

**XV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2019
Corrientes - Argentina

XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2019
Corrientes -Argentina / Fernando Acevedo ... [et al.] ;
compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed.-
Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
CD-ROM, EPUB

ISBN 978-987-619-345-0

1. Análisis Jurídico. I. Acevedo, Fernando. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN Nº 978-987-619-345-0

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

LOS ADOLESCENTES Y LOS CONFLICTOS DE FAMILIA ANTE LA DISPOSICIÓN DE SU CUERPO

Cima, Carmen T.

cimateresita@gmail.com

Thomas Cima, María G

mariagabrielathomas@hotmail.com

Resumen

Investigar la judicialización existente ante conflictos que pueden suscitarse entre las personas adolescentes de 13 a 16 años de edad y sus progenitores, en supuestos como el señalado por el párrafo 5º del art.26 del Código Civil y Comercial de la Nación (B.O. 08/10/14), referido a tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud y los criterios que los magistrados de Familia, aplican en sus decisorios.

Palabras claves: Salud, Autonomía progresiva.

Introducción

En atención a la judicialización prevista en el art.26 del Código Civil y Comercial de la Nación, ante la eventual discordancia entre el adolescente y sus progenitores, por la realización de un tratamiento invasivo que comprometa o ponga en peligro su salud, se quiso investigar el grado de litigiosidad que podría existir en los juzgados de familia por este tema. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el art.4º inc. “a” de la ley 26.061 que establece, como norma de política pública, el fortalecimiento del rol familiar en la efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Interesa conocer cuánto interviene el Estado en la familia y en la relación de los adolescentes y sus padres. Al decir del prestigioso jurista Juan G. Navarro Floria, estamos ante una norma fuertemente invasora de la intimidad familiar y que puede deteriorar la autoridad de los padres ya que un niño de 13 años no podrá ser operado de apendicitis o hacerse un tratamiento de ortodoncia si él no está de acuerdo, y ese disenso deberá someterse a un juez.

Materiales y método

Existe profuso material bibliográfico que citamos oportunamente y que consultamos, y resultó de fundamental importancia, sobre todo, la inquietud suscitada ante la existencia y/o cuantía de fallos, al respecto, en Juzgados de Familia, tanto de las provincias de Corrientes, Chaco, como de otras jurisdicciones.

Resultados y discusión

La adolescencia es un estado de transición, donde los constantes cambios tanto del cuerpo como de la mente, traen aparejados miedos e inseguridades. El principio de autonomía o capacidad progresiva, lo que hace es reconocer que el niño como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece y va comprendiendo el sentido de sus acciones.

El actual art.26 del Código Civil y Comercial de la Nación, da a los adolescentes entre 13 y 16 años, la posibilidad de decidir por sí mismos en materia de salud y en función de su desarrollo, en tratamientos que no resulten invasivos ni comprometa su estado de salud o provoquen un riesgo grave a su vida o integridad física.

Es por ello que el principio legal de la “madurez suficiente” es puramente bioético, es distinto en cada persona. Y la ley establece que “presume”, presunción iuris tantum, que el adolescente tiene “aptitud para decidir por sí”, y que llegado el momento del conflicto, y según los aportes probatorios, el juez decidirá sobre esa aptitud o capacidad.

Sabido es que uno de los cambios importantes en el campo procesal, es el reconocimiento a favor de los niños, niñas y adolescentes, de una amplia capacidad procesal para intervenir en los juicios, incluso cuando no lo hagan sus representantes legales. Sumado a ello el derecho a ser oídos en juicio, aunque su opinión no sea vinculante para el juez.

Tratándose de cuestiones de salud, la resolución judicial debe ser rápida, pues de otra forma podría tomarse abstracta por el paso del tiempo, que apremia en estos casos.

En el tema que nos ocupa, existe la probabilidad de que el adolescente tenga intereses contrapuestos con uno o con ambos progenitores. A fin de garantizar adecuadamente la defensa de sus intereses, se le deberá designar un abogado distinto del abogado que pueda tener cada uno de sus progenitores. La figura del abogado del niño cobra entonces importancia, sobre todo si el adolescente, carece de medios económicos. Pero ese es un tema que no abordaremos.

¿Para qué se presume que tiene aptitud el adolescente entre trece y dieciséis años según el Código Civil y Comercial de la Nación? tiene dicha aptitud, para decidir por sí, sobre tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan ni pongan en riesgo grave su estado de salud o su vida.

Estos términos tan abiertos y no jurídicos como “tratamientos”, “invasivo” y “no invasivo” e incluso el mismo término “salud”, producen al momento de interpretarlos, numerosas dificultades, ya que nada han dicho sobre el tema las autoridades sanitarias de la Nación.

Se debería establecer a qué se considera un tratamiento, y saber que hay tratamientos no invasivos, que sí comprometen la salud como no querer usar anteojos, no hacer tratamiento para la obesidad, o los trastornos alimenticios como la bulimia o la anorexia, entre otros.

Wierzba, afirma que debe existir mucha cautela en la distinción entre el concepto de tratamientos invasivos o riesgosos y los que no lo son, y aún más si la definición de tal concepto depende de la aptitud de un adolescente de 13 a 16 años.

En base a lo expuesto, los conflictos que pueden surgir son múltiples, pues también lo son las leyes sanitarias vigentes que establecen una variedad de procedimientos médicos como por ejemplo las leyes de contracepción voluntaria, de trasplantes de órganos, de sangre, de lucha contra el sida, mal de Chagas, de la rabia, de salud sexual y reproductiva, etc.

