AUTOS:

"Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar".

CONSIDERANDO:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que el nombrado profesa.

3°) Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida..." (fs. 22 vta.).

4°) Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no quiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud -incluso poner en peligro su vida-, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5°) Que, si bien en principio los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), resta determinar inicialmente si ellos poseen actualidad.

6°) Que las coincidentes constancias de los informes obrantes a fs. 45 y 46, proporcionados a requerimiento del Tribunal, permiten conocer que el cuadro clínico que motivó las presentes actuaciones no ha subsistido. Bahamondez no se encuentra internado, correspondiendo al 15 de junio de 1989 el último registro que da cuenta de su asistencia a la unidad hospitalaria, oportunidad en la que fue dado de alta en relación a la "hemorragia digestiva" que lo afectaba.

7°) Que, en esas condiciones, resulta inoficioso a la fecha de este pronunciamiento decidir sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 301:947; 306:1160; 310: 819); y la doctrina del Tribunal sobre los requisitos jurisdiccionales ha subrayado que la subsistencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787).

8°) Que no obsta a la aplicación de estos criterios la mera posibilidad -aun cuando ésta haya sido calificada como seria- de que, en el futuro, se pueda volver a repetir el mismo cuadro de urgencia médica que padeció Marcelo Bahamondez, con la necesidad de efectuarle transfusiones sanguíneas (v. informe de fs. 45 in

fine), pues, no importando esa relativa apreciación un pronóstico cierto en torno a la exigencia de tal tratamiento, la situación del recurrente no difiere sustancialmente de la de otros miembros del culto "Testigos de Jehová" que puedan llegar a requerir, también en el futuro y con idéntico grado de eventualidad, una atención de esas características. Un temperamento contrario demandaría, además, presumir -nuevamente de un modo conjetural— que, indefectiblemente, la actitud que el apelante asumiría entonces coincidiría con la que motivó estas actuaciones; presunción que -a esta altura- resulta igualmente inadmisibles. De igual modo, ante la inexistencia de un agravio actual, no corresponde a esta Corte dictar un pronunciamiento que decida definitivamente -en función de una determinada situación de hecho- sobre la legitimidad de la oposición del paciente a recibir una transfusión sanguínea, pues aún para el caso de ser necesaria una intervención médica de igual

naturaleza, no existe certeza alguna sobre la verificación de idénticas circunstancias fácticas que las consideradas, principalmente en lo que atañe a la declaración de voluntad del interesado, a la afectación de derechos de terceros o a la presencia de un interés público relevante, aspectos cuya apreciación es esencial para juzgar fundadamente la cuestión que dio lugar a estas actuaciones en la medida en que podrían sustentar soluciones opuestas.

9°) Que, precisamente, tal situación impide en el caso la intervención del Tribunal por vía del recurso extraordinario en razón de la invariable jurisprudencia que ha decidido su incompetencia para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos (Fallos: 266:313; 273:63; 289:238).

Por ello, se declara que actualmente es inoficiosa una decisión en la causa. Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Levene (h.) - Mariano Augusto Cavagna Martínez - (En disidencia)

Rodolfo C. Barra - (Por su voto)

Carlos S. Fayt - (Por su voto)

Augusto César Belluscio - (En disidencia)

Enrique Santiago Petracchi - (En disidencia)

Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O'connor - Antonio Boggiano (En disidencia)

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE SEGUNDO DOCTOR DON RODOLFO C. BARRA Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

CONSIDERANDO:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen.

Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2°) Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir

transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que el nombrado profesa.

3°) Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado", realizado por un medio no violento y no por propia mano, sino por la omisión propia del suicida que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida..." (fs. 22 vta.).

4°) Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no quiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud -incluso poner en peligro su vida-, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5°) Que, si bien en principio los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), resta determinar inicialmente si ellos poseen actualidad.

6°) Que las coincidentes constancias de los informes obrantes a fs. 45 y 46, proporcionados a requerimiento del Tribunal, permiten conocer que el cuadro clínico que motivó las presentes actuaciones no ha subsistido.

Bahamondez no se encuentra internado, correspondiendo al 15 de junio de 1989 el último registro que da cuenta de su asistencia a la unidad hospitalaria, oportunidad en la que fue dado de alta en relación a la "hemorragia digestiva" que lo afectaba.

7°) Que, en esas condiciones, resulta inoficioso a la fecha de este pronunciamiento decidir sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 301:947; 306:1160; 310: 819); y la doctrina del Tribunal sobre los requisitos jurisdiccionales ha subrayado que la subsistencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 307:188; 308:1489; 311:787).

8°) Que no obsta a la aplicación de estos criterios la mera posibilidad -aun cuando ésta haya sido calificada como seria- de que, en el futuro, se pueda volver a repetir el mismo cuadro de urgencia médica que padeció Marcelo Bahamondez, con la necesidad de efectuarle transfusiones sanguíneas (v. informe de fs. 45 in fine), pues, no importando esa relativa apreciación un pronóstico cierto en torno de la exigencia de tal tratamiento, la situación del recurrente no difiere sustancialmente de la de otros miembros del culto "Testigos de Jehová" que puedan llegar a requerir, también en el futuro y con idéntico grado de eventualidad, una atención de esas características. Un temperamento contrario demandaría, además, presumir -nuevamente de un modo conjetural- que, indefectiblemente, la actitud que el apelante asumiría entonces coincidiría con la que motivó estas actuaciones; presunción que -a esta altura- resulta igualmente inadmisibles.

9°) Que, precisamente, tales circunstancias impiden la intervención del Tribunal por vía del recurso extraordinario en razón de la invariable jurisprudencia que ha decidido su incompetencia para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos (Fallos: 266:313; 273:63; 289: 238).

10) Que, por otra parte, no se dan en la especie las circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal en la causa "Ríos" (Fallos: 310:819) para hacer excepción al mencionado principio.

En efecto, en el citado precedente esta Corte entendió que las disposiciones atacadas de inconstitucionales por el recurrente no habían sido modificadas, por lo cual subsistían los obstáculos legales que le impedían postularse como candidato. Se mantenía, en consecuencia, el agravio que lo afectaba al momento de su escrito inicial, actualizándose su pretensión y tornándose procedente un pronunciamiento del Tribunal sobre el punto de clara naturaleza federal.

En cambio, en la especie, y aun admitiéndose por vía de hipótesis la eventual reiteración de un supuesto de hecho análogo al que originó la presente causa, lo cierto es que el punto se encuentra claramente resuelto en la ley en sentido concordante con las pretensiones del recurrente, lo que torna improcedente cualquier pronunciamiento de este Tribunal.

11) Que ello es así por cuanto el art. 19 de la ley 17.132 de "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración" dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones- "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...", con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal avienta toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al Tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones.

12) Que, en efecto, cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí

mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del

hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

13) Que el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De este modo, reserva al derecho privado la protección jurisdiccional del individuo frente al individuo, y le confía la solución de los conflictos que derivan de la globalidad de las relaciones jurídicas. De ahí que, el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte.

En cuanto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, puede decirse que la jurisprudencia y la doctrina lo relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, cuando el art. 19 de la Constitución Nacional dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de

impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional. En consecuencia, más allá de si Marcelo Bahamondez sea o no creyente de un determinado culto y de la circunstancia de tener incuestionable poder jurídico para rehusar ser transfundido sin su consentimiento, teniendo en cuenta que el caso se ha tornado abstracto, actualmente es inoficioso un pronunciamiento.

Por ello,

Se declara que actualmente es inoficiosa una decisión en la causa. Hágase saber y devuélvase.

Rodolfo C. Barra

Carlos S. Fayt

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE PRIMERO DOCTOR DON MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

CONSIDERANDO:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, según el criterio de los profesionales intervinientes. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez, mayor de edad, fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia a raíz de que se hallaba afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena. Según el informe médico recabado por el juez de primera instancia, si bien no existía

hemorragia al tiempo de dicho informe, de repetirse ella sin haberse transfundido sangre, había peligro cierto de muerte para el paciente.

