

# Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida\*

María M. Córdoba

Natalia A. Echecury

Marianela R. Graizzaro

Romina A. Rajmil

---

## RESUMEN

En el presente trabajo, se sostiene que adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a hacer manifestaciones en actos de autoprotección, las que serán tenidas en cuenta al momento de prestarse el consentimiento para el acto médico. Este derecho constitucional a ser oído no debe ser limitado en modo alguno. Los actos de autoprotección que contengan directivas anticipadas de salud otorgadas por adolescentes mayores de dieciséis años y personas con capacidad restringida a quienes no se ha limitado expresamente su capacidad para otorgarlas tienen carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio si han cumplido con la forma requerida por la Ley 26529, modificada por la 26742, que exige que sean efectuadas ante escribano público o juez de primera instancia, con la presencia de dos testigos.

---

**Sumario:** **1.** Introducción. **2.** El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial. **3.** Capacidad y competencia bioética. **4.** Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas. **5.** Conclusiones. **6.** Bibliografía.

\* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por las autoras en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016). Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

## 1. Introducción

Toda persona tiene derecho a proyectar su propio plan de vida y a decidir sobre cuestiones referidas a su salud. Se trata de un derecho personalísimo, que solo puede ser ejercido por su titular; por tal motivo, consentir o rechazar tratamientos médicos es tarea exclusiva del paciente y de nadie más. Sin embargo, cuando un niño, un adolescente o una persona con capacidad restringida quiere tomar decisiones referentes a estos derechos tan trascendentales, como lo son su vida y su propio cuerpo, ya no nos parece tan natural y cuestionamos su decisión, sin advertir que es esta y la de nadie más la que debe prevalecer.

Entendemos que nadie puede ser privado de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Como expresan Llorens y Rajmil,<sup>1</sup>

El derecho de las personas menores de edad a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez es reconocido con la amplitud suficiente para abarcar todos los asuntos de su interés, tanto en la CDN (art. 12) como en la Ley 26061 (artículos 2, 3, 19, 24 y 27).

También agregan que

El art. 2 inc. e) de la ley 26529 admite la competencia bioética de los niños, niñas y adolescentes para participar en la toma de decisión en materia de salud conforme con las disposiciones de la ley 26061, esto es, cuando tienen el discernimiento necesario para ello.

Le asisten los mismos derechos a las personas con alguna restricción en su capacidad siempre que tengan la aptitud suficiente para comprender el acto y este no se encuentre expresamente vedado en la sentencia respectiva (arts. 3 y 12, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Ley 26378 [CDPD]; y art. 7 inc. k, art. 10 Ley 26657). Esto en base a los postulados de la CDPD, tales como:

- El artículo 3, inciso a), que establece como principio general “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”;
- El artículo 7, párrafo 3, que acuerda el derecho de niños y niñas con discapacidad a expresar su opinión;
- El artículo 12, que plasma el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley, acordando tanto el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica como al de igualdad de condiciones ante la ley, adoptando el régimen de apoyos para lograr el efectivo ejercicio de los derechos. (Es importante destacar que cuando refiere a “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”, agrega que “esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas

1. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJ7622.

al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Tradicionalmente, el derecho civil con su sistema de sustitución de la voluntad en el régimen de la representación legal (padres o tutores para los menores y curador para el incapaz) ha silenciado a quienes deberían ser los mayores interesados en que su plan de vida sea respetado y valorado.

En la XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014) se concluyó que

Las directivas anticipadas de salud constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección.

Por mayoría: Se reconoce el derecho del menor a ser oído en los tratamientos médicos que lo involucren. Las directivas anticipadas de salud, sólo pueden ser otorgadas por personas capaces, mayores de edad, conforme lo establecido por el art. 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742.

Por minoría: Es posible el otorgamiento de directivas anticipadas de salud por menores de edad, según el grado de madurez y desarrollo, sin efecto vinculante. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincia de Chaco).<sup>2</sup>

¿Por qué surge la duda acerca de qué actos pueden o no otorgar los adolescentes y personas con capacidad restringida en cuestiones vinculadas con su salud? Porque el sistema completo de capacidad equipara incapacidad con minoridad; siguen usándose como sinónimos *capacidad* y *discernimiento*, y no internalizamos que la regla en nuestro derecho es la capacidad de ejercicio con excepciones. Esperamos que sea la norma quien habilite el ejercicio, cuando el pensamiento debería ser que todo lo que no está expresamente prohibido para el menor o persona con capacidad restringida está permitido.

