

>> Haciendo lazos



Autonomía progresiva y directivas médicas anticipadas

Dr. Gabriel R. Juan*

Cabe reconocer que, con cierta habitualidad, se escucha el criterio de las personas menores de edad en cuestiones relativas al derecho de “su” salud. Sin embargo, no es común que su opinión se tenga en cuenta debidamente. Ello sucede no solo con niñas y niños, sino también con quienes transitan la adolescencia. Las decisiones de este orden, en especial las que involucran dilemas bioéticos, por lo general se asumen desde una concepción paternalista del derecho a la salud. En efecto, las voces de los profesionales sanitarios y la de aquellos sobre quienes recae la responsabilidad parental¹ son las prevalentes. En ocasiones, también la de los órganos jurisdiccionales.

Centrándome en el caso concreto de los adolescentes mayores de dieciséis años, en esta entrega sostengo que dicha forma de abordaje es errónea. Tanto desde el punto de vista bioético como del jurídico, pues una decisión derivada del paternalismo pediátrico o del jurídico no respeta el principio de “autonomía progresiva”. La posibilidad de que los adolescentes expresen su voluntad autónomamente y puedan decidir conforme a ella en cuestiones concernientes a su salud, incluida la aptitud de otorgar Directivas Médicas Anticipadas (DMA), se relaciona con la noción “competencia”. Por eso, una vez verificada, su sola opinión será suficiente.

La argumentación de este postulado se realiza en el ámbito de convergencia de la Bioética y el Derecho.

1. BIOÉTICA Y DERECHO

En sentido clásico, se enseña que el principio moral “autonomía” presenta dos facetas. Una es la que permite al agente elegir tanto su propio plan de vida como la forma de realizarlo. La otra es la que prohíbe al Estado y a otras personas interferir en el ejercicio de dicho proyecto.² Se ha dicho también que tal elección del plan de vida propio reconoce como límite

¹ Artículos 638 ss y conc. del CCyC.

² NINO, Carlos, “*Ética y Derechos Humanos*”, Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., 4ª reimp., p. 229.

la afectación de la autonomía de otras personas, y que la injerencia de terceros (incluido el Estado) sólo sería admisible si se cuenta con el consentimiento del propio agente. Es decir, los límites a la autonomía están dados por otros dos principios: el de “inviolabilidad”, esto es, cuando el ejercicio de la libertad coloca a otros individuos en una situación de menor autonomía relativa; y el de “dignidad humana”, que se verifica cuando el mismo individuo a quien se restringe la autonomía presta su conformidad.³

En la actualidad, de la mano de teorías comunitaristas y feministas, la noción se comprende mejor como “autonomía relacional”.⁴ Desde esta visión se sostiene que el desarrollo autónomo del agente parte de su vinculación con “el otro” y de su “reconocimiento” como agente moral. Por tanto, la consideración del “bien” o lo “bueno” no surge del acto aislado individual (personal), sino de otro intersubjetivo, reconocido como tal (relacional).

Por otra parte, en tanto principio bioético, el accionar de un agente se considera autónomo cuando actúa: “(1) intencionalmente, (2) con adecuada comprensión, y (3) libre del control de otras personas o condiciones.”⁵

A este espacio de la filosofía moral y la bioética pertenece la autonomía progresiva, y es aquí donde cabe analizar el concepto “competencia” del adolescente. Se trata de una aptitud “subjética” y esencialmente variable como consecuencia del proceso evolutivo de la persona menor de edad, que justifica racionalmente el consentimiento libre, previo e informado. Las pautas para valorar la competencia refieren a si puede “comprender la información sobre la enfermedad y sobre el tratamiento, darse cuenta de la situación, razonar sobre los tratamientos, valorar las posibles consecuencias, expresarse y comunicar las decisiones.”⁶

Desde luego, tal capacidad subjética también requiere de su permisión legal.

Al respecto, cabe destacar la consideración que de niñas, niños y adolescentes (NNA) realizan los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales de derecho como el argentino. Me refiero al reconocimiento de su condición de verdaderos sujetos de derecho, sin que ello signifique menoscabo alguno a su protección y cuidados especiales. Entre otros, por ejemplo, se consagra el derecho de participación amplio, en las cuestiones que le conciernen conforme su grado de madurez. Este derecho se sustenta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más específicamente en la “Convención sobre los derechos del niño” (CDN),⁷ que en nuestro país posee jerarquía constitucional.⁸

³ NINO, op. cit., p. 413.