Sin embargo, este último se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que él profesaba. Al entrevistar a Bahamondez, el juez de primera instancia lo encontró lúcido. En dicha oportunidad, aquél mantuvo su postura negativa respecto a la transfusión de sangre. También se encontraba presente en el acto la madre del paciente, quien manifestó pertenecer al mismo culto y que no se oponía a la decisión de su hijo.

3°) Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resultaba posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida..." (fs. 22 vta).

4°) Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo que la decisión de Bahamondez resultase equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, el recurrente sostiene que Bahamondez no quiere suicidarse sino vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El defensor afirma, además, que el paciente es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud e incluso a su vida, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las

garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5°) Que los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48). No empece a ello que los agravios aludidos carecen de actualidad, lo cual surge de las constancias de autos, conforme a las cuales Bahamondez ya ha sido dado de alta, sin que se le haya realizado la transfusión en cuestión.

6°) Que, en efecto, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

Para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. "Ríos", Fallos: 310:819 - considerandos 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia, y, especialmente el considerando 7° del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: "Carroll v. Princess Anne", 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas, entre otros).

7°) Que corresponde determinar, en primer lugar, la naturaleza y alcances en el marco de la Constitución Nacional del derecho principalmente involucrado en esta controversia, esto es, el derecho a la libertad religiosa.

8°) Que esta Corte ha reconocido raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y, más ampliamente, a la libertad de conciencia. Así, en Fallos: 214:139 se sostuvo que la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales. Por otra parte, al interpretar el artículo 14 de la Constitución Nacional, el Tribunal enfatizó que dicha norma asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho a profesar y practicar libremente su culto (Fallos: 265:336). Asimismo, en Fallos: 312:496

se recalcó que la libertad de religión es particularmente valiosa y que la humanidad la ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones.

Más recientemente, en la causa E.64.XXIII. "Ekmekdjíán, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros" (sentencia del 7 de julio de 1992), se afirmó que la defensa de los sentimientos religiosos forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución (considerando 27).

9º) Que la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos.

10) Que dicho derecho significa, en su faz negativa, la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos, como de la autoridad pública. Ello excluye de un modo absoluto toda intromisión estatal de la que pueda resultar la elección forzada de una determinada creencia religiosa, coartando así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos.

En su faz positiva, constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. Dicha autonomía se extiende a las agrupaciones religiosas, para las cuales importa también el derecho a regirse por sus propias normas y a no sufrir restricciones en la elección de sus autoridades ni prohibiciones en la profesión pública de su fe.

11) Que el fundamento de la libertad religiosa reside en la naturaleza misma de la persona humana, cuya dignidad la lleva a adherir a la verdad. Mas esta adhesión no puede cumplirse de forma adecuada a dicha naturaleza si no es fruto de una decisión libre y responsable, con exclusión de toda coacción externa. En razón de ello, este derecho permanece en aquéllos que no cumplen la obligación moral de buscar la verdad y ordenar su vida según sus exigencias (confr. "Catecismo de la Iglesia Católica", edición francesa, n° 2106).

12) Que por las razones expuestas la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no

cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público (Fallos: 304:1524). Además, tal como se estableció en Fallos: 312:496 al reconocerse por vez primera rango constitucional a la objeción de conciencia, quien la invoca debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias, verbigracia, la pertenencia al culto que se dice profesar.

13) Que a la luz de aquella doctrina ha de ser considerada la situación del pupilo del recurrente, un mayor de edad, perteneciente al grupo religioso conocido como "Testigos de Jehová", que se niega a recibir transfusiones de sangre por considerarlas pecaminosas, a sabiendas del grave riesgo que ello importa para su vida.

14) Que si bien la doctrina reseñada parece dar razón a las pretensiones de Bahamondez, es necesario cotejar su caso con el principio fundamental según el cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal. Con apoyo en él, el Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes (causa M.114.XXIII. "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. infracción ley 20.771", del 11 de diciembre de 1990), o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica. En estos supuestos, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídica. Ello es así aun cuando la eutanasia, es decir, la acción positiva u omisión de medios proporcionados objetivamente destinada a provocar o acelerar la propia muerte, pudiera fundarse en convicciones religiosas. En ese caso, el derecho a la libertad religiosa, que al igual que los demás derechos, no es ilimitado ("Catecismo" citado, n° 2109), sufriría una razonable restricción en consideración de las valoraciones expuestas.

15) Que, en cambio, dicho principio no halla aplicación cuando, como ocurre en el caso, el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso. Existe, entonces, una importante diferencia entre el contenido de la acción desplegada por el promotor o el cómplice de la eutanasia y el de la conducta del objetor de conciencia. Este no busca el suicidio, tal como insistentemente se expresa en el recurso extraordinario, sin que se observen razones para dudar de la sinceridad de esta alegación. Tan sólo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa. Por ello, la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea.

16) Que de todo lo afirmado resulta el diverso tratamiento con que el ordenamiento jurídico debe enfocar la responsabilidad de los profesionales y demás personas intervinientes en uno y otro supuesto. En los casos de eutanasia u otra práctica asimilable a ella, son autores o cómplices de un hecho ilícito. En cambio, cuando hay objeción de conciencia a un tratamiento médico, nada cabe reprochar a quienes respetan la decisión libre de la persona involucrada.

17) Que no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona distinta de Bahamondez, mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa.

18) Que la convivencia pacífica y tolerante también impone el respeto de los valores religiosos del objetor de conciencia, en las condiciones enunciadas, aunque la sociedad no los asuma mayoritariamente. De lo contrario, bajo el pretexto de la tutela de un orden público erróneamente concebido, podría violentarse la conciencia de ciertas personas que sufrirían una arbitraria discriminación por parte de la mayoría, con perjuicio para el saludable pluralismo de un estado democrático.

19) Que resulta irrelevante la ausencia de una norma expresa aplicable al caso que prevea el derecho a la objeción de conciencia a transfusiones sanguíneas, pues él está implícito en el concepto mismo de persona, sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico. Además, como se sostuvo en el considerando 15 de Fallos: 312:496, recordando con cita de Joaquín V. González la doctrina del

caso "Kot" (Fallos: 241:291), los derechos individuales -especialmente aquéllos que sólo exigen una abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas por parte de aquéllos- deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación. Ello permite afirmar la tutela constitucional de la objeción de conciencia con apoyo en los artículos 14 y 33 de la Constitución.

20) Que, por otra parte, la ley 17.132, de aplicación en la Capital Federal y Territorios Nacionales, establece, en su artículo 19, que los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. De tal modo, por medio de una disposición genérica, se comprenderían conflictos como el de autos, asignándoles una solución congruente con los principios constitucionales reseñados.

21) Que a la misma solución ha arribado el derecho comparado en algunos países. En los Estados Unidos, Black sostuvo que "es un principio general, basado en la regla de la libertad de religión, que las objeciones de conciencia de las personas no pueden ser violadas por las leyes, salvo los casos en los que las exigencias del gobierno o del Estado lo vuelvan inevitable" (Handbook of American Constitutional Law. pág. 534, citado en Fallos: 312:496). Tal conclusión es coincidente con aquellos precedentes estadounidenses, dictados en casos sustancialmente idénticos al presente, que negaron la existencia de un interés público relevante que justificara la restricción estatal de la libertad del individuo (confr. las referencias efectuadas en la obra de Feinberg y Gross, compiladores, *Philosophy of law*. págs. 256/257). En Alemania, el Tribunal Supremo sostuvo esta misma doctrina en una sentencia dictada el 28 de noviembre de 1957 (BGHst 11, 111, transcripta en la obra de Albin Eser, *Strafrecht*. Tomo III, parte especial, Múnich, 1981, págs. 87/96). Se afirmó allí que aun un enfermo en peligro de muerte puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella le sea posible liberarse de su dolencia.

Por ello

Se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada (art. 16, segunda parte, ley 48). Notifíquese y devuélvase.

Mariano Augusto Cavagna Martínez

Antonio Boggiano

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

CONSIDERANDO:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica, en el paciente Marcelo Bahamondez, de las transfusiones de sangre que resultaran necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2°) Que, según las constancias de autos, Marcelo Bahamondez, mayor de edad, fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia a raíz de que se hallaba afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena. Según el informe médico recabado por el juez de primera instancia, si bien no existía hemorragia, al tiempo de dicho informe, de repetirse ella sin haberse transfundido sangre, había peligro cierto de muerte para el paciente.

