

AUTONOMÍA PROGRESIVA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MENORES DE EDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. DESAFÍOS PARA LA PSICOLOGÍA

PROGRESSIVE AUTONOMY AND INFORMED CONSENT IN MINORS IN THE NEW ARGENTINE CIVIL AND COMMERCIAL CODE. CHALLENGES FOR PSYCHOLOGY

Ferrero, Andrea¹; De Andrea, Nidia G.²

RESUMEN

Este artículo se enmarca en el contexto general de los cambios introducidos en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) a través de su artículo 26, especialmente en relación a los conceptos de autonomía progresiva de la persona menor de edad, el interés superior del/la niño/a, y su capacidad de decisión frente a las intervenciones en salud acorde a diversas franjas etarias. Se presenta la gradación que el Código realiza en relación a niñas, niños y adolescentes (NNyA), y su impacto en el consentimiento informado con respecto a prácticas consideradas invasivas o no invasivas. Se plantean interrogantes que se abren al ámbito del ejercicio de la psicología, como la determinación de la capacidad para tomar decisiones vinculadas a la propia salud mental, y la estimación de qué considerar como práctica invasiva o no invasiva en este campo. Se valora positivamente el desarrollo de debates acerca de estos tópicos en la comunidad científica y profesional de la psicología.

Palabras clave:

Psicología - NNyA - consentimiento informado - CCyCN - Argentina

ABSTRACT

This article is situated within the general frame of the changes introduced in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation through article 26, especially in relation to the concepts of progressive autonomy of the minor, the best interests of the child, and their ability to make decisions about their own health care according to age ranges. It presents the gradation that the Code performs in the concept of minority, and its impact on informed consent with respect to practices considered as invasive or non-invasive. Finally, some questions arise considering this scenario in psychology practice, such as determining the minors' ability to make decisions related to their own mental health care, the relationship between age and maturity level, and how to estimate what can be considered as an invasive or noninvasive practice in psychology. The debate about these topics within scientific and professional community of psychology is highly estimated.

Keywords:

Psychology - minority - informed consent - Civil and Commercial Code - Argentine

¹Universidad Nacional de San Luis, Cátedra de Deontología Profesional. Email: aferrero@unsl.edu.ar

²Universidad Nacional de San Luis, Cátedra de Deontología Profesional.

Introducción

La reforma realizada en el Código Civil y Comercial de la Nación en 2015 (de ahora en más el Código) incluyó una serie de cambios de relevancia, entre ellos los referidos a una nueva regulación sobre la capacidad de las personas consideradas menores. Esta nueva regulación se basa en el principio de capacidad progresiva del/la menor, que implica poner el acento en que el sujeto pueda crecer e ir generando mayores niveles de autonomía e independencia en las decisiones que tome (CCyCN, 2015). Al mismo tiempo, también se considera el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes al considerarlos/as sujetos de derecho y no meros receptores/as de asistencia o control por parte del Estado, la sociedad, y/o de las/os adultas/os que acompañan su crecimiento. Regular la capacidad civil desde esta perspectiva implica privilegiar el acompañamiento del sujeto menor de edad en su camino hacia la madurez, aportándole un marco jurídico que preserve su desarrollo y su bienestar. En ese sentido, los cambios introducidos en el Código remarcan las ideas de protección integral de derechos ya presente en la Convención sobre los Derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas (1989/1990) y retomadas en la legislación argentina (Ley 23.849, 1990), la cual destaca el derecho de este colectivo a ser parte de las decisiones que le afectan, a asumir responsabilidades acorde a su competencia, y a recibir los cuidados adecuados por parte del poder público y de los particulares según correspondiera. Así, en las modificaciones introducidas en el Código, se aclara que si bien en principio las/os menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, si cuentan con la edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí determinadas acciones. En caso de conflicto, las/os menores de edad pueden contar con su propio asistente legal, quien la/lo asesoraría frente a la Justicia (Carranza y Zalazar, 2016; Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm y Fernández, 2015).

