

DERECHO  
PRINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta  
Gabriela Marta  
Alonsopérez  
Mirta Beatriz Álvarez  
María Elena Bazán  
Daniel Bonjour  
Emiliano J. Buis  
Andrea Costa  
Sebastián Cuenca  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Yamila Fuentes Francis  
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco  
Norma Alicia Juárez  
Favio Leonetti  
Luis Aníbal Maggio  
Gastón L. Medina  
Elvira Méndez Chang  
Laura Lilliana Micieli  
Marilina Andrea Miceli  
Patricia Silvina Mora  
Noelia Morchio  
Gabriela Victoria Morel  
Grecia Sofía Munive  
García

Alfonso Murillo Villar  
Leticia Núñez  
Soledad Andrea  
Peralta  
Norberto Darío Rinaldi  
Julieta Salomé  
Rodríguez  
Luis Rodríguez Ennes  
Mariana Verónica  
Sconda  
Giselle Trupia Verón  
Francisco Valenzuela  
Aránguiz  
Adrián Gustavo Vedia

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# La relación *pater-filius*: desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor

---

Por Susana Isabel Estrada<sup>466</sup>

**Palabras clave:** pater; filius; autonomía

## I. Introducción

El presente trabajo enfoca el tratamiento de la capacidad de los menores partiendo del análisis en las fuentes romanas, para proyectarla a la regulación en el Código Civil y Comercial y en algunas normas internacionales y trazar un horizonte de continuidad o de ruptura. El análisis se centra en la capacidad para consentir prácticas sobre el propio

---

<sup>466</sup> Profesora Asociada a/c cátedra Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora Adjunta a/c cátedra Universidad Nacional de Tucumán. Profesora de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU, Facultad Medicina UNT. Directora de proyecto de investigación PIUNT26-H/609. Miembro del comité de Bioética para la investigación, Facultad Medicina UNT. Miembro de ADRA, AIDROM y ASLA.

cuerpo, a propósito de que se comenzó a inocular masivamente algunas de las mal llamadas “vacunas” –ya que se trata solo de un fármaco en fase experimental– en niños desde tres años de edad en adelante, supuestamente para controlar la expansión del virus causante del COVID-19. El paso del paternalismo a la autodeterminación marca un cambio significativo enmarcado en las ideas de autonomía y protección, que no son antagónicas sino que se implican unas a otras, en el contexto de vulnerabilidad que rodea al menor de esa franja etaria. La protección diferencial asentada en la noción de vulnerabilidad aparece como un mecanismo equilibrante frente a la debilidad, tendiente a superar las condiciones de desigualdad formal que imponen a los miembros de este grupo el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esa condición.

## II. La evolución en las fuentes romanas

La aptitud de las personas ya sea para ser titular de derechos considerados en sí mismos, ya para su ejercicio, experimentó el influjo de gran número de circunstancias.

Desde la Antigüedad romana, debido a la escasez de conocimientos sobre la biología del ser humano, no todas las fases de la vida del hombre estaban delimitadas de modo tajante.

Según Varrón, en Roma se era *puer* hasta los quince años. La adolescencia (*adulescentia*) duraba de los quince a los treinta y la juventud (*iuventus*), de los treinta a los cuarenta y cinco años. Para Isidoro de Sevilla, la infancia duraba hasta los siete años, la *pueritia* abarcaba de los siete a los catorce, la adolescencia (*adulescentia*) de los catorce a los veintiocho y la juventud (*iuventus*) de los veintiocho a los cincuenta.<sup>467</sup>

---

<sup>467</sup> LEVI, G. y SCHIMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes*. Madrid: Taurus, p. 87

A decir del pasaje transcrito existían discrepancias respecto a los años que marcaban el paso de una edad a otra, pero en lo que había coincidencia era en las pautas de comportamiento que se debían observar en cada período que respondían a normas éticas, al Estado o las *mos maiorum* que regulaban las relaciones familiares y las sociales.

Las fases de la existencia física del hombre implicaban cambios en las relaciones sociales, y fundamentalmente en el *status* ontológico del individuo, que dejaba de ser lo que era para transformarse en algo completamente diferente. Así, cada una de las franjas etarias tenía asignadas funciones específicas, dicen Levy y Schmit en *Historia de los jóvenes*: “El niño aprende, el adulto actúa y el anciano transmite”.