Sin embargo, este último se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencias del culto "Testigos de Jehová" que él profesaba. Al entrevistar a Bahamondez, el juez de primera instancia lo encontró "lúcido". En dicha oportunidad, aquél mantuvo su postura negativa respecto a la transfusión de sangre. También se encontraba presente en el acto la madre del paciente, quien manifestó pertenecer al citado culto y que no se oponía a la decisión de su hijo.

3°) Que la cámara, al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida" que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. El a quo calificó a la posición del paciente como "nihilista" y agregó al respecto que "...Nos han repugnado por siempre las viejas lecciones de la historia antigua que relataban los sacrificios humanos en el ara sangrienta de un Moloch insaciable del fuego cartaginés. Mucho ha andado la raza humana para terminar con estas creencias y la razón de ello ha sido siempre la misma, preservar el valor de la vida..." (fs. 22 vta.).

4°) Que el apelante considera, en primer lugar, erróneo lo afirmado por el a quo en el sentido de que la decisión de Bahamondez resultaba equiparable a un "suicidio lentificado". Por el contrario, sostiene el recurrente, Bahamondez no quiere suicidarse sino que desea vivir, más no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. El paciente, agrega su defensor, es consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud -incluso poner en peligro su vida-, no obstante lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas.

Fundado en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional, el recurrente considera que la transfusión de sangre, ordenada en contra de la voluntad de Bahamondez, representa un acto compulsivo que desconoce y avasalla las garantías constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva.

5°) Que los agravios reseñados son idóneos para habilitar la instancia extraordinaria, pues el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, ley 48), no empece a ello que los agravios aludidos carezcan de actualidad con base en que, conforme surge de las constancias de fs. 45/46, Bahamondez ya ha sido dado de alta de la clínica en la que se encontraba internado, sin que se le haya realizado la transfusión.

6°) Que, en efecto, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

Para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. "Ríos", Fallos: 310:819 - considerandos 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia, y, especialmente el considerando 7° del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: Carroll v. Princess Anne, 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas, entre otros).

En consecuencia, corresponde resolver que esta Corte Suprema se encuentra facultada para habilitar en el sub lite la instancia extraordinaria y examinar los agravios traídos por el recurrente.

7°) Que, tal como lo señala correctamente el apelante, él no ha invocado en favor de su pupilo un supuesto derecho a la muerte o derecho al suicidio.

Por el contrario, lo que se ha alegado a lo largo de todo el proceso por parte del paciente es la violación de su autonomía individual, que encuentra expreso reconocimiento en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

8°) Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ EditorialAtlántida S.A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 306:1892) el Tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: "...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la

personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen..." (Voto de la mayoría, considerando

9º) Que tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Luego, la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional. En tal sentido, resulta pertinente recordar el fallo del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana que, fundado en el art. 2º, inc. 2º, de la Ley Fundamental de ese país que reconoce el derecho a la vida y a la integridad corporal, resolvió que era antijurídica una operación quirúrgica sin consentimiento del paciente por los siguientes argumentos: "...Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse. Este principio también es vinculante para el médico. Por cierto que el derecho más trascendente de éste, y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico -aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico- realizase, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para

rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia..." (BGHst 11, 111, sentencia del 28 de noviembre de 1957, transcripta en la obra de Albin Eser, Strafrecht, Tomo III, segunda edición, parte especial, Múnich, 1981, págs. 87/96).

10) Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés.

11) Que, en este sentido, tal conclusión es coincidente con aquellos precedentes estadounidenses, dictados en casos sustancialmente análogos al presente, que negaron, ante la comprobación de que la decisión del paciente había sido emitida con pleno discernimiento y, además, no afectaba directamente derechos de terceros, la existencia de un interés público relevante que justificara la restricción estatal en la libertad del individuo (confr. la sentencia dictada en 1972 por la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso *In the Matter of Osborne*, transcripta en la obra de Feinberg y Gross, compiladores, *Philosophy of law*, tercera edición, 1986, págs. 256/257; asimismo, la jurisprudencia reseñada en *American Jurisprudence*, segunda edición, New Topic Service, 1979, voz "Right to die; Wrongfull Life", especialmente págs. 12/13).

Otros pronunciamientos judiciales también han señalado que el "derecho a ser dejado a solas", que ha servido de fundamento para negarse a recibir los tratamientos médicos en cuestión y que encuentra su exacta equivalencia en el derecho tutelado por el art. 19 de nuestra Constitución (confr. voto concurrente del juez Petracchi en la causa "Ponzetti de Balbín" cit., considerando 19, pág. 1942 y su cita de la jurisprudencia estadounidense) no puede ser restringido por la sola circunstancia de que la decisión del paciente pueda parecer irrazonable o absurda a la opinión dominante de la sociedad (confr. voto del juez Burguer, de la Cámara de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el caso *Application of Georgetown College*, 1964, transcripta en la obra *Comparative Constitutional Law, Cases and Commentaries*, de Walter F. Murphy y Joseph Tanenhaus, Nueva York, págs. 464/466).

12) Que, por el contrario, en otros casos, los tribunales estadounidenses no han tenido en cuenta la decisión del paciente de rechazar una terapia restrictiva de su libertad personal, cuando la muerte posible de aquél podía poner en peligro la vida o la integridad física de sus hijos pequeños (ver, para una reseña de esta jurisprudencia. *American Jurisprudence. op. y loc. cit.*).

13) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros.

Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.

Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (Caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, considerando 19, pág. 1941).

14) Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de Marcelo Bahamondez de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcionales mencionadas en los considerandos anteriores, cabe concluir - conforme a los principios desarrollados precedentemente- que no existió en el caso ningún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado. Ello hace que la decisión del a quo sea contraria a los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se revoca el pronunciamiento apelado (art. 16, segunda parte, ley 48).
Notifíquese y devuélvase.

Augusto César Belluscio

Enrique Santiago Petracchi

Graciela Beatriz Daleo

Trib. Sup. Ciudad Bs. As., 27/09/2000 - Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires S/ Acción declarativa de inconstitucionalidad).

Expediente:

480/2000

Buenos Aires, 27 de setiembre de 2000

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta:

1. La Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y la Asociación Pro Familia interponen la acción prevista en el art. 113 inc. 2°, CCBA y tachan de inconstitucionales la ley 418, en sus arts. 5° y 7, inc. a° y c°, y la ley 439°, que modifica el art. 7 inc. c° de la ley 418.

Los accionantes sostienen que "la ley contraría principios contenidos en el estatuto constitucional, en pactos internacionales y en la ley civil federal" (fs. 70 vuelta).

En su presentación mencionan normas de diferente rango: Constitución de la Ciudad (arts. 37° y 39°), CN, pactos internacionales y leyes nacionales en cuanto refieren al derecho a la vida (art. 75 inc. 23°, CN; art. 3°, Declaración Americana de Derechos humanos; art. 4.1°, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 6°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art.75 inc. 22°, CN., reserva de la Nación Argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23849°) y a la familia (arts. 14 bis° y 31°, CN; arts. 12° y 16°, DUDH; art. 17.1°, CADH; arts. 17° y 23°, PIDCYP; arts. 264°, 166, inc. 5°, 168° y 264 quater° del CCiv.), e invocan la afectación del derecho a la vida y al ejercicio de la patria potestad.

2. A fs. 69 vta., en otro sí, a título personal adhieren a la demanda los Sres. Miguel M. Padilla, Jorge A. Mazzinghi, Ricardo I. Kennedy, Carlos M. Esteva y Roberto Catellano. Con posterioridad el Sr. Kennedy desiste de la acción (fs. 91).

3. A fs. 80, el Dr. Andrés F. Gil Domínguez solicita ser tenido como *amicus curiae* en los términos del art. 22 de la ley 402.