Otro motivo que puede llevar a la errónea interpretación de negarles a los adolescentes y personas con capacidad restringida la oportunidad de expresar directivas anticipadas es la equiparación de directivas anticipadas con consentimiento informado, error que incluso encontramos en alguna legislación. A dos años de las referidas jornadas, ¿podemos seguir afirmando lo mismo o ha cambiado algo el panorama, a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial y el avance jurisprudencial? ¿Podemos seguir opinando que los niños y personas con capacidad restringida no pueden comparecer en actas notariales para expresarse y que, si lo hacen, su manifestación puede ser dejada de lado sin más?

El propósito de este trabajo es reflexionar sobre cómo los principios constitucionales deben calar en la práctica jurídica para que niños y personas con capacidad restringida puedan ejercer sus derechos a la vida y la salud de la manera más plena y autónoma posible.

2. XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014), *Conclusiones*, Comisión IV, de *lege lata*, punto 7), p. 19.

## 2. El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial

El **Código Civil y Comercial** (en adelante, CCCN o el Código) recepta los postulados adoptados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (**Ley 23849**) y la **CDPD**, erigidos sobre la presunción de capacidad de toda persona, quien podrá hacer todo lo que desee, pueda o quiera hacer, con la única restricción proveniente de la imposibilidad propia de su naturaleza (tal como es el caso de los nonatos), o de su natural inmadurez (niños), o de la sentencia (en los supuestos de restricción a la capacidad). Es inapropiado asimilar capacidad de ejercicio con discernimiento. Como expresan Llorens y Rajmil,

La confusión entre capacidad de ejercicio y discernimiento no es sólo terminológica. Al no aceptarse ella conceptualmente en plenitud, resulta imposible comprender que la *capacidad* para ejercer determinados derechos per se no le puede ser vedada a persona alguna. Distinto es que la naturaleza le permita efectivamente ejercerlos, esto es, que tenga el *discernimiento* necesario y pueda exteriorizarlo de manera apropiada.<sup>3</sup>

El sistema de capacidad instaurado por el Código es tratado en los artículos 22 al 50 y se divide en tres secciones: la primera, de principios generales, la segunda trata la menor edad y la tercera regula las restricciones a la capacidad. Si bien deja de lado el sistema binario de capacidad-incapacidad y la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sarsfield –y, más tarde, la reforma de 1968– continúa utilizando la palabra *incapaz*, aunque en forma residual, y establece un criterio mixto de determinación de incapacidad para los niños, agregando al parámetro etario fijo el parámetro flexible de grado de madurez suficiente.<sup>4</sup>

Luego de reconocerle a todo ser humano la capacidad de derecho, se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades (art. 22 CCCN). Son estas las incapacidades de derecho. Luego, proclama de manera amplia la capacidad de ejercicio, pero prevé limitaciones, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia (art. 23). A continuación, el artículo 24 enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio y parece borrar con el codo lo que se escribió en el artículo anterior. El artículo 25 define que menor es la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años, incorporando así esta nueva categoría.

El artículo 26 regula el ejercicio de los derechos por parte de la persona menor de edad, expresando como norma general que el menor de edad ejerce sus derechos a

3. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).

