

# **El cuidado del cuerpo en la niñez y adolescencia: salud y autonomía en el Código Civil y Comercial de la Nación**

Lucía Blanco

Victoria Fernández Albamonte

## Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo indagar acerca de la contextualización jurídica sobre la salud y el cuidado del cuerpo en la niñez y la adolescencia en el campo de la salud sexual y la salud reproductiva, a la luz del paradigma de derechos, teniendo en cuenta el principio rector de autonomía progresiva.

En materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, se produjo en nuestro país un cambio de perspectiva en la forma de pensar a la niñez y la adolescencia a partir de la ratificación de la Convención Internacional de Derechos del Niño (CDN) en 1990. Este cambio de paradigma implicó un complejo proceso jurídico que involucró la institucionalización de la CDN en la reforma constitucional del año 1994, la sanción de la Ley de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (26.061) en 2005 y que encuentra su más reciente avance en la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, especialmente en lo que respecta al cuidado del propio cuerpo (artículo 26° del Código Civil).

## Sujetos de derechos

¿A qué nos referimos cuando hablamos de cambio de paradigma en materia de niñez y adolescencia? La CDN implicó una modificación en la forma de entender a la niñez y la adolescencia a nivel jurídico, social y cultural. Las herramientas legales (Ley de Patronato 10.903/1919; Código Civil de Vélez Sarsfield) con las que se contaba antes de la ratificación de la CDN entendían a la niñez desde una

perspectiva tutelar que posicionaba a niñas<sup>1</sup> y adolescentes en el lugar de objeto de protección y control por parte del Estado. El paradigma tutelar definía a niñas y adolescentes como carentes, incompletos y en tránsito hacia la vida adulta. Nelly Minyersky (2012) explica que con el giro paradigmático que se produjo con el advenimiento de la CDN a niñas y adolescentes “*se los reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, más aquellos que les corresponden específicamente por su condición de niño*” (Minyersky, 2012: 1).

Este pasaje de paradigma que concibe a niñas y adolescentes como sujetos de derechos es conocido como “paradigma de protección integral de derechos”; estos derechos de los cuales niñas y adolescentes son titulares, son subjetivos, es decir, no son derechos de una colectividad o un grupo sino que les son inherentes por su condición de persona (Minyersky, 2012). De esta manera, se produce un giro en la forma de concebir el acceso a la salud en general y a la salud sexual y salud reproductiva en particular.

La CDN establece que los derechos de niñas y adolescentes deben ser protegidos especialmente por la condición de vulnerabilidad que puede implicar este período vital. Los diferentes artículos marcan conceptos fundamentales que guían la aplicación de la norma. En primer lugar, se establece en el artículo 3° el interés superior del niño como consideración primordial. En segundo lugar, teniendo en cuenta el análisis que realiza Sabrina Viola (2012) de la CDN, el artículo 5° contiene el principio de autonomía progresiva debido a que toma en consideración la evolución de las facultades mentales en el ejercicio de derechos en relación al acompañamiento guía y dirección de los adultos responsables. En tercer lugar, el artículo 12° señala: “*los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones*

---

<sup>1</sup> Para el presente trabajo se utilizará el lenguaje inclusivo con el objetivo de visibilizar en el discurso a todas las identidades y corporalidades.

*del niño, en función de la edad y madurez del niño*” (CDN, 1989). Estos tres principios están íntimamente relacionados entre sí, dan sustento al paradigma de sujetos de derechos y transforman el vínculo entre niños, adultos y Estado otorgando roles, derechos y deberes específicos a cada uno.

El interés superior es definido en el artículo 3° de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes como *“la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”* (2005). La definición de este concepto suscitó diversos debates respecto de la amplitud del término y su forma de interpretación y aplicación. En este sentido, resulta interesante tomar la explicación que Nelly Minyersky y Marisa Herrera hacen de este principio: *“mientras el niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior (la mirada del adulto) deberá ser la pauta predominante. Pero si se trata de un adolescente o de un niño con madurez suficiente, aquella pauta se ve desplazada por el efectivo derecho de éstos a ser oído y, en especial, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta”* (Minyersky, N. y Herrera, M., 2008: 49).