Fundamentos:

La jueza Ana M. Conde dijo:

1. Los accionantes se encuentran legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 incs. 1 y 2, de la ley 402.

Lo pretendido por ellos es el control de constitucionalidad en abstracto de las disposiciones legales que se cuestionan. Se satisface, de tal modo, una de las exigencias con que el art. 17 de la ley 402 regula el instituto: que tenga por exclusivo objeto el análisis de la validez de una ley para determinar si es contraria a la Constitución de la Ciudad o a la Constitución de la Nación.

Los preceptos legales que se reputan inconstitucionales (5 y 7) son las "...norma(s) de carácter general emanada(s) de las autoridades de la Ciudad..." que los arts. 113 inc. 2, de la CCBA. y 17 de la LPTSJ, establecen como objeto de la impugnación declarativa directa de inconstitucionalidad.

2. Es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (este Tribunal, en los autos "Massalín Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n. 31/99 SAO, resolución del 8/6/99)

En verdad, algunas de las razones que invocan los actores para censurar las disposiciones legales no satisfacen adecuadamente dicha exigencia.

A partir del punto V de la demanda (fs. 66) se desarrollan bajo ciertos acápites las críticas, sin llegar a vincular -en ciertos casos- el principio o fundamento invocado con el dispositivo legal atacado. Así, bajo la denominación "Cuestionable contenido de la ley 418 " se efectúan comentarios a los arts. 3, 4 que señalan el disenso personal de los accionantes con el contenido de la ley, pero no se traducen en una censura con base constitucional a tales preceptos. Tampoco resulta adecuado fundamento la crítica a la vaguedad o ambigüedad de la terminología utilizada por la ley pues, además de tratarse de una característica común de los lenguajes naturales, el uso que efectúa la ley es perfectamente comprensible, lo que queda demostrado con la posibilidad con que han contado los actores de interponer una demanda censurando su contenido. En la medida que esos comentarios no han concluido en la petición de declaración de inconstitucionalidad de tales artículos, quedan fuera del debate constitucional que se pretende entablar ante el Tribunal.

3. La ponderación que efectúan del art. 5 sí introduce una crítica con base constitucional, centrada en lo que los accionantes consideran una afectación a la cláusula de supremacía establecida en la Constitución Nacional . Ello por cuanto expresan los actores que "...el sistema puede funcionar respecto de menores sujetos a la patria potestad, aún lejos de la edad núbil, quienes, aparentemente sin intervención de sus padres, podrían acceder a las 'acciones' que enuncia el art. 7 . Es patente, en efecto, que este artículo, al indicar como destinatarios de la ley 'especialmente a las personas en edad fértil', vulnera de modo manifiesto el derecho inalienable de los padres de velar por la salud física y espiritual de los hijos, así como de formarlos en concordancia con sus convicciones morales y religiosas (...) La norma que impugnamos desconoce el régimen de la patria potestad, consagrado en el CCiv. , y su jerarquía normativa, fijada por el art. 31 de la CN."

Respecto de esta cuestión, corresponde admitir el trámite de la acción.

4. Por el contrario, la objeción relativa al enunciado, en el art. 7 de la ley, de los dispositivos intrauterinos y de métodos hormonales aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación, por considerarlos lesivos a la vida, no resulta admisible en la jurisdicción local.

La cuestión atañe a la materia de la salud humana; área en la que la Nación y los estados que integran el sistema federal gozan de facultades concurrentes de regulación y control (Corte Sup., Fallos: 7:150; 101:126; 154:5, citados en 239:343 ; 321:1705).

Cuando se verifica la existencia de tal concurrencia de facultades, una adecuada organización del sistema federal exige que se de preminencia a la regulación nacional por sobre la local. Ello en tanto aquélla no sea declarada inconstitucional en un ámbito idóneo para el dictado de tal tipo de pronunciamiento; el que -claramente- no es el de la acción de inconstitucionalidad regulada en el art. 113 inc. 2 de la CCBA., que sólo permite cuestionar normas emanadas de autoridades de la Ciudad.

La Ciudad de Buenos Aires ha reconocido el poder de policía de la Nación en aquellas cuestiones establecidas en el art. 1 de la ley n. 16463. La consideración del carácter no abortivo de los métodos anticonceptivos es resorte del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Los cuestionamientos contra los métodos aprobados deben dirigirse contra el acto de la autoridad nacional que los autoriza, ante la jurisdicción correspondiente, y no son oblicuamente articulables a través de la ley n. 408 que remite a los actos de la autoridad competente.

Por ello, este Tribunal Superior no puede entrar, por esta vía de control concentrado, en la valoración de la conformidad constitucional de las normas reglamentarias emitidas por el Ministerio de Salud de la Nación, por ser cuestión ajena a su órbita constitucional de competencia.

5. Por lo expuesto en los puntos precedentes, la demanda sólo es admisible en cuanto confronta los arts. 5 y 7 (que consideran destinatarios del derecho a la información y a las prestaciones a personas sujetas al régimen de la patria potestad), y ciertas disposiciones del CCiv. Relativas a dicho régimen; y es inadmisibile, por incompetencia del Tribunal, en cuanto cuestiona el carácter abortivo de algunos métodos señalados en el art. 7 de la ley.

6. La petición del Dr. Gil Domínguez (fs. 80) de ser tenido como "amicus curiae" no reúne el recaudo señalado por el art. 22 de la ley n. 402 de "expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate". Para que de cumplimiento a tal exigencia se autoriza la extracción de copias del escrito de demanda que requiere en su presentación.

7. En atención a lo expresado en el punto 5, por aplicación del principio de concentración procesal, corresponde, asimismo, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecidos en el art. 21 ya citado.

El juez Guillermo A. Muñoz dijo:

1. Coincido con el voto de la Doctora Ana M. Conde en que la acción deducida se limita a impugnar por inconstitucionales los art. 5 y 7 inc. a y c de la ley 418 modificada por la ley 439 . También en que la demanda es solo parcialmente admisible.

2. Los actores cuestionan la incorporación en el art. 7 de la ley de ciertos métodos anticonceptivos por considerarlos abortivos y, por lo tanto, lesivos de la vida humana. Fundan en esa circunstancia el caso constitucional local.

3. La CN. establece la competencia del Congreso de la Nación para dictar el CCiv. (art. 75 inc. 12). Esta atribución comprende la reglamentación legal de inicio de la vida humana y de su finalización. Ya los arts. 70 y 103 del Código de Vélez (ley n. 340), regularon el comienzo y el fin de la existencia de las personas físicas. Posteriormente, el legislador nacional dictó diversas

normas sobre esta materia (la ley n. 24193 y su modificatoria n. 25281 establece cuando se considera que ha fallecido una persona; la ley n. 23849 que declara que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad). La Reforma Constitucional de 1994 ratificó la competencia de la Nación sobre estas cuestiones cuando en el art. 75 inc. 23 prescribe que el Congreso deberá establecer un régimen de seguridad social de protección al niño y de la madre desde el embarazo. Este mandato fue receptado por el art. 14 de la ley n. 24091.

La facultad de dictar normas que determinen el comienzo y el fin de la existencia de las personas físicas es, pues, una potestad delegada en forma exclusiva a la nación. El ejercicio de dicha atribución conlleva la potestad de quien la ostenta para definir los métodos que resulten compatibles con ese mandato.

4. Si se considera a los métodos cuestionados como productos de uso y aplicación a la medicina humana la solución no cambia.

La ley n. 418, en ejercicio de poder de policía local, regula ciertos aspectos de la salud pública. Paralelamente, reconoce la competencia de la nación en aquellos asuntos que le son propios. El reenvío efectuado por su art. 7 inc. c, tanto en su redacción originaria como en la elegida por la ley 439, respeta este último principio.

Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires ejercen en forma concurrente con la Nación el poder de policía sobre la salud (Fallos 7:150; 101:126; 154:5; 239:343 ; 321:1705). Sin embargo, todos los productos de uso y aplicación en la medicina humana, están sometidos a la ley 16463 y solo pueden realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Salud que ejerce el poder de policía sanitaria con relación a dichas actividades (Fallos 310:112). Consecuentemente, la posibilidad de aplicar en el ámbito local controles supuestamente mas científicos y confiables que lleven a "no permitir" el empleo de métodos autorizados por las autoridades nacionales, a

impedir su comercialización o su ofrecimiento en licitaciones públicas implicaría afectar o entorpecer la legislación nacional vigente mediante el ejercicio incompatible de facultades concurrentes por mediar una repugnancia efectiva entre una y otra (Fallos 321:1705).