De allí las prerrogativas y el poder que ejercía el *paterfamilias* a través de la *patria potestas*. El *filius* mantenía constantemente la *pietas erga parentes* (piedad hacia sus antepasados) observando casi siempre una actitud sumisa, obediente y de respeto hacia el *pater* sin cuestionar sus decisiones.

Desde siempre se distinguió en Roma entre púberos e impúberos o pupilos, expresión según la definición atribuida a Pomponio en Digesto 50, 16, 239: “*POMPONIUS libro singulari Enchiridii: ‘Pupillus est, qui, quum impibes est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione.* (Dig. 50, 16, 239); *POMPONIO*; Manual, libro único: Es ‘pupilo’ el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación (García del Corral, 1892)”<sup>468</sup>

Al principio, la pubertad dependía del desarrollo físico de cada individuo, pero siendo este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar esa época de una manera más exacta y allí surgieron las posturas de las dos escuelas de derecho de la época, que Gayo resume en Inst. I, 196:

---

<sup>468</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo IV. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger: Barcelona: Jaime Molinas, p. 942.

196. *Masculi autem cum púberes esse coeperiut, tutela .liberantur. quidem nostri praeceptores puberen cum esse putant, qui habituc orporis pubertate mostendi, hoc est, qui generare potest; sed in his , qui pubescere no, possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis púberes fiunt. Sed diuversa escholae auctores annis putant pubertaten aestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIII anuas expleuit* (Gayo Inst. I, 196).

196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan a la pubertad nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto a aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse a aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así solo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce (D'Ors, 1943).<sup>469</sup>

Finalmente, Justiniano puso fin a la controversia fijando la edad de la pubertad en los catorce años para el varón y en los doce para la mujer.

Y esa controversia en la Antigüedad se debía a que se tenía un conocimiento rudimentario del cuerpo humano. La medicina científica aparece recién en el siglo III a. C. y con ella los médicos que procedían del mundo griego.

En la época primitiva si bien no había médicos, sí había medicina, escribe Plinio el Viejo (XXIX, 11) en *Historia Natural*. Las terapias usadas por los romanos no fueron totalmente primitivas, sino que hubo algunas racionales de cuño hipocrático y helenístico que habrían de convivir con otras de corte teúrgico, basadas en la práctica mágico-religiosa que pasó de Roma a Bizancio.

En la época primitiva, en Roma no existía una industria farmacéutica, y por lo tanto no había farmacéuticos titulados ni farmacias. En las boticas se expendían unguentos, drogas, hierbas, pócimas, filtros amorosos

---

<sup>469</sup> D'ORS, A. (1943). *Gaius. Instituciones. Traducido del latino*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, p. 66.

que generalmente no contenían sustancias químicas nocivas, ni ácidos, ni sueros que pudieran ser peligrosos. Su adquisición y consumo corría por cuenta y riesgo del cliente sin necesidad de receta, por lo que ese tipo de medicina representaba a la vez un peligro y una solución para combatir las enfermedades. La fabricación no estaba controlada por el Estado, y solo si se producía algún daño en la salud intervenía el poder punitivo estatal.

Cuenta Suetonio<sup>470</sup> que la locura que afectó a Calígula fue a resultas de la ingesta de un afrodisíaco que le suministró su esposa Cesonia: “Créese que Cesonia le dio un filtro para que la amase, que no produjo otro efecto que el de hacerle furioso. Excitábase especialmente el insomnio, porque nunca podía dormir más de tres horas y éstas ni siquiera con tranquilidad [...]” (50. 2. 33. 3).

El *paterfamilias* preparaba las medicinas para todos los miembros de la familia: esposa, hijos, esclavos. Es así que Catón el Censor (Plinio el Viejo, XXIX, 14 y 141) se jactaba de preparar eficaces remedios para los suyos y para sí mismo, lo que muestra que la potestad paterna también se ejercía en este ámbito.

Desde fines de la República se comenzaron a realizar los primeros experimentos médicos, públicos con los soldados de las legiones del ejército. También en las escuelas de gladiadores había médicos, donde surgió uno de los más famosos de la Antigüedad, Galeno de Pérgamo.