Existe en la base una presunción de madurez que eventualmente podría exigir una puesta a prueba, es decir, que en algún punto quede demostrado que el/la menor de edad tiene realmente la capacidad para actuar por sí misma/o. En este contexto, cobra aún más sentido la noción de autonomía progresiva, dado que si bien a los fines fácticos la ley considera bandas etarias específicas, se estima que esa madurez será un proceso en construcción, del cual las/os adultas/os que acompañan al/la menor de edad, son en gran medida responsables, tal como es señalado en los artículos 638 y 639 del mismo Código, referido a las obligaciones parentales hacia las/os hijas/os menores de edad. La intencionalidad de propender a mayores niveles de responsabilidad en el marco de la autonomía progresiva resulta una propuesta innovadora y que permitiría a las/os menores de edad generar mayores niveles incluso de autocuidado en relación a su salud (Famá, 2015). Dejamos de lado lo referido a las condiciones contractuales entre el/la menor de edad y el/la prestador de servicios de salud fuera del ámbito público, dado que excede el interés de este estudio, pero que indica la necesidad de seguir pensando la articulación entre la auto-

nomía subjetiva y la posibilidad de establecer un contrato de servicios -incluyendo el pago de honorarios- con las/os profesionales tratantes (Zalazar y Carranza, 2016).

Grados en NNyA y nivel de daño en tratamientos

En relación a los sujetos menores de edad el código plantea en su artículo 25 una serie de gradaciones dentro del concepto de minoría de edad, el cual hace referencia a toda persona que no haya cumplido dieciocho años. Efectivamente, estas gradaciones indican que se considera simplemente menor a la persona menor de edad que tenga menos de trece años, y que se considera adolescente a la persona menor de edad con trece años cumplidos pero que no llegue a los dieciocho. Finalmente, es persona mayor de edad quien ya haya cumplido dieciocho años. El establecimiento de estos grados referidos a NNyA responde, efectivamente, al criterio de capacidad progresiva, ya que se asienta en una gradación en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, acorde a su desarrollo y maduración psicofísica (CCyCN, 2015). Ahora bien, en materia de derecho a la salud planteada en el artículo 26, la categoría referida a adolescentes -entre trece y dieciocho años de edad-, presenta en el nuevo Código una subdivisión. De este modo, se presume que entre los trece y dieciséis años el/la menor de edad tiene capacidad para decidir por sí mismo/a con respecto a tratamientos no invasivos, ni que comprometan su salud, o provoquen grave riesgo en su vida o integridad física. Dentro de esta misma franja etaria, cuando se trata de tratamientos invasivos que pueden comprometer su salud o provocar grave riesgo en su vida o integridad física, la decisión de las/os menores de edad debe estar acompañada del consentimiento de los adultos legalmente responsables. En caso de conflicto entre ambas partes, la situación se resolverá acorde al interés superior del/la menor de edad, considerando opiniones médicas al respecto. Finalmente, entre los dieciséis y los dieciocho años, el/la adolescente es considerada/o como un adulto en todo lo referido a las decisiones que tome sobre el cuidado de su propio cuerpo.

A partir de allí es posible plantear la inquietud acerca de qué es considerado en el código un tratamiento invasivo y no invasivo, dado que esta caracterización no consta en el mismo. Si bien se afirma que las prácticas no invasivas son aquellas escasamente agresivas, suelen producir resultados rápidos, no requieren internación, y ser de pronta recuperación; y por el contrario, las invasivas pueden implicar agresión al cuerpo, sus resultados requieren de un proceso que puede implicar internación, y ser de lenta recuperación, no existe un consenso taxativo ni mayor nivel de detalle al respecto (Carranza y Zalazar, 2016). Por otra parte, esta indeterminación no se da solamente en el ámbito jurídico sino también en la denominada "ordenación sistémica", dado que no existe un órgano que haya establecido esta categorización y pueda, en base a ella, determinar inequívocamente si un tratamiento es invasivo o no lo es. De este modo, y dado que las intervenciones y tratamientos se sitúan en el contexto de la salud física, quedaría en manos del/la médico/a involucrada/o el esta-

blecer tal determinación. En este punto, se ha planteado la conveniencia de contar con un catálogo de carácter federal realizado por los efectores de salud que pudiera aportar a la organización de estos aspectos a partir de un nomenclador general (Zalazar y Carranza, 2016). Esta idea apuntaría a delinear pautas que pudieran servir como marco general de intervención acorde a cada banda etaria. Si bien sería una tarea ardua dada la enorme diferencia que puede haber entre menores de la misma edad -exacerbada aún más por la profunda inequidad social existente-, estimamos sumamente conveniente que la comunidad científica y profesional vinculada a salud pudiera abocarse a la misma.