5. Las consideraciones precedentes revelan que, en realidad, el caso constitucional planteado por los actores consiste en impugnar de manera formalmente oblicua pero claramente directa actos de aprobación dictados por autoridades de la nación en ejercicio de las competencias que la Constitución y la ley le atribuyen. El examen de esta cuestión trasciende la competencia que el art. 113 inc. 2 otorga a este Tribunal en forma originaria y exclusiva.

Por tales razones, y por los fundamentos expuestos en el voto de la Doctora Conde, corresponde declarar parcialmente admisible la acción de inconstitucionalidad deducida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz y el juez Julio B. J. Maier dijeron:

1. Los accionantes están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 incs. 1 y 2 , de la ley 402.

Con la demanda se pretende el control de constitucionalidad en abstracto de las disposiciones legales cuestionadas. Se satisface, de tal modo, una de las exigencias previstas en el art. 113 inc. 2 , CCBA., y en el art. 17 de la ley 402: su exclusivo objeto es el análisis de una norma local de carácter general para determinar si es o no contraria a la Constitución de la Ciudad o a la Constitución de la Nación .

2. Es requisito del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los

que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad, según reiteradamente lo ha señalado el Tribunal en numerosos precedentes (conf. "Massalin Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad ", expte. n. 31/99 SAO, resolución del 8/6/99; entre otros).

La actora limita la impugnación de inconstitucionalidad, exclusivamente, a los arts. 5 y 7 incs. a y c de la ley 418, modificados por la ley 439 (ap. V, puntos A y B) de la demanda.

Las restantes consideraciones acerca de otros aspectos regulados por la ley 418, incluidos en el apartado V, punto A), no alcanzan para sostener un planteo de inconstitucionalidad, sino que simplemente expresan el disenso de los accionantes con algunos contenidos de la norma.

3. Corresponde ahora analizar si las tachas de inconstitucionalidad respecto de los arts. 5 y 7 incs. a y c de la ley 418 y su modificatoria son, en principio, admisibles para la acción prevista en el art. 113 inc. 2, CCBA.

La Ciudad, en la ley 418, regula aspectos de la salud pública en ejercicio del poder de policía local del cual es titular. El Estado Nacional, por su parte, regula aspectos propios de la salud pública, en el marco de su competencia. Coincido en este aspecto con la opinión expresada por el Dr. Muñoz en el punto 4 de su voto.

El art. 7 inc. a, estipula las condiciones que los métodos anticonceptivos deben satisfacer para que la información y prescripción médica sea permitida en el ámbito de la Ciudad. Entre tales condiciones impone la de su carácter no abortivo, según la evaluación del Ministerio de Salud de la Nación. Así, la Legislatura de la Ciudad ha reenviado la decisión técnica de aprobación de los métodos anticonceptivos a la autoridad nacional, quien ejerce esa competencia en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley 16463. Cabe subrayar

que en el orden jurídico argentino, que contiene la prohibición penal del aborto, la aprobación de la autoridad sanitaria nacional implica un juicio acerca del carácter no abortivo de los métodos autorizados. La pretensión de los actores debería dirigirse entonces contra la decisión de aprobación de la autoridad nacional: el Tribunal resulta incompetente en dicha materia.

En conclusión, la acción resulta, sobre este tema, inadmisibile.

4. La ponderación que efectúan los actores del art. 5 introduce una crítica, con base constitucional, relativa a aquello que consideran una afectación a la denominada cláusula de supremacía. Expresan los actores que "el sistema puede funcionar respecto de menores sujetos a la patria potestad, aún lejos de la edad núbil, quienes, aparentemente sin intervención de sus padres, podrían acceder a las 'acciones' que enuncia el art. 7 . Es patente, en efecto, que este artículo, al indicar como destinatarios de la ley 'especialmente a las personas en edad fértil', vulnera de modo manifiesto el derecho inalienable de los padres de velar por la salud física y espiritual de los hijos, así como de formarlos en concordancia con sus convicciones morales y religiosas (...) La norma que impugnamos desconoce el régimen de la patria potestad, consagrado en el CCiv. , y su jerarquía normativa, fijada por el art. 31 de la CN."

5. Por lo expuesto en los puntos precedentes, la demanda sólo es admisible en cuanto confronta los arts. 5 y 7 (que consideran destinatarios del derecho a la información y a las prestaciones a personas sujetas al régimen de la patria potestad) con ciertas disposiciones del C.Civ. relativas a dicho régimen; y es inadmisibile, por incompetencia del Tribunal, en cuanto cuestiona el carácter abortivo de algunos métodos señalados en el art. 7 de la ley.

6. La petición del Dr. Gil Domínguez (fs. 80) de ser tenido como *amicus curiae* no reúne aún el recaudo señalado por el art. 22 de la ley n. 402 de "expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate". Para que dé cumplimiento a tal exigencia se autoriza la extracción de copias del escrito de demanda que requiere en su presentación.

7. En atención a lo expresado en el punto 5, por aplicación del principio de concentración procesal, corresponde, asimismo, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecidos en el art. 21 ya citado.

El juez Julio B. J. Maier agregó:

Por lo demás, sobre el rechazo parcial de la admisibilidad de la demanda, tiene también razón el voto del Dr. Muñoz cuando atribuye al Congreso de la Nación, básicamente, la potestad legislativa para resolver el problema planteado en este punto por la accionante.

De la misma demanda surge que, para juzgar acerca de si un método de tratamiento es abortivo o no lo es, resulta imprescindible tomar posición acerca del comienzo -e incluso de la finalización- de la vida humana. Son las leyes civiles, esto es, el Congreso de la Nación, en ejercicio de la potestad legislativa delegada que confiere el art. 75 inc. 12 , de la CN., las encargadas de resolver tan compleja cuestión.

El poder de policía local sobre aspectos de la salud pública no alcanza a la cuestión planteada, razón por la cual no sólo es correcto el reenvío efectuado por el art. 7 inc. c , que así respeta los límites de la competencia legislativa de la Ciudad, sino también que, además, tales límites se constituyen en un óbice infranqueable para la competencia judicial del Tribunal Superior, en relación a la acción abstracta de inconstitucionalidad que tiene como objeto una regla jurídica extraña a la competencia legislativa local.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los distintos fundamentos desarrollados por la mayoría, con las siguientes salvedades:

1. Soy del parecer de que la ley n. 439 es "modificatoria" y no "aclaratoria" de la ley n. 418, lo que fluye manifiesto del texto de la primera cuando, en lo que aquí interesa, por su art. 2, se dispone: "Modificase el primer párrafo del inc. c del art. 7 de la ley n. 418 el que quedará redactado de la siguiente manera" y por el art. 3 que establece otro tanto respecto del art. 8 de igual normativa (el destacado ha sido añadido).

2. En segundo lugar, paso a fundar mi disidencia con el cierre de la competencia de este estrado para ventilar ante él los agravios que seguidamente se indican.

Entiendo que también debe ser declarada admisible la acción de inconstitucionalidad planteada respecto a la incorporación en el art. 7 de la ley n. 418 de los dispositivos intrauterinos y de métodos hormonales, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación, por considerarlos los actores lesivos del derecho a la vida.

Opino que desentenderse de toda decisión sobre los mismos, adjudicándola a la jurisdicción nacional, es abdicar de una competencia concurrente que posee la Ciudad de Buenos Aires en su condición de Estado local autónomo, tal como, con meridiana claridad, lo establece la Constitución local, Título Segundo: "Políticas Especiales"; Capítulo Segundo: "Salud", arts. 20 y siguientes, en particular art. 22, donde, con referencia a la "Autoridad Sanitaria", se dispone: "La Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones" (el destacado ha sido añadido).