4. Ver ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., “Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 11, 2015, p. 182. [N. del E.: ver aquí {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

través de sus representantes legales, invirtiendo de esta manera la regla plasmada en el artículo 23. Lejos de ser la regla, debería ser la excepción, ya que esta representación solo tendría sustento cuando el menor no pueda ejercerlos por sí mismo, solo o con asistencia. Es decir, se trataría de una figura residual, que tiene sus raíces en el deber de cuidado, intrínseco en las relaciones parentales. El segundo párrafo precisa que “no obstante, la [persona menor de edad] que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Vemos así que el artículo reviste una contradicción literal, ya que por un lado amplía la capacidad del menor con los conceptos de edad y grado de madurez suficiente, pero, desafortunadamente, por el otro, la restringe con esa última expresión.<sup>5</sup>

La restricción a la capacidad para determinados actos puede ser dictada judicialmente a partir de los trece años y, siguiendo los principios convencionales, el Código Civil y Comercial establece el sistema de apoyos y salvaguardias. Excepcionalmente, en los casos de pérdida total de discernimiento, el juez puede restringir totalmente la capacidad de ejercicio y nombrar un curador (art. 32 CCCN). Consideramos que esta categoría residual de incapacidad absoluta va de plano contra los postulados convencionales; nadie debería ser declarado incapaz –reiteramos– porque la limitación no es jurídica sino propia de la naturaleza.

La CDPD incorpora en su artículo 12 los conceptos de apoyo y salvaguardia. Se ha identificado el primero como la asistencia necesaria para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma. La noción de apoyo no solo remite a lo jurídico sino a todo aquello que ayude al ejercicio autónomo de los derechos de las personas vulnerables, sin que su voluntad sea reemplazada, a diferencia de la figura del curador, que sustituye la voluntad de la persona. Los apoyos son los instrumentos que ayudan o acompañan a una persona para ejercer sus derechos de modo pleno. Por su parte, las salvaguardias apuntan a aquellas medidas necesarias para impedir los abusos y garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas con discapacidad.<sup>6</sup>

La Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales y de Desarrollo (AAIDD), en el año 2002, definió los *apoyos* como los recursos y estrategias que pretenden promover el desarrollo, educación, intereses y bienestar personal de una persona y que mejoran el funcionamiento individual. Los servicios son un tipo de apoyo que proporcionan los profesionales y las instituciones. La importancia de los apoyos reside en el hecho de que estos permiten proporcionar una base natural, eficiente y continua para mejorar los resultados personales.<sup>7</sup>

5. Ídem, p. 184. [N. del E.: ver [aquí](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/) {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

6. Ídem, pp. 194 y 195. [N. del E.: ver [aquí](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/) {extraído del portal oficial del IDEI en <http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/>}].

7. VERDUGO ALONSO, Miguel Á., “Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad” [online], publicado en Servicio de Información sobre Discapacidad [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.].

No dudamos que un sistema de apoyos adecuado y personalizado es fundamental para garantizar la plena participación de las personas en situación de vulnerabilidad en el proceso decisivo.

### 3. Capacidad y competencia bioética

Llevada la cuestión al ejercicio del derecho a la salud y, más precisamente, a la posibilidad de prestar el consentimiento informado a una práctica o tratamiento médico y otorgar directivas médicas anticipadas, es preciso determinar si para ello se debe contar con capacidad desde el punto de vista civil o si es suficiente el discernimiento. Ballarini explica que el niño, la niña o el adolescente, aun no contando con la mayoría de edad, puede ser autónomo para decidir sobre las prácticas médicas que lo afecten. La noción bioética de competencia se asienta en examinar la existencia de un discernimiento suficiente para poder recibir información acorde a la edad y tomar una decisión libre. Separada de la clásica idea de capacidad-incapacidad, la competencia analiza si el sujeto puede entender acabadamente si puede razonar alternativas y si tiene valores para poder juzgar; en otras palabras, como dice Rivera, que pueda entender lo que es bueno o malo para su salud, independientemente del régimen de capacidad vigente.<sup>8</sup>

Ciruzzi<sup>9</sup> considera que

... la capacidad civil supone la posibilidad de celebrar por sí actos jurídicos, esto es, ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de hecho) [...] En cambio, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida, tomando por sí mismo decisiones que hacen a su cuidado y asistencia. Esta aptitud que posee toda persona no se adquiere en un momento determinado sino que se va formando y requiere una evolución que solo se alcanza con el transcurso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez.