Desde los tiempos del derecho romano antiguo, además de la rigurosa formalidad, donde los *verba* tenían un considerable significado, se observaba una preocupación por averiguar la *voluntas*, el *animus*, el *consensus*, lo que evidenciaba un acercamiento a la teoría de la voluntad. Esta como principio se inició en el derecho clásico y se consolidó en el derecho justinianeo cuando se afirmaron los criterios y se dio

---

<sup>470</sup> CAYO SUETONIO, T. (1917). *Los Doce Césares*. Traducido por F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

mayor atención a la *voluntas* y al *animus* o *consensus*.<sup>471</sup> Pero en el derecho primitivo la voluntad no tenía un rol soberano sino que era indispensable el cumplimiento de solemnidades que tenían mayor fuerza que la propia voluntad del sujeto. Tal afirmación surge de la Ley de las XII Tablas cuando le da fuerza legal a las formalidades de la mancipación: “*Cum nexum faciet mancipiunque, uti lingua nuncupassit itai us esto*” (Tabla VI. 1. De Dominio et possessione);<sup>472</sup> “Cuando alguien efectúe las solemnidades de la mancipación, sea derecho lo que declare”.

En las primeras épocas se hacía un culto de la forma lo que tiene su razón de ser y sus ventajas, como lo justifica Ihering<sup>473</sup> cuando dice: “La forma, enemiga declarada de lo arbitrario, es la hermana gemela de la libertad”.

No obstante los jurisconsultos de esa época no descuidaron la protección a la voluntad individual interna. De ello da cuenta un pasaje de Modestino en el Digesto a propósito de lo que constituye fuente de obligaciones: “*Etiā nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit*” (Dig.44, 7, 52, 9);<sup>474</sup> “*ed etnuta solo pleraque consistunt*” (Dig. 44, 7, 52, 10).<sup>475</sup> “También el nudo consentimiento basta para la obligación, aunque la cosa se pueda expresar con palabras. Pero aún con una sola seña subsisten muchas obligaciones”.

---

<sup>471</sup> ARÍAS RAMOS, J. (1947). *Derecho Romano*. 3ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 114.

<sup>472</sup> <http://users.ipa.net/~tamker/tables.htm>.

<sup>473</sup> IHERING, R. (1993). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 73.

<sup>474</sup> GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. III, p. 516

<sup>475</sup> *Ibidem*.

### III. La capacidad del menor de edad en el derecho civil argentino

La protección de los menores de edad en el escenario internacional registra un largo camino que culminó con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que define a sus destinatarios por la pertenencia a una franja etaria, que lo posicionó como un sujeto de amparo diferencial. El artículo 1 declara: “Es niño todo ser humano menor de dieciocho años”.

Nuestro país, al ratificarla en 1990 por la Ley 23849 con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), declaró que el artículo 1 de dicha Convención debía interpretarse en el sentido que se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

A su turno, y particularizando el contenido del Código Civil y Comercial, éste siguiendo con la misma línea señalada en la Convención de los Derechos del Niño denomina menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años (art. 25 del CC C). Y declara que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51 del CCC).

Eliminó la clásica división romana de púberes e impúberes, y a la vez introdujo en el 2º párrafo de dicho artículo un nuevo rango etario, bajo la calificación de “adolescente”,<sup>476</sup> ubicándolo a partir de la edad de

---

<sup>476</sup> Estudios recientes han demostrado que los adolescentes no han completado su desarrollo cerebral, desmintiendo así la creencia que se tenía hasta no hace mucho de que la arquitectura cerebral estaba definida al llegar a la pubertad. De hecho, existen áreas cerebrales fundamentales para el control racional de la conducta, como la corteza prefrontal, que no completan su desarrollo hasta la tercera década de la vida. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que la doctrina del menor maduro pone en peligro a los menores de edad y que debería ser abandonada. Ver OLIVA DELGADO, A. (2007). “Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia”. En *Apuntes de Psicología*, Vol. 25, Nº 3, p. 241.

trece años y otorgándole capacidad de obrar plena para el ejercicio de algunos derechos sobre su propio cuerpo.