⁴ Ver: NEDELSKY, Jennifer, “*Law’s Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*”, Oxford University Press, New York, 2011. También: MACKENZIE, Catriona y STOLJAR, Natalie –Ed.- “*Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*”, Oxford University Press, New York, 2000.

⁵ BEAUCHAMP, Tom L., “Principlismo bioético y biojurídico: ¿necesitan la bioética y el bioderecho europeos un marco diferente de principios?”, en *Revista Principia Iuris*, Vol. 17, Nro. 36, mayo-agosto 2020, págs. 10-33 [16].

⁶ LÓPEZ DE LA VIEJA, María Teresa, *Bioética y Literatura*, Plaza y Valdés, Madrid, 2013, págs. 91-92.

⁷ Artículos 3, 5, 12 y conc. de la “Convención sobre los derechos del niño”, ONU, 1989.

⁸ Conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

De modo que ambas nociones, competencia y derecho a participar conforme el grado de madurez, son herramientas de trabajo claves para resolver problemas bioéticos y jurídicos. La primera, porque brinda la justificación racional del acto en torno a la valoración de la autonomía progresiva. La segunda, porque reconoce y coloca el derecho de participación –y su ejercicio– entre las normas de mayor jerarquía, y de aplicación prevalente en caso de antinomia jurídica.⁹ La correcta utilización hermenéutica de ambos conceptos bloquea el riesgo (en ocasiones sesgo) de decidir cuestiones relacionadas con la salud de NNA únicamente desde la perspectiva jurídica binaria “capacidad/incapacidad”, estipulada con arreglo al factor “objetivo” edad.

De lo dicho surge que los interrogantes relativos a la relación médico/paciente adolescente se resuelve desde el paradigma de la complejidad, por lo que resulta menester una metodología interdisciplinaria “no reductivista”,¹⁰ con insumos provenientes de la (Bio)ética y del Derecho. Nos posicionamos así en el área de la “Bioética Jurídica”, es decir, el ámbito de conocimiento donde confluyen ambas disciplinas,¹¹ que algunos juristas designan como Bioderecho, entendiendo por tal a la síntesis (no confrontativa) del cruce entre Bioética y Derecho.¹²

2. BIOÉTICA JURÍDICA EN ACCIÓN

A modo de aplicación práctica, en lo que sigue presento un caso dilemático con una propuesta de solución concreta, conforme lo antes expuesto.

a) El caso bioético

Un adolescente de dieciséis años, con madurez suficiente acreditada, recibe la confirmación del diagnóstico temido: padece un tipo de leucemia poco habitual, cuyo tratamiento comprende, además de la ingesta de medicación específica, la realización de transfusiones de sangre. La opinión médica informa que no existe alternativa al tratamiento propuesto, y que sin él solo cabe esperar una muerte dolorosa. Sin embargo, por respeto a

⁹ Las reglas de solución de antinomias son las siguientes: la norma superior prevalece sobre la inferior; la posterior sobre la anterior y la especial sobre la general.

¹⁰ MORIN, Edgar, *Ciencia con conciencia*, trad. Ana Sánchez, Anthropos, Barcelona, 1984, págs. 314-315.

¹¹ SIVERINO BAVIO, Paula, *Introducción a la bioética jurídica*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2024, págs. 39 y sigts.

¹² Cabe entender al Bioderecho como el “conjunto de materias jurídicas relacionadas con todos los seres vivos en general, abarcando toda la materia viva presente en el planeta, es decir, animales y plantas, y en particular el ser humano, sus ecosistemas y su evolución.” (ROMEO CASABONA, Carlos María, “Bioderecho y Bioética”, en Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Cátedra de derecho y genoma humano, disponible en: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/33>). De la definición se aprecia que comparte el objeto de estudio con la Bioética, solo que ésta aborda los problemas desde la perspectiva ética, mientras que el Bioderecho lo hace desde la jurídica. Con anterioridad he trabajado con esta intersección; se puede ver: JUAN, Gabriel R., “Inteligencia artificial, ética y derecho”, en *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, César Villegas Delgado y Pilar Martín Ríos (eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 337-355.

su dogma de fe (profesa la religión testigos de Jehová), el joven anticipa a los médicos tratantes y a la clínica su oposición expresa a dichas transfusiones.¹³ Más aún, para que no queden dudas de su voluntad, y en previsión de una eventual falta de capacidad sobreviniente, también les hace saber que pocos meses atrás, al cumplir dieciséis años, otorgó Directivas Médicas Anticipadas (DMA), de acuerdo con las normas de los artículos 26 y 60 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