El consentimiento informado

A partir de las nuevas perspectivas, se evidencia cómo los cambios introducidos en el Código han resignificado aspectos referidos al consentimiento informado que es necesario otorgar para participar de cualquier práctica en salud, incluidas las investigaciones. Si bien el consentimiento informado se asienta en principios provenientes del campo de los derechos humanos, de principios bioéticos, y de normativas referidas a investigación con seres humanos (Guerra Vaquero, 2016; Hermosilla, Losada, y Salandro, 2018), es posible afirmar que en nuestro país el antecedente más directo se puede encontrar en la Ley de Derechos de los Pacientes 26742, modificatoria de la Ley 26529, en la que ya se establecían los derechos del paciente en relación al consentimiento, entre otros aspectos (Ley N° 26742, 2012). Previamente al código, las/os menores de dieciocho años debían contar con el consentimiento de las/os adultas/os legalmente responsables, y al mismo tiempo, brindar su asentimiento para que la práctica pudiera llevarse adelante (Ferrero, De Andrea y Lucero, 2018). Este escenario ahora se ha modificado, toda vez que el nuevo código considera que entre los trece y los dieciséis de años la persona es autónoma para decidir acerca de prácticas en salud consideradas no invasivas. Dentro de esa franja etaria, si la práctica es considerada invasiva, requerirá la aprobación de las/os adultas/os legalmente responsables, firmando junto con el/la menor de edad el consentimiento informado. A partir de los dieciséis años, la persona es considerada adulta en relación al cuidado de su salud, por lo que su solo consentimiento es suficiente para autorizar la realización de cualquier práctica en ese sentido.

Si bien el respeto por la autonomía implica reconocer la capacidad de autodeterminación de la persona, y por lo tanto su derecho a tomar sus propias decisiones, cabe preguntarse si nuestra sociedad genera condiciones que promuevan la autonomía deseada en sus menores de edad. De la mano de ello, el establecimiento de franjas etarias estancas, y especialmente considerando lo antedicho, vuelve a tornarse en tema de debate toda vez que las condiciones de maduración de las/os menores de edad pueden ser notoriamente disímiles en nuestro país especialmente considerando los elevados niveles de vulnerabilidad social existentes. En ese sentido, nos preguntamos acerca de cómo desde la psicología podre-

mos abordar estas temáticas, y estimamos que es indispensable retomar y profundizar el debate con respecto al consentimiento informado en menores de edad, ahora a la luz de los cambios introducidos en el Código (González Pla y Salomone, 2016; Hermosilla, Liberatore, Losada, Salandro, y otros, 2013; Salomone, 2003).

El cuidado de la salud mental desde la autonomía progresiva

Uno de los principales desafíos que se plantean en el nuevo código surge de la vinculación detallada de edad con grado de madurez, y éstos a su vez con la capacidad de decidir sobre una práctica en salud acorde al nivel de daño que ésta podría acarrear. Como se ha señalado, resulta complejo obtener una respuesta unívoca con respecto a la relación entre madurez suficiente y la edad de las/os menores de edad, toda vez que el proceso madurativo implica la construcción de capacidades que depende de una multiplicidad de factores, e incluso la misma persona puede haber desarrollado capacidades en un determinado campo y no en otro. En el caso de las intervenciones a las que se hace referencia el artículo 26 del Código, se ha planteado la inquietud acerca de quién y cómo determinaría el grado de madurez de un/a menor, ya que no se establece si ello podría estar en manos de un/a profesional de la salud mental, de un equipo interdisciplinario como indica la Ley Nacional de Salud Mental (Ley N° 26.657, 2010), un equipo multidisciplinario en materia de familia, como lo indica el propio Código en su artículo 706, o quedaría en manos de un/a juez/a determinarlo, lo cual implicaría una judicialización de la situación (CCyCN, 2015; Zalazar y Carranza, 2016).

Queda claro entonces que el rol de la autonomía progresiva de menores de edad a la hora de tomar decisiones con respecto al cuidado de su salud apunta a dejar de lado la idea de incapacidad en la toma de decisiones, incluidas las referidas a su salud mental. En ese sentido, resulta de interés la necesidad de profundizar lo referido al cuidado de la salud planteado en el artículo 26 del Código desde una mirada integral de la salud, cuya posible interpretación no quede circunscripta a la salud física o como directamente es expresado para adolescentes entre 16 y 18 años, al cuidado del propio cuerpo. Efectivamente, es difícil pensar en decisiones autónomas en relación a la salud desde el paradigma de la autonomía progresiva si no planteamos la posibilidad de que las/os menores de edad tomen decisiones vinculadas a su propia salud mental también, dado que el cuidado de la salud excede ampliamente el terreno de lo biológico para insertarse en una trama psicosocial mucho más amplia. Desde esta perspectiva nos planteamos la importancia de articular la autonomía progresiva y las decisiones que menores de edad tomen en relación a su salud, con el cuidado de la salud mental también, y por tanto su bienestar psicológico y social. Ejemplo de ello sería la decisión de iniciar un proceso psicoterapéutico, decidir sobre una actividad recreativa que mejore su bienestar, cambiar de escuela, establecer una relación de pareja, etc. De la mano de ello, la referencia en el mencionado artículo 26 a profesionales