La ley 26.061 introdujo un marco conceptual para garantizar el ejercicio de los derechos personalísimos en el cual se arbitran herramientas para lograr la protección real de los niños. Entre los derechos que menciona, adquiere especial relevancia el derecho del niño a ser oído, que debe ser tenido en cuenta en pos de su interés superior. Es decir que la voz, la opinión del niño *“se convierte en la pauta central a ser tenida en cuenta para la determinación del interés superior en el caso concreto”* (Minyersky, N. y Herrera, M., 2008: 50). Si la opinión del niño no coincidiera con aquello que desde la mirada adulta se considera su interés superior, el hecho de poder expresarse implicaría de por sí que el niño adquiriera un rol central.

## Derecho a la salud

En su artículo 14°, la ley 26.061 establece el derecho de los niños y adolescentes a la salud, buscando garantizar el “*derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud*” (2005). Resulta relevante en este sentido considerar a la salud en sentido integral, según establece la Organización Mundial de la Salud en el preámbulo de su Constitución: “*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*” (OMS, 1948). Es decir, el concepto salud excede y desborda a aquello vinculado a la cura de enfermedades físicas, abarca una gran diversidad de aspectos que hacen a la vida de las personas e incluye a su vez la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura, bienestar social, entre otros.

Siguiendo las reflexiones realizadas por Nelly Minyersky en el artículo *Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo* (2012), a raíz del avance de las ciencias y las políticas públicas en materia de promoción de la salud y prevención de enfermedades, los vínculos entre profesionales y usuarios/as del sistema de salud han ido transformándose (Minyersky, 2012). Quienes acuden a los consultorios buscan posibles soluciones a cuestiones diversas que hacen a su salud y, desde luego, niños y adolescentes buscan respuestas en el sistema de salud. La autora refiere que “*la relación médico-paciente no se agota, entonces, con el cumplimiento de la obligación de informar, sino que requiere, asimismo, que el paciente destinatario de la información tenga una función participativa y de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa y adoptar las decisiones racionales que le dicta su interés*” (Minyersky, 2012: 6). Resulta imprescindible aquí reflexionar sobre lo analizado en el apartado anterior respecto del principio de autonomía progresiva y el aumento de las posibilidades de niños y adolescentes de participar de manera

activa en el cuidado del propio cuerpo y las decisiones respecto de su salud. Estas decisiones pueden ser factores determinantes de enorme trascendencia para la vida de las personas: atendiendo al cambio de paradigma al que hemos hecho alusión, el acompañamiento de adultos de referencia es clave en tanto guía para la construcción de la autonomía de los niños y, según refiere Nelly Minyersky, “(...) vemos que siempre la autonomía, en término bioético, es la que ayudará a asegurar el interés superior del niño. El trabajo interdisciplinario en esta época y mundo globalizado es indispensable para llegar a soluciones más ajustadas a la realidad” (Minyersky, 2012: 12). En este sentido no podemos dejar de poner en relevancia la utilidad del trabajo interdisciplinario: como hemos establecido, la salud debe ser comprendida en su sentido integral y es por esto que excede a aquello sobre lo que puede intervenir la medicina. Resulta imprescindible el abordaje de las problemáticas de salud desde una perspectiva interdisciplinaria en tanto una verdadera interacción entre las diversas disciplinas en función de poder asegurar las posibilidades reales de los sujetos, y en particular de niños y adolescentes, de tomar decisiones autónomas, libres e informadas sobre el cuidado de sus cuerpos.

El derecho de niños y adolescentes a disponer del propio cuerpo es un derecho personalísimo, es decir, es un derecho que no puede ser ejercido por intermediarios. Sin embargo, es necesario que el sujeto pueda contar con toda la información disponible para poder tomar decisiones libres y comprender las consecuencias de las mismas. Retomando la ley 26.061, el acompañamiento en el camino de la autonomía corresponde a las familias, según establece el artículo 7° sobre responsabilidad parental: “*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*” (Ley Nacional 26.061/2005); además, este mismo artículo establece que “*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*”. Es decir, en la responsabilidad de que los niños

y adolescentes puedan ejercer libremente sus derechos desde una posición informada y puedan a su vez responsabilizarse por el cuidado de su cuerpo y poder disponer de éste de la manera que deseen, el Estado ocupa un lugar esencial. Se trata de un rol que no es de control, regulación o normativización de los cuerpos sino más bien implica arbitrar los medios para garantizar el derecho a decidir.