La distinción entre capacidad y competencia se funda en la teoría de la mayoría médica anticipada, que sostiene que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Tiene sus orígenes en el resonante caso “Gillick”,<sup>10</sup> en el cual la Corte de los Lores del Reino Unido sostuvo que el de-

8. BALLARINI, Luciano A., “Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).

9. CIRUZZI, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011, p. 31.

10. United Kingdom House of Lords, 17/10/1985, “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

recho de los padres a elegir si sus hijos siguen o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta. Es así que, a partir de este caso, comenzó a utilizarse la expresión “*Gillick competent*” para referirse a aquella persona que ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto.<sup>11</sup>

En nuestro país, las leyes de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (26061), Salud Pública (26529) y Salud Mental (26657) legislan estas materias, incorporando el concepto de competencia bioética y equiparando en todos los casos a los adolescentes mayores de 16 años con los “adultos”, “mayores” o “plenamente capaces”. El ya analizado artículo 26 CCCN también recepta toda esta doctrina y establece la regla de la competencia progresiva en materia de cuidado del propio cuerpo. Así, el adolescente mayor de trece años decidirá por sí mismo y sin asistencia, aun en contra de la opinión de sus progenitores, en cuestiones que no impliquen prácticas invasivas ni pongan en riesgo su vida. En caso de que el tratamiento propuesto sea invasivo o ponga en riesgo su vida, el consentimiento se conformará con la asistencia de sus responsables parentales. En este último supuesto, se deja a un lado el instituto de la representación y se incorpora el concepto de asistencia, en la cual la voluntad del menor no es sustituida por la de sus padres sino que ellos son llamados conjuntamente en el ejercicio de sus derechos.<sup>12</sup>

Excede a este trabajo conceptualizar cuales son los tratamientos considerados invasivos, ya que creemos que es materia de la ciencia médica y de cada caso en concreto la ponderación del riesgo de vida para el adolescente. Este punto nos hace inclinarnos especialmente por el carácter vinculante de la directiva médica anticipada, ya que al momento de su valoración, es decir, cuando el adolescente o persona con capacidad restringida se encuentre sin discernimiento, la directiva expresará la voluntad del interesado para conformar su consentimiento.

#### **4. Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas**

Las diferencias entre ambos institutos son sutiles, a tal punto que ha llegado a decirse que las directivas anticipadas son consentimientos informados expresados por anticipado. Sin embargo, no creemos que pueda hacerse tal asimilación. En primer lugar, el consentimiento informado debe ser expresado luego de la ponderación de la información, en el momento en que es necesaria la declaración del paciente para aprobar o rechazar un tratamiento. El consentimiento es contemporáneo a la enfer-

11. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 115-119.

12. ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 188.



medad o práctica de salud; la directiva anticipada de salud se expresa para una eventualidad que puede o no concretarse. Otra diferencia entre ambos institutos analizados es que el consentimiento informado no necesita cumplir ningún requisito de forma, excepto la forma escrita para el rechazo de tratamientos o procedimientos en los supuestos del artículo 5, inciso g), de la Ley 26529 (sustituido por Ley 26742), si bien es costumbre adoptar la forma escrita para el aseguramiento de la prueba. Por su parte, la directiva anticipada de salud requiere la forma escrita ante escribano público o juez de primera instancia, y dos testigos.

La directiva anticipada es un acto unilateral, mientras que el consentimiento informado es bilateral. Así, Berbere<sup>13</sup> conceptualiza las directivas anticipadas como

... la expresión cierta de un derecho con operatividad eventual aunque irrevocable, que permite la sustentabilidad de una decisión personalísima respecto de cuestiones vinculadas a la salud o la propia vida, frente a una situación futura donde se tornaría imposible expresar la voluntad, es una exteriorización cruda de la voluntad donde los elementos propios de los actos jurídicos se manifiestan de manera previa a la realización del acto. Tal decisión, a priori, en definitiva, se constituye en un acto jurídico unilateral en su esencia, pero que debe complementarse con la participación de un profesional de la salud que cumple con la directiva final del paciente, quien será notificado de la existencia de la directiva a través medios idóneos instrumentados por la propia normativa vigente o por intermedio de un tercero habilitado por el paciente, quien informará sobre la directiva.