involucradas/os en las decisiones de adolescentes en relación al cuidado de su salud se reducen a la opinión médica con respecto a la realización del también denominado acto médico, reforzando una perspectiva sumamente parcial acerca de la consideración del cuidado de la salud. Surge entonces el primer interrogante, que se centra en la estimación que las/os profesionales de la psicología, llegado el caso, deberíamos hacer con respecto a la aptitud del/la menor de edad para tomar decisiones sobre su salud -incluida su salud mental-, más allá de la estricta edad cronológica. ¿Sería recién después de esta estimación que consideraríamos al/la menor apta/o para decidir autónomamente participar de una práctica o tratamiento en psicología? ¿O nos ceñiremos al código y bastará considerar su edad para fundamentar nuestra decisión? Esta inquietud por cierto que no se sitúa en el interés por evitar posibles actos de mala praxis por las consecuencias que ello podría acarrearle al/la profesional o investigador/a en cualquiera de sus figuras, sino que apunta a, además de ajustarse a la ley, promover y preservar el bienestar de las personas menores de edad con las que eventualmente trabajemos. Recordemos en este punto que la mala praxis es un concepto jurídico referido a diversas conductas -imprudencia, negligencia, impericia, e inobservancia de los reglamentos-, que ponen en riesgo o dañan directamente el bienestar de las personas que reciben un servicio profesional. Se relaciona con la responsabilidad civil del profesional que presta servicios y que consiste en la obligación de preservar el bienestar de las personas a las que dirige su práctica, y de reparar el daño que pudiera causar. Ello es independiente de que la práctica se desarrolle en el ámbito público o privado. En el caso de la psicología esto adquiere especial valor, a partir de que esta disciplina fue incluida entre una de las profesiones reguladas por el Estado, acorde a los criterios de la Ley de Educación Superior (Ley 24.521, 1995), ya que es una profesión cuyo ejercicio puede comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud de la población (Salomone, 2011). La referencia al concepto jurídico de mala praxis en este contexto se justifica toda vez que el desconocimiento o incorrecta aplicación de los términos introducidos por el Código, podría desencadenar conductas que pusieran en riesgo el bienestar de las/os menores de edad involucrados/as en cualquier tipo de práctica científica y profesional de la psicología.

Un segundo interrogante, que se desprende del primero, es el referido a las bandas etarias vinculadas a la toma de decisiones de menores sobre su salud, dada la dificultad de relacionar taxativamente edad y grados de madurez. Ello implica que muy probablemente un modelo de intervención podría ser adecuado para un sujeto y no para otro de la misma edad cronológica pero con diferente grado de maduración psicológica. Y este punto adquiere el mayor interés dado que, acorde al Código, las bandas etarias tendrían un efecto concreto, entre otros aspectos, en la obtención del consentimiento informado de menores de edad para participar en investigaciones o en cualquier tipo de práctica profesional de la psicología. La consideración de que todo/a adolescente mayor de 16 años podría de-

cidir autónomamente acerca de intervenciones sobre su propio cuerpo, ¿implica que en el ámbito de la psicología debería aplicarse el mismo criterio? ¿Cuál sería el criterio para aceptar o rechazar esa idea? Y en caso de aceptarla, ¿lo sería para todo tipo de intervención y práctica en psicología? ¿y para todas/os las/os adolescentes por igual? Surge entonces el interrogante fundamental acerca de estimar la validez del consentimiento informado exclusivamente acorde a la edad cronológica del/la menor, y por tanto acoplado los modelos de intervención en psicología a los modelos médicos indicados en el código, o señalar la necesidad de utilizar además otros criterios a fin de estimar el cabal sentido de dicho consentimiento cuando hablamos de intervenciones en el ámbito de la salud mental.

En tercer lugar, y siguiendo la subdivisión planteada en el Código en relación a prácticas invasivas o no invasivas, se plantea la inquietud acerca de cómo ponderar estas categorías en relación a una práctica o un tratamiento en psicología, especialmente considerando la diversidad de prácticas, de modelos de abordaje, y la singularidad de cada sujeto. Esta pregunta también adquiere el mayor interés toda vez que ello también determinaría la necesidad de contar con el aval de adultos responsables o si bastaría con la sola decisión del/la menor de edad para llevar adelante la práctica o tratamiento.