En este sentido, la Corte Sup., si bien en otra materia, siempre con referencia expresa a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha dejado establecido que las jurisdicciones locales pueden fijar "requisitos complementarios" a los

contenidos en una norma nacional, "en ejercicio del poder de policía" que le corresponde (causa: B.69, Libro XXXIII "Baca Castex, Raúl A. c/ C.P.A.C.F. s/ proceso de conocimiento ", sentencia del 1/6/2000, considerandos 6° y 7°).

Lo hasta aquí dicho no empece a que sea atribución del Congreso de la Nación el dictar, dentro de los Códigos de fondo, el CCiv., (art. 75 inc. 12), regulando razonablemente -arts. 28 y 31 de la CN.- el comienzo y fin de la existencia de las personas físicas.

Las conclusiones que pudieran extraerse de que, a partir de las atribuciones antecedentes, siendo competencia del Estado Nacional reglamentar legalmente el inicio de la vida humana, también resulte de su órbita definir -con carácter exclusivo y excluyente- los métodos y productos de la medicina humana que resulten incompatibles o compatibles con la adecuada preservación de tal acontecer, no lo comparto, ya que es responsabilidad de todos los planos de Gobierno desplegar una acción conducente y eficaz en defensa del derecho a la vida, sostén y presupuesto de la totalidad de derechos que posee el hombre como tal y que el Estado reconoce y garantiza.

3. En mi criterio resulta decisivo tomar en cuenta para una adecuada hermenéutica de las normas legales, en el núcleo que se controvierte, el alcance modificatorio que posee la ley n. 439 , impulsada por el Jefe de Gobierno Enrique Olivera, mediante expte. n. 1682-J-2000. Al respecto la primitiva redacción de la ley n. 418 disponía, en el art. 7 , garantizar la implementación de las siguientes acciones: "inc. c : Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio y aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación, y por lo tanto no abortivos"; mientras que fruto de la reforma introducida por la ley n. 439 pasó a consagrarse en igual artículo e inciso: "Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación;...". Igual referencia debe hacerse respecto del art. 8 , antes y después de la reforma legislativa.

Resulta nítido, pues, que antes de la modificación legal se defería al Ministerio de Salud de la Nación resolver en términos de "verdad, presunción o ficción legal" qué métodos anticonceptivos, a partir de su aprobación, resultaban en consecuencia "no abortivos", mientras que, a resultas del texto vigente según modificación introducida por la ley n. 439 , es menester que los métodos sean en sí mismos de carácter reversible, transitorio, no abortivos y, por lo demás, que cuenten con la aprobación del Ministerio de Salud de la Nación. Por tanto la sustantividad de los métodos autorizados por la ley, en este aspecto, es que sean "no abortivos", aspecto sobre el cual la Legislatura local ha puesto ahora un mayor énfasis, más allá del recaudo adjetivo de la aprobación por el Ministerio de Salud de la Nación.

A tal respecto, frente a la explícita modificación introducida, debe tenerse en cuenta la inveterada doctrina de la Corte Sup. conforme a la cual ninguna interpretación puede partir de atribuir al legislador imprevisión, inconsecuencia, descuido, ligereza o desinformación (Fallos: 303:1041 ; 304:794 ; 305:538 , 657 ; 306:721 ; 307:518 ; 310:195 , 1715 ; 312:1614, 1680, entre muchos otros).

La sanción de la enmienda legal confirma el criterio que vengo sustentando, más aún cuando el proyecto impulsado por el Jefe de Gobierno parece haber dado respuesta a la propuesta literal del legislador Gustavo Béliz (v. decimoquinta Sesión Ordinaria, Versión Taquigráfica n. 21, p. 123 -texto pendiente de corrección final-), inquietud igualmente expresada por la legisladora María Lucila Colombo al señalar que la cuestión "...pueda verse de otra manera: no como 'métodos aprobados por el Ministerio de Acción Social que son no abortivos', sino como 'métodos no abortivos, reversibles, transitorios, aprobados por el Ministerio'. Entonces, primero caracterizamos cómo deben ser los métodos: no abortivos, reversibles y transitorios; y, luego, decimos que deben cumplir la condición de haber sido aprobados por el Ministerio para que estén dentro de nuestro sistema público y garantizados por el sistema. Entonces, primero la caracterización del método y segundo la

condición de estar aprobado. No lo hagamos al revés. Creo que si lo miramos desde ese punto de vista no parece tan contradictorio". (v. decimoquinta Sesión Ordinaria, V.T. 21, p. 119).

4. Finalmente, el hecho que esté penalizado el aborto en el Código de fondo respectivo, no garantiza por sí sólo que los métodos que se aprueben en el plano nacional sean en todos los casos no abortivos, ni inhibe la competencia local en esta materia, como tampoco en muchas otras. Así entonces, mal puede predicarse la infalibilidad científica del dictamen de un funcionario nacional, más aún cuando en dicho plano de gobierno la calificación que se efectúe de un método como "no abortivo" no posee la trascendencia que reviste hoy para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tal categorización a partir de haberse sancionado y estar vigente en esta jurisdicción la ley de salud reproductiva y procreación responsable. En el primer caso, la autorización del Ministerio de Salud Nacional -conforme a lo prescripto por la ley n. 16463 sobre control de drogas y productos utilizados en medicina humana- sólo habilita la comercialización de productos -con prescripción médica, en la más de los casos-, mientras que en el ámbito de nuestra jurisdicción local, bien puede recabarse por la ley, tal cual ocurre, un "plus" en tanto la Ciudad, por el inc. d del art. 7 de la ley n. 418, garantiza a todos los vecinos implementar, a través de sus efectores (centros de salud, hospitales generales, etc.), las acciones para la "Provisión de los recursos necesarios y en caso de ser requerido, la realización de la práctica médica correspondiente al método anticonceptivo elegido", en consonancia con los objetivos generales y especiales previamente enunciados (art. 3 inc. a , y art. 4 incs. c y m).

Como confirmación del concepto sostenido en la iniciación del párrafo anterior baste tener presente, haciendo la salvedad de las diferencias sustantivas evidentes que distinguen una dictadura militar ilegítima de un gobierno democrático en un Estado de Derecho, que durante el último facto militar, más allá de la vigencia del CPen. , Libro Segundo, Título Primero, ello no fue óbice para que el terrorismo de Estado, con que se pretendió responder al terrorismo subversivo, enlutara la Nación, haciendo correr ríos de sangre, de lo

cual dan testimonio la muerte y desaparición forzada de miles de personas, extremos de hecho comprobados con fuerza de cosa juzgada en la "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", sentencia de la C. Nac. Crim. y Corr. Fed., del 9/12/1985 (Fallos: 309:33), y sentencia de la Corte Sup., del 30/12/1986 (Fallos: 309:1657).

Por lo que llevo expuesto, entiendo que la acción de inconstitucionalidad, ante la alegación de que estaría comprometido en la especie el derecho a la vida, debe ser declarada también admisible en este aspecto.

Así lo voto.

Como resultado de la votación que antecede, el Tribunal Superior de Justicia Resuelve:

1°. Declarar parcialmente admisible, con los alcances señalados en el punto 5 de los fundamentos, la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 62/77 vuelta, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; y tener presente la prueba acompañada y ofrecida por la parte actora.

2°. Correr traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo de treinta días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

3°. Hacer lugar a la solicitud de entrega de copias del escrito de demanda efectuada a fs. 80.

4°. Mandar se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: Dra. Conde - Dr. Muñoz - Dra. Ruiz - Dr. Casás - Dr. Maier

Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias

TRIBUNAL: CSJN FECHA: 01/06/2012

JURISDICCIÓN: Nacional

Ver correlaciones

Sumarios:

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud. Transfusión de sangre. Objeciones de conciencia. Testigo de Jehová

Corresponde confirmar la resolución que rechaza la medida cautelar en la que se solicita la realización de una transfusión de sangre a un paciente gravemente herido, ya que él mismo firmó un documento, con certificación ante un escribano público, en el que manifestó su rechazo a dicha práctica, aun estando en riesgo su vida, debido a sus convicciones religiosas. Además, al no existir pruebas claras y convincentes de que el paciente no ha considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión, esta queda incluida dentro de la órbita del artículo 19 de la Constitución Nacional que otorga al individuo un ámbito de libertad en el que este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud. Transfusión de sangre. Objeciones de conciencia. Testigo de Jehová

El artículo 11 de la ley 26529 reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud; puede consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán por inexistentes.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud. Transfusión de sangre. Objeciones de conciencia. Testigo de Jehová

La posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y a la autonomía personal de los pacientes; ellos tienen el

derecho a elegir opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista. Aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, esa libre elección debe ser respetada.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud. Transfusión de sangre. Objeciones de conciencia. Testigo de Jehová

El artículo 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva a reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud. Transfusión de sangre. Objeciones de conciencia. Testigo de Jehová

La libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés.

"Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

Buenos Aires, 1 de Junio de 2012.

Vistos los autos:

Considerando:

1°) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar el pronunciamiento de primera instancia, denegó la medida precautoria solicitada por Jorge Washington Albarracini Nieves a los efectos de que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad Pablo Jorge Albarracini Ottonelli -internado en la Clínica Bazterrica de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires- a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento.

2°) Que según surge de las constancias de autos, Pablo Jorge Albarracini Ottonelli ingresó al citado nosocomio con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundario, con motivo de una herida de arma de fuego como consecuencia de un intento de robo. En la actualidad, según surge de las constancias de la causa, se encuentra en estado crítico, con pronóstico reservado, internado en el área de terapia intensiva y los médicos que lo asisten han destacado la necesidad de efectuarle la citada transfusión dado su estado (conf. informe 30 de mayo de 2012).

3°) Que asimismo, corresponde señalar que el paciente pertenece al culto "Testigos de Jehová", y que en el expediente obra una declaración efectuada por él el 18 de marzo de 2008 -con anterioridad a su hospitalización- certificada por escribano público, en la que manifiesta dicha pertenencia y que por tal motivo no acepta transfusiones de sangre.

4°) Que habida cuenta de que al momento de iniciarse las presentes actuaciones, el paciente no se encontraba en condiciones de expresarse por sí misma, Romina Eliana Carnevale, cónyuge de Pablo Albarracini, se opuso al planteo efectuado por el progenitor invocando la existencia de la mencionada expresión de voluntad y solicitando se respete dicha decisión.

5°) Que después de enumerar los derechos que se encontraban involucrados en la cuestión planteada -derecho a la vida y a la salud, autonomía individual, libertad religiosa y de conciencia-, la alzada señaló que el paciente había dejado expresada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de "directivas anticipadas" en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre aunque peligrase su vida. Asimismo, sostuvo que dichas directivas -que según el art. 11 de la ley 26.529 debían ser aceptadas por los médicos- resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación, entendido como soporte de conductas autorreferentes, sin que se diera en el caso el supuesto excepcional de la citada norma que impide las prácticas eutanásicas.

Por ende, el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las

manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa de Pablo, pues de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico era que hubiese revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado.

6°) Que las resoluciones que se refieren a medidas precautorias no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas (Fallos: 300:1036; 308:2006, entre otros). Sin embargo, cabe hacer excepción a dicha regla en los casos en que, como en autos, lo resuelto cause un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, pues ello acuerda al decisorio el carácter de definitivo a los efectos de la apelación extraordinaria del art. 14 de la ley 48 (conf. Fallos: 298:409; 300:1036; 308:90; 314:1202 y 323:2790). Asimismo, el recurso extraordinario resulta admisible en la medida que el recurrente ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

7°) Que las cuestiones que llegan a conocimiento de esta Corte remiten a aquellas que dieron origen al precedente publicado en Fallos: 316:479 ("Bahamondez") en el que un paciente afectado por una hemorragia digestiva, con anemia y melena se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencia del culto "Testigos de Jehová" que profesaba.

8°) Que sin perjuicio de lo expresado, el caso sub examine presenta particularidades que en alguna medida lo distinguen del precedente mencionado y que requieren las siguientes precisiones: primero, que Pablo Albarracín ingresó a la clínica Bazterrica en estado de inconsciencia por lo que no pudo manifestar a los profesionales médicos cuales eran las terapias o procedimientos médicos o biológicos que estaba dispuesto a aceptar conforme a las creencias de su culto.

Segundo, que hay constancia de que en el 18 de marzo de 2008, firmó un documento en el cual manifestó no aceptar "transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida".

9º) Que en la causa no existen elementos que permitan albergar dudas respecto de la validez formal del documento señalado, dado que obra en autos el original firmado de puño y letra por Pablo, ante el escribano público Natalio R. Strusberg que procedió a su certificación (conforme surge de la certificación notarial de firmas e impresiones digitales Libro de requerimientos n° 12, Acta n° 372 F° 372). De esta manera quedan despejados los cuestionamientos formulados en este punto por el actor en el recurso extraordinario.

10) Que no existen pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no haya considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión; tampoco las hay para considerar que esa voluntad fue viciada por presiones de terceros o de que la opción efectuada haya sido adoptada, con otra intención que la de profesar el culto. Por ende, no existen razones para dudar de que el acto por el cual Pablo ha manifestado su negativa a ser transfundido fuera formulado con discernimiento, intención y libertad.

11) Que por otra parte el recurrente alega que con posterioridad a la firma de dicho documento, su hijo habría abandonado el culto para luego regresar a éste "y así sucesivamente en distintas oportunidades", lo que podría generar algún tipo de incertidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de la decisión de Pablo. Sin embargo, este argumento genérico y carente de precisiones no tiene fundamento suficiente como para al menos presumir que hubiese habido una modificación en sus creencias; al contrario, en el propio escrito de demanda, el actor reconoce que en la actualidad Pablo se encuentra casado con una mujer de su mismo credo, y según resulta de la causa, el matrimonio se realizó en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová el 2 de diciembre de 2011.

12) Que dado que no existen dudas sobre la validez actual de la expresión de voluntad realizada por Pablo Albarracini, corresponde examinar si esta decisión se encuadra dentro de la esfera de libertad personal que establece la Constitución Nacional.

13) Que ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el artículo 19 que consagra que "Las acciones

privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de 2a autoridad de los magistrados".

14) Que, tal como recordó la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi en la citada causa "Bahamondez", esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: "... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen ..." (voto de la mayoría, consid. 8o; también citado en la causa V.356. XXXVI "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación. s/incidente de apelación", sentencia del 30 de septiembre de 2003, cons. 24 del voto del Dr. Maqueda).

15) Que también en ese caso se ha dicho que "el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha

ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional" (Fallos: 316:479 "Bahamondez" voto de los Dres. Fayt y Barra).

16) Que tales principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" (art. 2 inc. e).

Por lo demás, no puede pasarse por alto que esta ley en su art. 11 reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

17) Que la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado en este sentido que "prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes" (Case of Jehova's witnesses of Moscow and others v Russia, en referencia a *In re T. Adult; Refusal of Treatment*, 3 Weekly Law Report 782 (Court of Appeal).

18) Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso.

19) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros .

Así, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (Fallos: 328:2966, disidencia de la Dra. Highton de Nolasco).

Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (Fallos: 316:479, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi).

Tal punto de vista desconoce, precisamente, que la base de tal norma "...es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta

creencia del sujeto en los valores que lo determinan..." (Caso "Ponzetti de Balbín", cit., voto concurrente del juez Petracchi, consíd. 19, p. 1941).

20) Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcionales mencionadas en el considerando anterior, cabe concluir -conforme a los principios desarrollados precedentemente- que no existió en el caso algún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado.

Por ello, oído el señor Procurador General y agregado el informe del Cuerpo Médico Forense, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma el pronunciamiento apelado. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas. Notifíquese y de vuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco

Carlos S. Fayt

Enrique S. Petracchi

Juan Carlos Maqueda

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que a los efectos de resolver el presente caso cabe remitir a los fundamentos del precedente de Fallos 316:479, voto de los jueces Fayt y Barra, por resultar sustancialmente análogo, con excepción de lo manifestado en el último párrafo del considerando 13 y la parte resolutive.