El menor de edad por su situación de vulnerabilidad y dependencia es considerado un incapaz de hecho, acorde con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y criterio adoptado por otros instrumentos internacionales.<sup>477</sup>

El Código, en el libro 1º, título I, capítulo 2, sección 1º, en el artículo 24 bajo el título “Personas incapaces de ejercicio”, enumera y entre ellas menciona, en el inciso b “[...] la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo”.<sup>478</sup>

En el ámbito particular de las decisiones referidas al propio cuerpo, la capacidad progresiva se manifiesta en la posibilidad de otorgar el consentimiento informado para determinadas prácticas.

El artículo 26 en el 1º párrafo expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. Por su parte el inciso b del artículo 101 enumera a quienes se considera representantes legales y dice: “Son representantes: [...] b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe”.

Complementando lo relativo al tutor el artículo 104 establece: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su

---

<sup>477</sup> Pueden verse, entre otros: Declaración de los Derechos del Niño (1959), Declaración sobre Protección de la Mujer y el Niño (1974), Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984), Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), Resolución sobre la Utilización de Niños como Instrumento para Actividades Delictivas (1990).

<sup>478</sup> *Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica*, p. 8

capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”.

Los párrafos 2° y 3° del artículo 26 rezan:

No obstante la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

El principio general enunciado en el primer párrafo del artículo 26 en consonancia con lo dispuesto en el 101, inc. b, y el 104 en cuanto al ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales, devendría contradictorio con la excepción introducida en este 2° párrafo del mismo artículo 26 que los habilita a actuar sin la intervención de sus representantes legales e incluso con asistencia letrada de un tercero extraño. Ese tercero no está capacitado para dar cuenta de los antecedentes familiares del menor, un elemento central en la práctica clínica ya que se trata de prácticas sobre el propio cuerpo del menor. Desconoce datos genéticos, características hereditarias, particularidades durante la gestación, estilo y condiciones de vida, el entorno familiar, la historia psicosocial del menor.

Una nueva objeción al artículo 26 encontramos en el problema interpretativo que genera la expresión “madurez suficiente” para determinar los alcances de las facultades que el Código le otorgó al menor “adolescente”. Se trata de una locución ambigua, impropia de una norma jurídica, la que debería velar por la mayor concisión y un lenguaje inequívoco y no por la utilización de un lenguaje que no hace sino alimentar la confusa redacción del texto legal y el desacuerdo moral de fondo.

Continuando con el análisis del artículo 26 la presunción introducida en el 4° párrafo tampoco viene a echar luz para la interpretación:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos [...]. Si se trata de tratamientos invasivos [...], 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.

De la redacción de los párrafos 2° y 4° del artículo 26 analizados se desprende que en ambos casos la situación podría terminar dirimiéndose judicialmente. Una vez más, la redacción del Código muestra más tener como destinatarios a los jueces que a los habitantes del territorio de la República.

En virtud del 4° párrafo del artículo, cualquier adolescente de 13 años o más podrá vacunarse sin autorización de los padres, aún más sin conocimiento de los padres y sin tener la obligación de hacerles saber, lo que está en abierta contravención a la Ley 26529/09 de Derechos del Paciente.

Pasando al análisis del consentimiento de los menores para prácticas médicas, una de las normas sobre investigaciones en seres humanos es el artículo 58 que establece que aquellas cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente solo pueden realizarse si se cumplen una serie de requisitos establecidos en sus nueve incisos.

Hasta la crisis del COVID-19 y la Ley 27573/2020 que permite la concesión de autorizaciones de emergencia, resultaba de aplicación a la autorización de vacunas noveles la disposición 705/2005 de ANMAT que expresamente establece: “3. 2. a. Vacunas noveles: Se requiere la presentación de estudios clínicos de fase I, II, y III. Los estudios clínicos deberán estar dirigidos a la evaluación de inmunogenicidad, seguridad, y eficacia de la vacuna en estudios de fase I, II y III”.

Este requisito ha quedado soslayado por lo dispuesto en la ley precitada en base a la cual se confirieron las aprobaciones provisorias de uso de emergencia y por tiempo determinado para las vacunas disponibles en el país.

La vacunación en general es un método de prevención que no resulta invasivo *a priori*. Pero en el caso que nos ocupa no se trata de una “vacuna” sino de un fármaco en fase de experimentación, y por tal motivo la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) solo emitió una aprobación y autorización para uso de emergencia,<sup>479</sup> por lo que encuadra en lo normado en este artículo.

