

Problemas éticos en torno a la autonomía progresiva de los menores de edad en el derecho civil argentino: el dilema de la salud

por Viviana Olchansky¹

"Obra de tal modo que te relaciones con la humanidad tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solo como un medio²"

Antecedentes

Con la reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield en el año 2015, el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 639), incorporó formalmente la categoría jurídica de "autonomía progresiva" en relación a la responsabilidad parental de las y los progenitores respecto de sus hijas e hijos. Esbozada previamente por la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, la teoría de la autonomía progresiva está plasmada a partir de una serie de análisis doctrinarios orientados a otorgar a los menores de edad "un rol protagónico en la decisión de cómo proteger y ejercer sus derechos³".

Ahora bien, sin perjuicio de que los límites legales sean arbitrarios, y de que una persona no efectúa un cambio cualitativo brusco entre uno u otro año de edad, estos límites temporales proporcionan a la ciudadanía un cierto marco regulador. En efecto, el mero hecho biológico de vivir implica modificaciones paulatinas, pero la autonomía progresiva reviste un impacto fuerte en la vida de los sujetos en sí, y también en la de quienes son responsables de ellos a partir del inicio de la adolescencia, fijada en la edad de 13 años. El objeto del presente trabajo no consiste en el análisis de la categoría jurídica "autonomía progresiva" en sí misma, sino en la visibilización de los alcances ético-políticos de la norma vigente, tal cual se encuentra redactada, y a la luz de los derechos de madres y padres al momento de resguardar la integridad psicofísica de sus hijas e hijos.

En un movimiento que puede empujar a las y los progenitores hacia los bordes del de la expropiación de los derechos (no de las obligaciones) parentales, pareciera que adolescentes de uno y otro sexo, al adquirir ese status pueden transformarse, en un abrir y cerrar de ojos, en seres cuya familia debe observar desde el margen, sin interferir,

1 Viviana Olchansky es abogada y escritora, egresada de la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora de Historiografía Lingüística en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y presta funciones en el Poder Judicial de la Nación. Recibió dos Premios Nacionales de Literatura por la Municipalidad de Tres de Febrero, entre otras distinciones; publicó artículos especializados, dos libros en 2013 y 2016, reseñas bibliográficas en revistas internacionales e integró equipos UBACYT. Abocada en la actualidad a la Historia de la Teoría Feminista, es Replicadora en Perspectiva de Género por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Diplomada en Género y Movimientos Feministas por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. En el transcurso del año 2021, realizó el Curso Universitario de Historia de la Teoría Feminista de la Universidad de La Coruña, España.

2 Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid: Espasa Calpe, 1999, p. 104.

3 Jaime Couso, "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído", en *Revista de Derechos del Niño*, UNICEF - Universidad Diego Portales, 3-4 (2006), p. 148.

siempre con obligaciones pero privados de una enorme cantidad de derechos, por ejemplo y específicamente en este trabajo, en lo que atañe a su salud psicofísica.

Con la promulgación de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, la República Argentina inició un camino hacia un régimen de minoridad que, en su texto, permitiera garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y los tratados internacionales suscriptos por la Nación. Por las disposiciones del artículo 7° de la ley, la familia “es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”. Más aún, “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”, con reaseguro estatal a través de políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad.

En lo concerniente al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, el artículo 14 de dicha ley establece que “los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan un peligro para su vida e integridad”. En este sentido, si bien el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”, “la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, y recibir asistencia letrada en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales.

El conflicto de intereses

Nos encontramos, en lo concierne al derecho de salud de los menores de edad, con el desafío de hacer funcionar en forma armónica los derechos de las madres y padres con su propia autonomía progresiva. En la actualidad, la pauta adoptada por los servicios de salud en Argentina se diferencia según la edad de quien se transforma en usuario de los mismos. A partir de los 13 años de edad, los profesionales de salud velan por la confidencialidad de los datos relativos a las consultas solicitadas. Las madres y padres pueden perfectamente no ser tenidos en cuenta si su hijo (insistimos, aún de 13 años de edad) rechaza su “intromisión”, llegando a la paradoja de encontrarse solventando en forma privada la salud del menor a su cargo pero quedando al otro lado de la puerta en consultas, resultados de prácticas y análisis que no impliquen riesgos graves para la salud.