No se pueden dejar de mencionar, la de identidad de género, la de vacunación obligatoria, la de aplicación de piercings, tatuajes, las de cirugías estéticas y tantas otras, para lo que sería ideal que los adolescentes contaran, siempre que ello sea factible, con la orientación familiar y evitar llegar al conflicto judicial.

Pero, sin embargo, como ya se dijo, la adolescencia es un “estado de transición” en la vida del ser humano, y no se pueden establecer etariamente, compartimientos estancos para determinar el grado de madurez, ya que la aptitud sicofísica de los jóvenes es variable y debe ser analizada caso por caso, por el juez que deba resolver el conflicto con los progenitores, traído a su estrado.

Ya que los adolescentes, no son meros dependientes de la autoridad parental y la sociedad ha mutado en este sentido sustancialmente sujeta a diversos paradigmas. Nace una nueva relación paterno filial, los padres deben saber de la autonomía progresiva de los adolescentes en el ejercicio de sus derechos sobre su cuerpo, tener en cuenta su opinión.

Lo deseable es que los niños, niñas y adolescentes tomen sus decisiones en materia de salud con orientación familiar, ya que las capacidades de las personas no surgen del día a la noche. Eso quiere decir que con la llegada del cumpleaños número 13, por ejemplo, la posibilidad de que exista la madurez para tomar tal o cual decisión, surge instantáneamente.

La disposición del art.26 del Código Civil y Comercial de la Nación, supone que dichos adolescentes cuentan con los elementos necesarios para que el ejercicio de sus derechos de disposición de su propio cuerpo tenga por resultados decisiones que les sean favorables.

El juez sin dudas, tendrá que considerar el interés superior del niño, niña o adolescente, especialmente sobre la base de la opinión médica y escudriñar hasta el fondo y en cada caso, para tomar la decisión correcta, sin

pensar que el mejor interés del adolescente se pueda presentar como un concepto enraizado en el paternalismo.

Es así que la ley 26.061 (Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005), establece en su art.3º “...se entiende por interés superior... la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”.

Ahora bien, es requisito fundamental, que el adolescente cuente con el consentimiento informado, que claramente y en forma precisa y adecuada, se le haga saber el tratamiento en cuestión. Los niños, niñas y adolescentes deben también contar con el soporte de una información adecuada, de una educación orientada a la temática aquí en estudio y de medios y mecanismos de comunicación que contribuyan a su formación responsable.

Se estima que para que la norma analizada cumpla con el fin previsto por el legislador, tanto los niños como sus progenitores deben contar con el soporte de una información adecuada, de una educación orientada a la temática en estudio para una formación responsable que evite todo tipo de conflictos familiares.

Conclusión

Pocos casos son llevados ante los jueces, salvo situaciones límites de violencia familiar y otros a la que a veces los mayores se resisten para autorizar a los adolescentes. Tienen si preponderancia, lo relacionado con la salud, la salud sexual, y los magistrados están contestes en que el fin superior sobre el que deben resolver es proteger la salud del adolescente y su integridad física.

Dada la naturaleza de este trabajo se citan dos fallos relevantes de Corrientes y del Chaco, ilustrativos de los criterios judiciales sobre el tema.

En Corrientes, Capital, la Jueza Menores N° 1 Dra. Rosa Esquivel Iglesia, en sentencia del 05 de junio de 2016, autorizó a la menor M:D:M. de 16 años, con síndrome mielodisplásico, enfermedad linfoproliferativa, que causa leucemia, a realizar todas las intervenciones médicas necesarias, ante la oposición de su madre. La progenitora se fundamentaba en sus principios religiosos como Testigos de Jehová, que prohíbe las transfusiones de sangre, necesaria para el tratamiento. La menor estaba de acuerdo con el tratamiento a pesar de ser hipotónica. El objetivo de la sentencia era el de preservar la vida.

Otra resolución inédita es la del Juez de Niñez, adolescencia y familia, Dr. Gonzalo García Veritá, de Juan José Castelli (Chaco), que en mayo del 2019 resolvió que a una menor que se presentó en su Juzgado le sean reconocidos sus derechos a la identidad de género, aún con la oposición de su madre, conforme a la ley 26.743.

Referencias bibliográficas

- Amilibia Ruiz, L. A. (2018) “La capacidad procesal de la persona menor de edad”. Buenos Aires. Ed. Alveroni.
- Chiapero, S. M. y otras. “Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes”. SJA 16/12/2015.
- Fernández, S.E. (2015) “Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes”. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Navarro Floria, Juan G. (25-07-12) “Sinopsis de la disertación sobre el proyecto de reformas al Código Civil” Recuperado de <http://www.ordendemaltaargentina.org/sinopsis-de-la-disertacion-del-profesor-dr-juan-g-navarro-floria-sobre-el-proyecto-de-reformas-al-codigo-civil-25-de-julio-de-2012-2/>
- Saux, E.I. (2018) “Tratado de Derecho Civil Parte General” T II. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Torrens, M.C. (2019) “Autonomía progresiva”. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- Wierzbka, S.M. “Los adolescentes y sus decisiones sobre salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”. Rev. Der. Privado Año I N°2. Buenos Aires. Ed. Infojus.

Filiación

Carmen Teresita Cima, Profesora Libre de las cátedras “A” de Derecho Privado y Derecho de las Obligaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

María Gabriela Thomas Cima, Profesora adscripta de las Cátedra “A” de Derecho Privado y Derecho de las Obligaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.