Me detendré en este asunto específico: si el adolescente mayor de dieciséis años posee capacidad jurídica para otorgar DMA válidas.

b) El derecho

El artículo 26 del CCyC, en su último párrafo, estipula que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. De su lado, el artículo 60 permite otorgar DMA –únicamente– a la “persona plenamente capaz”. Es decir, si se analizan los términos “adulto” y “persona plenamente capaz” desde una perspectiva gramatical legalista, nos alejaríamos del ámbito de operatividad de la noción “competencia”¹⁴ y por tanto de la autonomía progresiva, pues el tratamiento del asunto se redirecciona hacia la incapacidad de ejercicio genérica de las personas menores de edad (arts. 23, 25 y conc. del CCyC).

Las opiniones de los teóricos del derecho se encuentran divididas. Por un lado, se sostiene que el adolescente del caso no estaría autorizado legalmente para emitir opinión anticipada o para actos futuros, ya que su consentimiento solo sería válido para actos presentes. Otro sector, en cambio, argumenta que no hay razón valedera para establecer tal diferenciación entre actos presentes y futuros, pues lo único que exige la ley es que el adolescente posea “madurez suficiente” para expresar su consentimiento informado, y que cualquier restricción a la capacidad anticipada para actos relativos a su salud, en definitiva, debe interpretarse con criterio restrictivo y a la luz del principio *pro homine*, que rige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁵

Se pondera con sentido positivo esta segunda opinión, ya que brinda una solución al problema normativo mediante una interpretación en favor de la permisión jurídica, a partir de la especial condición subjetiva del adolescente. En otras palabras, pone en valor el criterio madurez suficiente, en concordancia con el principio constitucional-convencional previsto en la CDN.

¹³ El caso que se presenta es ficcional, y con alguna variación a los fines propuestos en esta entrega – edad del adolescente– es similar al que sustenta la trama visible de la novela “La ley del menor”, de Ian McEwan (McEWAN, Ian, *La ley del menor*, trad. Jaime Zulaika, Anagrama, Barcelona, 2015).

¹⁴ En los operadores jurídicos es habitual referirse a este concepto como “competencia Gillick”, aludiendo al caso “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, [1986], 1 AC 112 (“Gillick”).

¹⁵ MOLINA, Mariel F. “Comentario al artículo 26 CCyC”, en *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado con perspectiva de género*, Herrera, M. y De la Torre, N. –Dirs.–, Ediciones del Sur, Buenos Aires, 2022, págs. 210 y sigs.

c) El elemento común como refuerzo de solución

Sin perjuicio del acierto de esta segunda opinión teórica, quizá convenga agregar a la argumentación otro elemento determinante en favor de la permisión legal. Me refiero a la identificación del elemento de contacto entre Bioética y Derecho, si se prefiere, entre competencia (elemento subjetivo) y capacidad jurídica (elemento objetivo).

Este punto en común, en mi opinión, es la justificación ética de la autonomía progresiva del adolescente del caso, que en el plano normativo del derecho se expresa con forma de principio constitucional-convencional. La adscripción de la autonomía progresiva al concepto más amplio autonomía (personal o relacional, según la posición teórica que asuma el/la intérprete), nos permitirá determinar su alcance y contornos precisos.

Esta propuesta reconoce y utiliza como presupuesto la interdisciplinariedad. Asume en consecuencia que un abordaje unidisciplinar resulta insuficiente. Tanto si se realiza con criterios típicos de la Bioética (principalismo, casuística o tópica), como si se lo hace mediante la aplicación de la pauta rígida binaria, estipulada en la regla jurídica de capacidad por mayoría de edad. Cuanto más en situaciones donde esta regla objetiva colisiona –como sucede en el caso planteado– con el principio convencional-constitucional de autonomía progresiva.¹⁶

Y en este plano de razonamiento justificativo ético será menester tener presente la diferencia existente entre una acción paternalista y otra perfeccionista. La primera se verifica cuando se interfiere en la libertad de otro individuo, con el propósito de beneficiarlo o evitar que se dañe a sí mismo.¹⁷ El paternalismo presupone así una relación intersubjetiva, cuyas características son: (i) la interferencia de un sujeto sobre la libertad de otro, y (ii) la finalidad de benevolencia. En concordancia, el paternalismo jurídico se verifica cuando existe una razón buena para justificar una prohibición o un mandato jurídico, siempre que ello sea necesario para evitarle un daño físico, psíquico o económico al agente.¹⁸ El perfeccionismo, en cambio, es cuando el Estado impone a las personas un determinado ideal, es decir, presupone lo que es bueno y lo regula, con prescindencia del ideal individual.