El consentimiento informado puede darse por terceras personas, sean representantes legales, apoyos, cónyuges, convivientes, parientes o allegados que acompañen al paciente (art. 59 CCCN). Las directivas anticipadas no pueden ser otorgadas por otro, no pueden darse por apoderado ni por representante legal; tampoco es necesario que así sea, ya que no hay obligatoriedad de otorgarlas. Nuestra jurisprudencia ha establecido que no es posible ejercer los derechos personalísimos a través de representantes legales en el importante fallo “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina” (2003),<sup>14</sup> en el que se estableció que las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles

13. BERBERE DELGADO, Jorge C., “Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters [ex La Ley Online], id. AP/DOC/297/2015).

14. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, causa N° 480/00 (*La Ley*, t. 2004-B, con nota de Andrés Gil Domínguez; *Doctrina Judicial*, t. 2004-1, p. 258, con nota de Laura Julieta Casas y Claudia Inés López; AR/JUR/3606/2003). [N. del E.: descargar [sumarios oficiales](#) en pdf {pp. 5-31} y [texto completo](#)].



de ser ejercidos por representantes, pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la jueza Ana María Conde).

Asimismo, en el fallo “P, V. A.” (1996)<sup>15</sup> se dijo que

La disposición [...] de los derechos personalísimos que corresponden a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de catorce años, o sea, carentes de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), es manifiestamente antijurídica y debe ser prevenida para afianzar la protección integral de la niñez, que en nuestro ordenamiento jurídico está ratificada por la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional... [Sumario Nº 1]

Aun sin desconocer el carácter de personalísimo del derecho a dar el consentimiento informado, son muchas las veces que este debe ser prestado por terceros. Cuando son adolescentes de entre trece y dieciséis años de edad o personas con capacidad restringida los que deban otorgarlo, se torna imprescindible, ya que la ley establece el accionar conjunto, en un claro régimen de asistencia.

La asistencia es la función por la cual el representante legal complementa un acto jurídico otorgado por el menor o persona con capacidad restringida para perfeccionarlo:

... aparece como un paso intermedio entre la representación necesaria de quien se considera incapaz para su debida protección y el reconocimiento de una plena capacidad de obrar. Constituye un carácter esencial de la asistencia su relatividad, traducida en que siempre se abre la posibilidad de que sea sustituida por la autorización judicial otorgada supletoriamente cuando sea negada o haya imposibilidad de que la presten los representantes legales.<sup>16</sup>

El sistema de asistencia permite que adolescentes y personas con capacidad restringida ejerzan sus derechos personalísimos por sí mismos a medida que van adquiriendo mayor autonomía:

... de lo contrario, la imposibilidad para el niño de ejercer por sí sus derechos, aunada a la imposibilidad de que un tercero actúe en su nombre ejerciendo derechos personalísimos que, por propia definición, son inalienable e intransferibles, transformarían al derecho a la salud (y consecuentemente a la vida) en derechos meramente declarativos, sin posibilidad de ejercicio, privando –por esa misma razón– al menor de edad de su propia dignidad.<sup>17</sup>

El Código regula el consentimiento informado (art. 59) y las directivas anticipadas (art. 60). No se han derogado las leyes 26529 ni 26742 (reglamentadas por el Decreto

15. CNCiv., Sala C, 3/10/1996, “P, V. A.” (*La Ley*, t. 1997-D, p. 100; AR/JUR/3711/1996).

16. D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p.149.

17. CIRUZZI, María S., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 64.

1089/2012), por lo que, al tratarse de leyes especiales, deben aplicarse en cuanto no sean inconstitucionales. La Ley de Salud Mental 26657 y su reglamentación (Decreto 603/2013) también contienen regulación del consentimiento informado para tratamiento e internación, enunciando los principios de no presunción de incapacidad en razón de enfermedad mental y la plena participación del paciente en la toma de decisiones. Ambos sistemas remiten a la Ley 26061 cuando se encuentren involucrados niños y adolescentes. Como expresan Rajmil y Torrens, se puede afirmar que, como consecuencia de esa disposición, que los principios establecidos en la Ley 26061 (que receptan, a su vez, los contenidos en la CDN, principalmente el derecho a ser escuchado, el interés superior del niño y la autonomía progresiva) deben respetarse en el ámbito de la atención médica del paciente.<sup>18</sup>