Considerar estos interrogantes, y aquellos que pudieran ir surgiendo en este sentido, implica promover una mirada amplia del concepto de salud de las/os menores de edad, que incluya la valoración de las decisiones que tomen con respecto al cuidado de su salud mental. Por ello, consideramos indispensable generar espacios de discusión en los ámbitos académicos y profesionales de la psicología que permitan construir respuestas acorde a los términos establecidos en el Código en relación a la autonomía progresiva, y que al mismo tiempo den cuenta de la singularidad de la toma de decisiones por parte de menores de edad en relación a las intervenciones y tratamientos en este campo. No se procura con ello establecer un cuadro de respuestas estanco y unívoco a partir de los interrogantes planteados, pero sí se estima necesario profundizar debates al respecto y generar consensos desde el propio campo científico y profesional de la psicología de forma competente y responsable, para la mejor preservación del bienestar de las personas menores y la comunidad en la que se insertan.

REFERENCIAS

- Carranza, G. y Zalazar, C. (2016). La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina. *Revista de Derecho Privado*, 36, pp 29-55.
- Famá, M. V. (2015). Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial. *La Ley Online*, AR/DOC/3698/2015. Descargado el 11/11/2020 de https://www.bibliopsi.org/docs/carreras/electivas/ECFP/el-rol-del-psicologo-en-el-equipo-interdisciplinario-de-salud/capacidad_progresiva_fama.pdf

- Ferrero, A., De Andrea, N. y Lucero, F. (2018). La importancia del consentimiento informado y el asentimiento en psicología. *Actas del III Congreso Internacional de Psicología, VI Congreso Nacional de Psicología "Ciencia y Profesión: Desafíos para la construcción de una psicología regional"*, pp. 84. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- González Pla, F. y Salomone, G. (2016). El consentimiento informado en el campo de la Salud Mental. De la pauta deontológico-jurídica a la dimensión clínica. *Anuario de Investigaciones*, 23, pp. 219-225. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Guerra Vaquero, A. Y. (2016). El paciente como sujeto de derechos: la autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado y de las instrucciones previas, *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, 12, pp 153-162.
- Hermosilla, A.M., Liberatore, G, Losada, M., Salandro, C. y otros (2013). Competencia profesional: Evaluación de la aplicabilidad del consentimiento informado en el ámbito clínico. *Perspectivas en Psicología*, 10, pp 80-91.
- Hermosilla, A.M., Losada, C., y Salandro, C. (2018). El lugar del consentimiento informado. En A.M. Hermosilla, O. Calo, y H. Martínez Álvarez. *Estudios sobre Deontología de la psicología y moralidad*, , 39-57. Mar del Plata: EUDEM.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. y Fernández, S. (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno de la Nación Argentina. Descargado el 26 de noviembre de 2020 de <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>
- Ley 23.849 de 1990. *Convención sobre los Derechos del niño*. B. O., 22 de octubre de 1990. (Argentina).
- Ley 24.521 de 1995. *Educación Superior*. B.O., 10 de agosto de 1995. (Argentina)
- Ley N° 26.657 de 2010. *Derecho a la Protección de la Salud Mental*. B.O. 2 de diciembre de 2010. (Argentina).
- Ley N° 26.742 de 2012. *Derechos de los pacientes*. B.O. 24 de mayo de 2012. (Argentina).
- Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. B. O. 8 de octubre de 2014. (Argentina).
- Organización de Naciones Unidas (1989/1990). *Convención de los derechos del niño*. Nueva York: Autor.
- Salomone, G. (2003). El consentimiento informado y la responsabilidad: un problema ético. *Memorias de las X Jornadas de Investigación: salud, educación, Justicia y trabajo. Aportes de la Investigación en Psicología*. Tomo III. Facultad de Psicología. Universidad de Buenos Aires, pp.284-287.
- Salomone, G. (2011). Responsabilidad profesional: las perspectivas deontológicas, jurídicas y clínicas. En G. Salomone, *Discursos institucionales. Lecturas clínicas*, pp. 72-77. Buenos Aires: Dynamo.
- Zalazar, C. y Carranza, G. (2016). Consentimiento informado, autonomía del paciente y menores de edad: un acercamiento a los nuevos dilemas que presenta el código civil y comercial de la República Argentina. *Boletim da Saúde*, 25, 2, pp 47-62.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2020

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020

Fecha de publicación: 30 de noviembre de 2020