Dentro del derecho a la salud de niñas y adolescentes, resulta de gran importancia reflexionar sobre el acceso a su salud sexual y su salud reproductiva. En este sentido consideramos necesario distinguir entre salud sexual y salud reproductiva ya que la sexualidad no puede ni debe quedar subsumida a la reproducción sino que el cuidado del cuerpo respecto de derechos sexuales debe abarcar también el derecho al placer y al libre ejercicio de la sexualidad. En relación al acceso a la salud sexual y la salud reproductiva, es necesario tener en cuenta a la Ley Nacional 25.673/2002, que da creación al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Los objetivos de esa ley, sancionada en octubre de 2002, aluden básicamente a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable, promover la salud sexual de adolescentes, garantizar a la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud reproductiva y procreación responsable (Ley Nacional 25.673, 2002), entre otros. A los fines del presente trabajo resulta indispensable la articulación que esta herramienta jurídica permite, en términos de titularidad de derechos personalísimos vinculados a la autonomía personal y a la intimidad y privacidad que forman parte de la misma.

Por otra parte, el Código Civil sancionado en 2015 regula las prácticas de cuidado del cuerpo de acuerdo a franjas etarias pero en consonancia con los principios de autonomía e interés superior. Así, el Código establece nuevos criterios que ordenan las relaciones entre profesionales, adultos y niñas al momento de la decisión sobre el cuidado. Un primer grupo se conforma entre el nacimiento y los 13 años de edad; un segundo grupo entre los 13 y los 16 años y un último grupo entre los 16 y los 18 años de edad. Los tres grupos etarios establecidos están

conformados en función de los criterios de madurez y, como veremos, son orientativos aunque no determinantes. De esta manera, y en consonancia con el principio pro homine<sup>2</sup>, resulta necesario tener en cuenta lo establecido por el Código en tanto amplía el derecho al acceso a las prestaciones de salud y al cuidado del propio cuerpo.<sup>3</sup> En el caso de niños menores de trece años, el código establece el ejercicio de los derechos con el acompañamiento de representantes legales en respeto por el derecho a ser oído. Luego, en el mismo artículo establece:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene 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, el adolescente debe 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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (Artículo 26°)

Según lo establecido en este texto, la división de los grupos etarios respecto del acceso a la salud adquiere especial relevancia en cuanto a la salud sexual y salud reproductiva. En primer lugar, los jóvenes entre 13 y 16 tienen autonomía plena en el ejercicio de su salud respecto a los tratamientos definidos como no invasivos. En el caso de los métodos anticonceptivos, en el año 2015, el Ministerio de Salud de la Nación organizó una mesa de trabajo para analizar estas cuestiones y publicó una

---

<sup>2</sup> Principio interpretativo de la norma jurídica según el cual se acude a una interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos. Es decir, se apela a la interpretación que garantice mayor amplitud de derechos frente a aquella que restringe el derecho en cuestión.

<sup>3</sup> Sobre esto véase también: Famá M.V., 2015

resolución (Res. 65/2015) en la que clarificó las interpretaciones del Código desde el sector salud respecto a esta cuestión. La resolución especifica que tanto las prácticas de salud sexual y salud reproductiva como así también los métodos anticonceptivos transitorios no son prácticas invasivas de manera que no comprometen el estado de salud de les adolescentes. La normativa deja expresa también que están incluidos entre los métodos transitorios los implantes y los dispositivos intrauterinos. Por su parte, en el caso de las prácticas invasivas, la normativa expresa que les adolescentes requieren el acompañamiento. Ahora bien, ¿qué significa acompañar? Si hablamos de sujeto de derechos, hablamos de un acompañamiento consistente con el principio de autonomía progresiva. Por este motivo, en el caso de que se presente un desacuerdo, debe primar el interés superior sobre la base de la opinión médica sobre las consecuencias de esa decisión. Este aspecto de la norma interpela a les profesionales de salud a un posicionamiento que garantice la escucha de les jóvenes involucrados en el proceso de atención.