Hoy en día en Argentina, un adolescente puede ser llevado a consulta médica de rutina, y en la puerta del consultorio se le pregunta si quiere ingresar con o sin su madre o padre, quienes en todo caso ven limitada su intervención al papel de transportistas. No queda evidencia alguna de la actitud responsable de cumplir con la periodicidad de los controles, y mucho menos de lo sucedido en el interior de un consultorio médico. Una adolescente argentina puede en nuestros días ingresar sola a la consulta médica, ser revisada de la manera que le solicite el profesional (desnudarse, ser palpada, auscultada, etc.), sin que intervenga la persona que la llevó a la consulta. No se trata de una cuestión de mojigatería, se trata de que, a igualdad de requisitorias, es a todas luces diferente estar presente como progenitores, a quedarse aguardando en la sala de espera hasta que la incógnita sesión culmine. De acuerdo a las pautas del secreto médico, el profesional interviniente está perfectamente facultado para mantener un sólido silencio y, según la ley, informarse sobre lo acontecido es un acto que en su caso quedará sujeto a una orden judicial solicitada a tal fin. Sean cremas para el acné u hormonas para tratamientos de

transición de sexo, los padres no tienen otro remedio más que ser asistidos por la autoridad judicial, con las características propias de la actividad jurisdiccional. Si un adolescente argentino se siente incomodado por escenas de pornografía que haya visto y quiere comentarlo en confidencia a un profesional de la salud, puede sin problema alguno quedar sujeto al comentario del mismo (ser humano de profesión médica), puede serle indicada una terapia psicológica y tomar por sí mismo la decisión de llevarla a cabo o no. En un reciente informe, la UNICEF se ha pronunciado en el sentido de que el material pornográfico explícito no afecta “necesariamente” a las niñas y a los niños. De ese modo, no puede soslayarse el carácter errático que puede transitar un menor de edad quien, de elegir esa opción, confía en la medicina, en organismos como la UNICEF, en la muy posterior y eventual intervención de las autoridades judiciales.

La solución existe, es acudir al auxilio de la justicia, pero que sea una solución en los hechos, no excluye la realidad de que se ha expropiado a los progenitores la facultad de seguir la evolución de la salud de los hijos, en el caso que éstos no lo permitan. La decisión de los menores transformaría *de facto* al servicio de salud en un híbrido de funciones asistenciales y tutelares, es decir, las propias de la especialidad médica y las referidas al resguardo confidente de la salud.

Que las niñas, niños y adolescentes tengan el derecho a ser oídos, tengan derecho a la privacidad y a la intimidad, no lleva a concluir que los padres pierdan el derecho a una, incluso, mínima, supervisión de la salud de sus propios hijos. Desde una perspectiva feminista, este trabajo es una denuncia al intento de expropiación de los derechos de las madres y los padres sobre sus propios hijos, una invasión inadmisibles del Estado sobre la vida privada de las personas.

Es un gran avance dentro de una legislación que el régimen de los menores no equipare una incapacidad de derecho a una incapacidad de hecho. Pero es un absurdo equiparar la situación de una persona que un día antes tenía doce años, a una que un día después adquiere la mayoría de edad: en los extremos queda mejor representada la anomalía de la situación jurídica.

Conclusiones – Desafíos

Las leyes se dictan dentro de una sociedad para ordenar la vida de los ciudadanos, en la confianza de que el debate republicano está orientado siempre hacia el bien común.

El reconocimiento de la autonomía progresiva de los menores en cuanto a su propia salud debe ser compatibilizado en forma urgente con un acceso a servicios de salud que respete las pautas familiares y culturales reconocidas por cada familia y la comunidad a la que pertenecen, en los términos de la ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. De no ser así, madres y padres devendrían en meros gestores de los deseos de sus hijos, meros medios para lograr los fines de éstos. Apelando al sentido común, no parece lógico que los servicios de salud puedan transformarse en un eslabón al cual la ley faculta a tercerizar un factor importante e indelegable de la crianza de los hijos.

Del mismo modo que otros aspectos de la vida de los menores, como la educación, son comunicados a los responsables, los padres, no se entiende por qué la salud ha quedado afuera de su esfera de conocimiento. ¿Por qué habrían de ser informados las madres y los padres de la evolución pedagógica de los hijos y no así de su salud? ¿O es acaso el primer paso para llegar a la tercerización total de la gestión de su vida, siendo menores de edad? ¿Por qué los padres quedarían, eventualmente, sólo a cargo de una suerte de “obligaciones residuales” (afrontar inversiones en alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, socialización, consecuencias jurídicas de sus actos

en la sociedad, etc.) y extirpados de sus derechos, que son ni más ni menos que el disfrute de la totalidad que son?

Es por eso, no por otro motivo, que hablamos de expropiación: quitar lo propio. Mientras sean menores de edad e involucren responsabilidad de sus padres, los hijos son “lo propio de sus madres y padres”, aquello por lo cual se responde. En épocas teñidas de escepticismo, relativismo y existencias escindidas, el ejercicio de la responsabilidad parental implica una unicidad entre derechos y obligaciones, sin fisuras.

De no ser así, engendrar más seres de la especie humana se tornaría, según corresponda, en un acto en el cual los ciudadanos formarían una parte de un proceso donde la calidad de medios y fines se subvierta, simples medios para concretar fines, en el mejor de los casos, de sus propios hijos.