El artículo 58 exige, entre otros:

Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:

[...] e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;

f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”.

Entre ellos los más relevantes, sin perjuicio de la importancia de los restantes requisitos enunciados en el artículo, son: a) el consentimiento informado y específico del menor que participa en la investigación (inc. f) y b) la relación riesgo-beneficio (incs. e, f, g).

El artículo 59 regula las formalidades y requisitos para obtener el

---

<sup>479</sup> ESTRADA, S. (2021) “El principio *alterum non laedere*. Desafíos éticos y jurídicos en la búsqueda de una vacuna.” En *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, pp. 142-169.

consentimiento informado de quien se va someter a una investigación médica:

Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; [...]
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; [...]

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado.

En lo que atañe a la exigencia del consentimiento informado, el Código que ha tomado como referencia en muchos aspectos del articulado, la *Children Act* de 1989 –que declaró competente para tomar decisiones sobre su propio cuerpo al niño que alcanzó los dieciséis años a partir del caso “Gillick” (Inglaterra, 1986), y si no alcanzó esa edad se debe analizar si es *Gillick competent*,<sup>480</sup> dice el fallo– se apartó de aquel instrumento en cuanto al límite para consentir. Tal regla no resulta suficiente, ya que el consentimiento del paciente menor no excluye el paterno. El médico necesita los dos consentimientos: el del paciente menor y el de los padres.<sup>481</sup> No obstante si el paciente menor rechaza

---

<sup>480</sup> Un menor es *Gillick competent* si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender, e inteligencia para expresar su voluntad, respecto al tratamiento propuesto. Si no es *Gillick competent* o no alcanzó la edad de dieciséis años el consentimiento debe ser dado por quien tenga la responsabilidad paterna es decir el que tiene derechos, deberes, poderes o autoridad que la ley da al padre sobre los bienes de los hijos. Conf. PLOMER, A. (1996). “Parental consent and children’s medical treatment”. En *Family Law*, Vol. 26, p. 739.

<sup>481</sup> DOWNIE, A. (1997). “The doctor and the teenager. Questions of consent”. En *Family Law*, Vol. 27, p. 499.

el tratamiento, la autorización puede ser dada por los representantes legales, pero no a la inversa.

El derecho del menor a consultar al médico sin la presencia del adulto sigue siendo objeto de discusión en el ámbito médico. Sin embargo, hay un cierto consenso en admitir que los menores que alcanzaron los catorce años –en sintonía con lo que establecieron las leyes romanas– son competentes para hacer consultas a los médicos, revalorizando su personalidad; no obstante el profesional médico no puede indicar una terapia sin el acuerdo de la autoridad paterna. En suma, el Código se aparta de todos los antecedentes existentes en cuanto al límite de edad para consentir sin la intervención de los representantes legales, en primer lugar los padres, y a falta de ellos, los tutores.

La relación riesgo-beneficio, cuya cuantificación se requiere para otorgar el consentimiento informado en el caso en análisis, es de muy difícil determinación ya que se trata de un preparado cuya composición se ignora, sobre el que no ha concluido el debate científico, ya que continúa en su estudio de fase III y por ello se ha otorgado la autorización y aprobación solo para uso de emergencia. Por lo tanto, no puede ofrecer la fiabilidad que una vacuna aprobada amerita. A propósito de lo señalado, la Ley 27573/2020 dispensó a las compañías farmacéuticas de responsabilidad civil y penal por los daños a la salud que pudieren ocasionar (art. 4). Si con posterioridad a la inoculación del fármaco los niños experimentaran alguna anomalía física proveniente de un efecto adverso del inoculante, la demanda que los progenitores podrían iniciar en Argentina no prosperaría por la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros introducida en las cláusulas de los contratos, prohibiéndose en consecuencia al Estado argentino a oponer la defensa de inmunidad soberana en los litigios que se puedan suscitar por incumplimientos contractuales (art. 2).

El principio de autonomía como pauta para el ejercicio de los derechos por los menores se cimenta en: la condición de sujeto de derecho del menor, el principio del “interés superior del niño” (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) –concepto abstracto y sin contenido

material que no se vio reflejado en el articulado del Código Civil—, el principio de protección especial por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y el derecho del niño a ser oído (art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño).