Por otra parte y como se estableció anteriormente, en el caso de les adolescentes mayores de dieciséis años, el Código Civil establece que, en lo que respecta al cuidado del propio cuerpo, tienen autonomía plena para decidir y dar su consentimiento a cualquier tratamiento y/o práctica de salud. En este sentido es importante aclarar qué lugar ocupa la anticoncepción quirúrgica (ligadura de trompas de Falopio y vasectomía o ligadura de conductos deferentes), considerada un método anticonceptivo permanente<sup>4</sup>. El acceso a esta práctica está especificado en la Ley Nacional 26.130, sancionada en el año 2006, es decir, es previa a la

---

<sup>4</sup> A partir de la sanción de la ley 26.130, se reconoce a la anticoncepción quirúrgica como un método anticonceptivo permanente, formando parte del Programa Médico Obligatorio (PMO) con cobertura total. La ligadura de trompas de Falopio consiste en una cirugía cuyo objetivo es evitar que los óvulos liberados por los ovarios se trasladen y puedan entrar en contacto con espermatozoides. La vasectomía implica la ligadura de los conductos deferentes, para impedir el pasaje de los espermatozoides al líquido seminal. Ambos procedimientos son sencillos y evidencian una alta efectividad. Se los llama permanentes y no irreversibles ya que la reversibilidad es posible, aunque no siempre es efectiva y no se trata de una práctica médica sencilla. Tampoco forma parte del PMO. Una buena consejería es necesaria para que las personas puedan tomar una decisión autónoma e informada, con información proporcionada por el equipo de salud de manera clara, completa, científicamente comprobable.



reforma del Código Civil. Esta ley establece que las personas mayores de edad que son consideradas capaces en el sentido jurídico del término pueden acceder a esas prácticas si lo requieren, siendo el único requisito el otorgamiento del consentimiento informado, sin ser necesaria la autorización de una tercera persona. Es así que, siguiendo el principio pro homine, a la luz de la reforma del Código Civil en el año 2015, las personas desde los 16 años en adelante pueden acceder a la práctica de contracepción quirúrgica.

### El rol de les psicólogos

La literatura jurídica se preocupa sostenidamente por la tensión entre el adulto y le niñe en el caso de que “los intereses” se contrapongan. Surge allí la pregunta: ¿qué voz, qué mirada se prioriza al momento de la determinación del caso concreto? Pareciera que aquí la tensión que se presenta es entre un complejo mundo adulto y el singular mundo de cada niñe. En este sentido, es imprescindible problematizar y contextualizar la categoría de niñez y adolescencia al momento de la actuación de los equipos profesionales que intervienen. Lograr problematizar estas cuestiones demanda un ejercicio a realizar no sólo al momento en que se presentan estas tensiones sino en la perspectiva con la que se encarar la niñez y la adolescencia de manera que los derechos puedan ser ejercidos de la manera más autónoma posible.

A su vez, en cuanto al derecho a ser oída/o, la tensión puede presentarse en otro aspecto. Consideramos primordial reflexionar sobre la forma en que se entiende la escucha a este sujeto que expresa su opinión. Es decir, la tensión entre aquello que se dice y aquello que se escucha así como también cómo esa opinión se construye, con qué herramientas cuenta le niñe para expresarse, cuál es el lugar que se da a eso que se dice y mediante qué representaciones es interpretado aquello que dice (especialmente la representación de niñe).

Desde esta perspectiva, resultan interesantes los aportes de Gabriela Perrotta (2014) respecto al rol de psicólogos en los equipos interdisciplinarios de salud

donde el aporte disciplinario se produce “haciendo lugar a los sujetos y a sus padecimientos subjetivos, intentando escuchar más allá de la demanda concreta, aportando su escucha al equipo de salud para diseñar estrategias de atención y de promoción de la SSyR que tengan en cuenta los condicionamientos de género y ayudando a crear otros espacios donde las singularidades de cada sujeto puedan ser escuchadas” (Perrotta, 2014: 5).

Es por ello que, el potencial de un abordaje de salud (y con la particular mirada desde la salud mental y los aportes de esta disciplina respecto del rol central de la palabra del/la sujeto) con perspectiva de derechos se vincula con visibilizar que no poder disponer del propio cuerpo y gozar de libertad sobre el mismo, va en detrimento de la salud y que, por el contrario, la autonomía, es salud.