Que ello es así, porque los derechos esenciales de la persona humana -relacionados con su libertad y dignidad- comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega -incluso- a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Costas por su orden en

atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos S. Fayt

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que las actuaciones se inician con la presentación del Sr, Jorge Washington Albarracini Nieves, quien, invocando su condición de padre de Pablo Jorge Albarracini Ottonelli, solicita una medida precautoria urgente a "efectos de que VS autorice a los médicos tratantes de mi hijo en la Clínica Bazterrica de CABA, en los términos de los arts. 232 y 234 inc. 1º del CPCC", a realizar una transfusión de sangre en aquél.

2º) Que a fs. 4/6 obra un documento titulado "Directivas anticipadas y designación de un representante para la atención médica", certificado por escribano pública, según el cual el Sr. Pablo Jorge Albarracini Ottonelli manifiesta: "Soy testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida" (destacado en el original).

3º) Que la decisión de primera instancia (fs. 21/22), si bien partió de la base de admitir la autenticidad de la documentación de fs. 4/6, antes citada, con el fundamento de que el paciente "no se encuentra en condiciones de tomar decisiones con pleno discernimiento", hizo lugar a la medida solicitada por su padre.

4º) Que ante el recurso interpuesto por la esposa de Pablo Jorge Albarracini Ottonelli, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, revocó la resolución de primera instancia, por considerar, entre otras cuestiones, que debía "primar la decisión adoptada por Pablo Albarracini Ottonelli en las directivas anticipadas, las cuales se encuentran fundadas en el principio de autodeterminación y de libertad de conciencia y religiosa..." (fs. 89/92).

5º) Que contra esa decisión el Sr. Jorge Washington Albarracini Nieves interpuso recurso extraordinario (fs. 96/115), que fue bien concedido por el a quo (fs. 214/215) con fundamento en que están en juego "derechos

personalísimos de clara raigambre constitucional", tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad religiosa y de conciencia.

6º) Que las cuestiones que suscita el sub examine resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en el caso "Bahamondez", Fallos 336: 479, 502 (disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi), a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifique se y, oportunamente, devuélvase.

Enrique S. Petracchi

Correlaciones:

N. N. o U., V. s/protección y guarda de personas Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar La autonomía y las intervenciones médicas - Goldfeld, Agustín

XIII. –BIBLIOGRAFÍA

1. – DOCTRINA

- Alegria, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.), “Revista Derecho Privado y Comunitario” Año 2012 – 2. Proyecto de Código Civil y Comercial – I”. Editorial Rubinzal Culzoni, 2012.-
- Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Belmont Report: "Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación". 1976.-
- Bidart Campos, Germán J. Manual de la Constitución Reformada - T. 1, Ediar, 1998.-
- Ciruzzi, María Susana. La Autonomía del paciente pediátrico ¿Mito, Utopía o realidad? Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2.011.-
- Dolcini, Horacio A. – Yanseson, Jorge F. Ética y biótica para el equipo de salud. Editorial Akadia, 2004. Versión electrónica.-
- Gil Domínguez, Andrés, Fama María Victoria, Herrera Marisa, “Ley de Protección Integral de niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, Anotada y Concordada. Ediar. Buenos Aires, 2007.-
- Goldstein Mabel. “Colsultor Magno” Diccionario Jurídico. Circulo Latino Austral. Buenos Aires, 2008.-
- González, Marcelo. “Abogado del niño” Compendio Jurídico. Marzo, 2012. Publicaciones Doctrina Errepar.-
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino”, Revista Derecho Privado. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p3. Id Infojus: DACF120032
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "La familia en el nuevo derecho", Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009.-
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. Bioética y Derecho. "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bioética y Derecho, Salador D. Bergel y Nelly Minyersky (compiladores) Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.-

- Krasnow Adriana Noemí “Infancia, Adolescencia Y Salud Mental” 13 De Noviembre De 2012. Id Infojus: DACF120194.-
- Lisbeth Rodríguez Martín. “Análisis Histórico-Doctrinal E Importancia De La Formación Del Concepto De Capacidad; Su Tratamiento En La Doctrina Jurídica Moderna Con Respecto A Los Menores De Edad”. Publicaciones doctrina Eudmed.-
- Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana E. Procreación humana artificial: un desafío bioético, Depalma, Buenos. Aires., 1995.-
- Mandelbaum Balla, Alberto. “Los dilemas morales del siglo XXI”. Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación. Boletín: 11. Página: 285. Setiembre 2007.- Publicación de Doctrina Errepar.-
- Montoya, Clementina María del Valle. “Participación en el proceso judicial de niños, niñas y adolescentes” Compendio Jurídico. Boletín: 71. Pagina, 171. Marzo 2013. Publicación de Doctrina Errepar.-
- Nino, Carlos, S. “Ética y Derechos Humanos Un ensayo de fundamentación. 2º. Ed. Ampliada y revisada. Editorial Astrea, 1989.-
- Nino, Carlos, S. Introducción al análisis del derecho. 2º Ed. Editorial Astrea, 2005.-
- Ponte Elgotas Darío Germán “Incidencia De Los Tratados Internacionales En El Derecho De Familia”. Id Infojus: Dacf080052.-
- Real academia Española. Diccionario de la lengua española. 22º Ed, 2010. Versión Electrónica.-
- Rivera Julio Cesar, “Comentarios Al Proyecto De Código Civil Y Comercial” La Constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Abeledo Perrot, 2012.-
- Rodríguez Martín, L.: "Análisis histórico-doctrinal e importancia de la formación del concepto de capacidad; su tratamiento en la doctrina jurídica moderna con respecto a los menores de edad ", en Contribuciones a las Ciencias Sociales. Eudmed, Febrero 2012.-
- Unicef. La Convención sobre derechos del Niño. “Justicia y Derechos de Niño” Numero 11. Santiago de Chile. Octubre de 2009. [Versión electrónica]

Ynchausti Pérez, Celia y García Martínez Dolys. “Los Derechos Inherentes A La Personalidad. El Derecho A La Identidad Personal”. Publicación de Doctrina Eumed.-

2. – LEGISLACIÓN

Anteproyecto Código Civil Argentino, 2012.-

Código Civil Argentino artículo 54, 126, 127.-

Constitución Nacional artículo 14, 14 bis, 16, 19, 75, inc. 22, inc. 23.-

Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Decreto N° 2316/03, que modifica la reglamentación de la Ley Básica de Salud

Ley 448 de Salud Reproductiva y Procreación de Buenos Aires.-

LEY 6354 Menores. Protección Integral del Niño y Adolescente. Régimen de Mendoza.-

Ley 26061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.-

Ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales Instituciones de la Salud.-

Pacto de San José de Costa Rica, artículo 4, inc. 1, 5 inc. 1.-

Pacto internacional de derechos civiles y políticos.-

Proyecto de Ley (Expte. 46941), por Amalia Monserrat, 7 de noviembre de 2007 -1ª Reunión, Honorable Cámara de Diputados de Mendoza– 1ª Sesión de Tablas, pág. 31, Servidor H.C.D.D/Diario de Sesiones/EXT N° 1 del 7-11-07 (TRANSP. LIBRE ENFERMO DE SIDA)

XIV. - WEB SITE

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<http://www.csjn.gov.ar/>

<http://centrodebioetica.org>

<http://www.unicef.org/spanish/>

<http://www.unicef.cl>

<http://www.revistapersona.com.ar>

<http://www.errepar.com/>

<http://www.bioeticaweb.com>

<http://www.madrid.org/cs>

<http://www.eumed.net>

<http://www.infojus.gov.ar>

<http://www.scielo.edu.uy>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Biotica>

<http://www.ibbioetica.org>

<http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret>

<http://www.infoleg.gov.ar/>

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>

<http://librosjuridicosdigitales.blogspot.com.ar/>

<http://promocionsalud.ucaldas.edu.co>

<http://www.siicsalud.com/>

<http://www.aabioetica.org/>

<http://leg.msal.gov.ar/bioetica.htm>

<http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/>

http://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/

<http://bob-hall.net/belmontreport.html>

<https://www.etsu.edu>

<http://www.bioeticawiki.com>

<https://www.un.org/es/documents/udhr/>

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Empresarial Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada
en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.