Como correlato de los derechos del niño, la Convención establece también que se respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los tutores u otros encargados de los niños (art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño). A su turno, el CCC fija los derechos y las responsabilidades de los progenitores (art. 638 a 640). Los derechos y deberes de los progenitores se asientan sobre tres pilares: el interés superior del niño, la autonomía progresiva acorde con su aptitud psicofísica y el derecho del niño a ser oído en virtud de los que debe establecerse un cuidadoso equilibrio entre el ejercicio de la autonomía del menor y la de sus progenitores o de quienes lo representen.

#### **IV. La capacidad del menor en el contexto de normas internacionales**

En el plano internacional, dentro de la misma perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño se encuentran las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que contemplan la edad entre los factores de vulnerabilidad (regla 4 y 11).<sup>482</sup>

Regla 4: Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, [...].

---

<sup>482</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Regla 11: [...] Destacan entre otras víctimas a las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

La vacunación de manera compulsiva a los menores desde los tres años contraviene normas internacionales que complementan y suplen la escasa regulación del Código Civil y Comercial, que también se ve avasallada por la obligatoriedad. Así entre otras, el Código de Núremberg de 1947, la Declaración de Helsinki adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial y sus modificatorias, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo de 1997, la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos (UNESCO) de 1997, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos –pautas CIOMS (*Council for International Organizations of Medical Science*)– y la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005.

Esta última marcó un hito en la historia de la bioética, cuyos principios fundamentales y resguardos éticos deben ser respetados aún más en épocas de emergencia como la que estamos transitando. El artículo 5 de dicha declaración normatiza la autonomía y responsabilidad individual.

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Los criterios que emanan de esta declaración han sido refrendados por la resolución N° 04/2020 “Derechos humanos de las personas con COVID-19”, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que advierte que los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con COVID-19, incluyendo la integración de un enfoque

interseccional y multidisciplinario que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación. Asimismo, la resolución exhorta a la protección del derecho a la salud de las personas con COVID-19, incluyendo el derecho al consentimiento informado en materia de salud, acceso a la información, igualdad y no discriminación y la protección de sus derechos en relación a la intervención de actores privados.

La más reciente regulación es la resolución 2361/2021<sup>483</sup> de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dictada el 27 de enero sobre “COVID-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations” (Vacunas COVID-19: consideraciones éticas, legales y prácticas), que brinda un marco de referencia legal y ético válido para el tema en análisis.

Analizaremos algunos puntos relevantes de la resolución en relación al tema de este trabajo. Advierte el documento que ni siquiera las vacunas seguras y eficaces son una panacea inmediata y que es poco probable que las vacunas sean suficientes para reducir las tasas de infección (ap. 3), por lo que no estarían cumpliendo con la exigencia del artículo 58, incs. e y g, del CCC.

También alerta que a la velocidad a la que se están desarrollando puede provocar un sentimiento de desconfianza difícil de contrarrestar, aunado a la desinformación y/o a la falta de información transparente sobre la seguridad y los posibles efectos secundarios (ap. 4, 7. 3. 3, 7. 3. 4).

En lo que respecta a la autonomía de la voluntad, dispone que se debe garantizar a los ciudadanos la libertad para vacunarse sin ejercer coacción de ninguna índole y que la negativa no sea un factor de discriminación debido a los posibles riesgos para la salud u otros (ap. 7. 3. 1 y 7. 3. 2). Esta disposición constituye una exhortación de fundamental importancia, que de no respetarse estaría viciando el consentimiento libre del sujeto (art. 58, inc. f, del CCC). En sintonía, el Senado de

---

<sup>483</sup> <https://assembly.coe.int> [consulta 27 de julio de 2021].

Francia rechazó el 13-10-2021, por 262 votos contra 64, un proyecto de ley de vacunación obligatoria.<sup>484</sup>

Pero la práctica la convierten en obligatoria a través de la implementación de la exigencia de un pase sanitario para la realización de actividades no solo de carácter recreativo o cultural, sino para realizar actividades esenciales de la vida civil, lo que vulnera derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 14, 16 y 19).

Los aspectos destacados si bien son para la generalidad de la población, también son relevantes con respecto a la vacunación de niños. Para ellos específicamente exhorta a garantizar la eficacia y seguridad cumpliendo con directrices legales internacionales en marco de la Convención de los Derechos del Niño (ap. 7. 4. 1, 7. 4. 2).