### Comentarios finales

Los avances en materia de derechos han permitido que niños y adolescentes dejen de estar posicionados en el lugar de objetos y sean reconocidos como sujetos plenos de derechos, como consecuencia del pasaje de un paradigma tutelar al paradigma de protección de derechos. Como hemos analizado a lo largo del presente trabajo, el paradigma tutelar entendía a la niñez y la adolescencia desde una mirada disciplinar, siendo niños y adolescentes considerados objeto de control y protección por parte del Estado y las familias. El cambio de paradigma implicó comprender a niños y adolescentes como sujetos completos y titulares de derechos, con capacidad progresiva para ejercerlos, y no como “adultos en devenir”. Sin embargo, podría decirse que actualmente ambos paradigmas suelen coexistir en la práctica profesional: es en este sentido imprescindible la reflexión constante en relación al ejercicio de la práctica. Con esto no pretende afirmarse que el paradigma de derechos deba ser considerado desde una visión acrítica y romántica: es importante problematizar la propia práctica y promover abordajes interdisciplinarios que permitan ejercer una mirada compleja sobre las diversas realidades en función

de poder llevar adelante intervenciones que acompañen a los sujetos a poder construir decisiones más libres y emancipadoras.

En función del recorrido sobre la literatura jurídica realizado a lo largo del presente trabajo, estamos en condiciones de aseverar que respecto de niños y adolescentes, los avances en materia jurídica desde la institucionalización de la CDN en 1990 hasta la sanción del Código Civil en 2015 permitieron una importante ampliación de derechos estableciendo ciertas franjas etarias que ordenan el acompañamiento de los profesionales y adultos de referencia y buscan potenciar la capacidad progresiva de niños y adolescentes. Se busca en este sentido que niños y adolescentes puedan disponer de sus cuerpos (en tanto esta disposición se establece como derecho personalísimo) de la manera que consideren conveniente, en función de la evolución de sus facultades, contando siempre con toda la información posible, que debe ser transmitida de manera comprensible y clara, científica y éticamente fundada y que busque proteger su interés superior. El interés superior del niño y adolescente va indudablemente de la mano del principio rector de autonomía progresiva y el derecho a expresarse, ser oído/a y que se produzca en la interacción con el/la profesional una co-construcción de aquellas herramientas que le permitirán ejercer sus derechos y controlar sus propias condiciones de existencia.

Conocer y hacer uso de las herramientas jurídicas vigentes que garantizan los derechos de las personas para poder ejercer una vida autónoma y sana es fundamental en el proceso de atención. Es allí donde radica, a su vez, el potencial del rol del psicólogo, en función de poder crear las condiciones de posibilidad para que la palabra circule y se haga lugar a la singularidad en el ejercicio de la autonomía.

## Bibliografía

- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994/ 2015
- Famá, M. V. (2015) “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial” en: La Ley 20/10/2015.
- Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (25.673/2002)
- Ley Nacional de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica (26.130/2006)
- Ley de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (26.601/2005)
- Minyersky, N. y Herrera, M. (2008) “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061” en *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26061*. Fundación Sur. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Minyersky, N. (2012) Capacidad progresiva de los niñ@s y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en: RIDJ N° 43.
- OMS (1948) *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud.
- ONU (1989) *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra, Organización de las Naciones Unidas.
- Perrotta, G. (2014) *El Rol del Psicólogo en el Equipo Interdisciplinario de Salud*. Publicado en *Cuerpo y Subjetividad*, Grande, E. et al, Trimboli, A. (comp.), AASM (Serie Conexiones), ISBN 978-987-23478-9-5, Págs. 373-375.
- Pinto, M. (1997) “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, AA. VV., Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.), Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Provenzano, B., Sappa, S., Musacchio, O., Wasylk Fedyszak, M. S., Leone, C. (2017) *Anticoncepción Quirúrgica: un derecho de todas las personas*. Dirección

de Salud Sexual y Reproductiva. Ministerio de Salud de la Nación. Bs. As., 03/2017.

- Resolución 65/2015. *Marco interpretativo del Código Civil y Comercial adoptado. Ministerio de Salud de la Nación. Secretaria de Salud Comunitaria. Bs. As., 09/12/2015.*
- Viola, S. (2012) *Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente*, en Cuestión de Derechos .