La diferencia es central; el paternalismo no impone un ideal de lo que es bueno, sólo estipula conductas que el agente debe seguir para que pueda concretar su propio plan de vida, que ha trazado previamente en forma autónoma; por eso puede justificarse en determinados casos (v. gr., si se verifica la ausencia de una competencia básica¹⁹). No así, las interferencias perfeccionistas.

¹⁶ Para ampliar el análisis doctrinario ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía progresiva del niño, niña y adolescente”, en *Tratado de derecho de familia*, Kemelmajer de Carlucci, A. y HERRERA, M. –Dir.–, Tomo VI–A, cap. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2023. También: MOLINA, Mariel Fernanda, “Comentario al artículo 26”, en *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales Comentado y Anotado con perspectiva de género*, Tomo 1, op. cit.

¹⁷ DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, en Sartorius, R. –ed.–, *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, págs. 19-34.

¹⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n°5, 1988, págs. 155-173.

¹⁹ Una competencia básica es aquella que resulta útil para resolver cuestiones cotidianas de la vida. Los vicios que afectan de forma insalvable la competencia básica son aquellos supuestos en los que la

De manera que, una vez verificada la competencia y madurez suficiente, o sea, la decisión personal del adolescente fundada en su autonomía progresiva, no se advierten razones valederas para que el derecho le impida su ejercicio por sí mismo.

3. EN DEFENSA DE LA SUBJETIVIDAD, PARA TERMINAR

Se enseña que la manera de abordar un conflicto bioético comienza con la evaluación del aspecto técnico médico (qué podemos hacer por el paciente), continúa con el aspecto ético (qué debemos hacer) y culmina con el jurídico (qué es lo permitido, obligado o prohibido).²⁰ Pero estas etapas de análisis crítico no son compartimentos estancos, responden a una unidad lógica de un mismo razonamiento, por lo que su orden puede variar, repetirse o superponerse, en vistas a obtener una fundamentación racional de las decisiones.

Desde el punto de vista jurídico, es entendible que casos como el examinado generen perplejidad, pues responden a la inestabilidad²¹ propia de los conceptos indeterminados como la autonomía progresiva. Más aún cuando se propone reforzar la argumentación jurídica con un razonamiento ético.

Pero nada de ello debe llevar a la inacción o su inaplicabilidad. Por el contrario, el paradigma de la complejidad reclama que en determinados supuestos se requiera un esfuerzo de justificación mayor, como el que promueve la Bioética jurídica.

Es este ámbito, donde confluyen el razonamiento (bio)ético y el jurídico con perspectiva constitucional-convencional, se obtiene el resultado justificado: el del necesario respeto a la autonomía progresiva de los adolescentes.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM); abogado especialista en Derecho de Daños (UNL) y en Derecho Constitucional (U. Salamanca). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Docente de posgrado e investigador en la Facultad de Derecho, UNCuyo. Director del Proyecto de investigación: "Decisiones sobre vida, salud y muerte en las relaciones familiares. Estudios de Bioética y Bioderecho desde el Derecho de las familias constitucionalizado" (FD. UNCuyo). Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). A cargo de la sección "Arte, literatura y derecho de familia" en la Revista de Derecho de Familia,*

persona: a) ignora elementos relevantes de la situación, b) su fuerza de voluntad o sus facultades mentales están reducidas, c) su voluntad está condicionada, y d) su accionar es incoherente, lo cual se verifica cuando el agente acepta un determinado bien que no desea arriesgar, pero a la vez no emplea los medios que lo protegen, a pesar de tenerlos a su alcance.

²⁰ En relación con las personas menores de edad, se puede compulsar: CIRUZZI, María Susana, *Decisiones ante el final de la vida. La autonomía personal frente a la proximidad de la muerte*, Astrea, Buenos Aires, 2022).

²¹ TORRENS, M. C., "Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes", Astrea, Buenos Aires, 2019, pág. 228.

editorial Abeledo-Perrot (La Ley). Abogado en ejercicio de la profesión. Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar

¿Cómo citar este artículo?

Juan, G. (2024) *Autonomía progresiva y directivas médicas anticipadas*. Bioeticar Asociación Civil, vol. IV, N°11 agosto 2024, ISSN 2953-3775 <https://www.bioeticar.com.ar/boletin11.html>