Y con respecto a la manifestación de voluntad, “[...] impulsa a que se respeten los deseos de los niños, acorde a su edad y madurez; cuando no se pueda obtener el consentimiento del niño, asegurarse de que el acuerdo se proporcione en otras formas y que se base en información confiable y apropiada para la edad” (ap. 7. 4. 3).

En caso de conflicto entre una regulación nacional y una internacional, la costumbre internacional en general y en particular en materia de protección de los sujetos de la investigación, desde Núremberg des-cansa sobre una idea-fuerza: la supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos. El derecho internacional no solo impone obligaciones a los Estados, sino que obliga directamente a los individuos a respetar sus imperativos sin poder justificarse en la obediencia a las prescripciones del orden interno.

El Tribunal de Núremberg ha instituido en alguna medida un deber de desobediencia al individuo cuando los preceptos del derecho interno contradicen el derecho internacional, pues las obligaciones internacionales que se imponen a los individuos priman sobre el deber de obediencia para con los Estados de los cuales ellos dependen.

---

<sup>484</sup> [www.euskalnews.com](http://www.euskalnews.com) [consulta 15 de octubre de 2021].

## V. Reflexión final

A lo largo de más de veinte siglos, la relación padre-hijo fue mutando desde la rigidez, severidad y sumisión que caracterizó a la sociedad romana, a la afectuosidad, acercamiento y fluidez en la comunicación en la sociedad moderna. Pero en estas últimas décadas se perdió el equilibrio, exacerbando la permisividad, despojando a los padres de sus roles, fomentada por la inmiscusión desmedida del Estado en la esfera íntima de la familia que se ha visto reflejado en los artículos analizados en este tema.

Los menores, considerados sujetos vulnerables por la bioética, no estarían en condiciones de consentir libremente y deberían estar exentos de la influencia indebida del entorno familiar y social, de los poderes del Estado y de los medios de comunicación, para brindar un consentimiento libre. Y merece especial atención el caso del adolescente. No se debe perder de vista que la conducta irracional del adolescente no es la expresión de una opción personal, sino el resultado de su inmadurez cognitiva. Respetar sus deseos ignorando este hecho no es una forma de honrar su autonomía, sino un olvido de su vulnerabilidad. De hecho, con esta actitud se le podría causar un perjuicio similar, o aún mayor, al que tradicionalmente le ha causado el menosprecio paternalista de su voluntad. Frente a la noción de vulnerabilidad, cabe reflexionar acerca de si se está en presencia de una auténtica decisión autónoma de la persona vulnerable y si puede calificarse la decisión como de una persona incompetente respecto a los derechos sobre su propio cuerpo. Existen algunos criterios orientadores, en tal sentido v. gr. si la persona en cuestión está en condiciones de justificar la decisión adoptada, si tal decisión puede calificarse de racional comparativamente con lo que es esperable de una persona racional en similares circunstancias y si la decisión adoptada ha sido tomada equilibrando los riesgos y los beneficios, todos ellos teniendo en cuenta el contexto psicosocial y emocional en cada caso particular.

El paso del paternalismo a la autodeterminación no significa necesariamente que en todos los casos se deba prescindir de aquel, ya que en el caso particular de menores resulta una opción necesaria desde una visión ética de protección que atienda al menor como sujeto de derecho. Es así que no se debe aplicar un criterio reduccionista y general, sino un análisis particular de cada situación en la que resulte ética y jurídicamente legítimo. Aceptar la injerencia en los derechos de los menores, diferenciando estos casos de aquellos otros en que esa injerencia importe la aplicación de un paternalismo cercenador de la autonomía.

De ello podemos colegir que los principios de autonomía y de protección no son antagónicos sino que se complementan cuando en la aplicación de ambos en el caso concreto se respeta la dignidad del menor en el contexto de la vulnerabilidad; respeto que ha sido malversado por el poder estatal imponiendo de modo coercitivo la inoculación sin respetar de igual modo la libertad de no inocularse.

Dependerá del ciudadano que la sentencia de Núremberg sea solo un referente de una época caracterizada por la violencia o que constituya un precedente en la conciencia universal, que asegure el triunfo del derecho de las libertades individuales sobre la violencia de cualquier índole.