En ambas reglamentaciones se establece que el consentimiento debe ser dado por el sujeto involucrado o su representante en intervención conjunta; esto es, en un régimen de asistencia. Residualmente, en caso de no poderse recabar la opinión del paciente, el consentimiento será dado exclusivamente por el interlocutor más próximo. Para el caso de conflicto entre pacientes y representantes legales, el artículo 2, inciso e), del Decreto 1089/2012 establece la elevación a opinión consultiva de los comités de ética. En el sistema del Código, el consentimiento informado deberá ser otorgado por adolescentes, solos y equiparados a los plenamente capaces los mayores de dieciséis años; y con la concurrencia del consentimiento de los padres para los casos de niños entre trece y dieciséis, distinguiendo si se trata de prácticas invasivas o no. Como dijimos, es un perfecto sistema de asistencia: decide el menor y el progenitor o tutor acompaña o autoriza la decisión.

En cuanto a las personas con capacidad restringida no dudamos que el artículo 25, inciso d), de la CDPD es de aplicación:

Los Estados Partes [...] d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

A partir de la lectura del artículo, consideramos que la mejor manera de garantizar la aplicación de este derecho es que el paciente otorgue el consentimiento con la conformidad o asistencia del apoyo. Este principio se recepta en los artículos 7, inciso j), y 10 de la Ley 26657.

18. RAJMIL, Alicia B. y TORRENS, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

Es criticable que el decreto reglamentario de la Ley 26529 sancione con la nulidad las directivas otorgadas por menores de edad e incapaces. Entendemos que, siendo el Código el que regula la capacidad de las personas y que solo la sentencia puede precisar los alcances de la restricción a ella, toda interpretación debe ser hecha en base a los principios constitucionales. En este sentido, no dejemos de recordar que tanto la ley como su decreto reglamentario son anteriores a la sanción del Código. Con esos mismos argumentos, criticamos que el inciso k) del artículo 7 del Decreto 603/2013 utilice la expresión “plena capacidad”. Este artículo no puede ser tomado en cuenta en forma literal, ya que se colegiría que los representantes podrían dar directivas anticipadas por sus representados. Nuevamente, a la luz del Código, entendemos que la plena capacidad en materia de salud se adquiere a los dieciséis años.

Tanto la incapacidad sobreviniente como la pérdida temporal o definitiva del discernimiento están previstas en el Código (arts. 59 y 60). Todo el sistema del consentimiento informado por representación está basado en la pérdida temporal o permanente del discernimiento. Solo en el caso de ausencia de discernimiento el consentimiento informado no será otorgado por el propio paciente. El momento en que se otorgan directivas anticipadas es un momento de pleno discernimiento y para ser aplicadas en caso de pérdida de este y aun en el caso de declaración judicial de incapacidad. El discernimiento no está ausente en la menor edad; incluso, se presume para todos los adolescentes. Aun en situaciones de discapacidad intelectual la persona puede tener pleno discernimiento.

Podemos concluir que todas las directivas anticipadas, incluidas las de mayores de edad sin ninguna restricción a su capacidad, deben ser otorgadas con pleno discernimiento para ese acto concreto. Una interpretación razonable y armónica nos debe llevar a la conclusión de que las personas con competencia bioética y discernimiento, con los apoyos que necesite, serán quienes otorgue el consentimiento informado y otorgarán, en su caso y si lo desean, directivas anticipadas.

¿Quién debe dar el consentimiento en caso de que no haya una expresión inequívoca de voluntad anticipada? En el fallo “D. M. A.” (2015)<sup>19</sup>, la Corte Suprema de Justicia resalta que nunca habrá una transferencia del poder de decisión a los representantes llamados a dar el consentimiento. Los valores a ser sopesados al momento de integrar la voluntad no son los de los autorizados, quienes solo pueden dar testimonio bajo declaración jurada en qué consiste la voluntad de aquel. No deciden ni en lugar ni por el paciente sino comunicando su voluntad. El fallo remite a la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en

19. CSJN, 7/7/2015, “D., M. A. s/ Declaración de incapacidad” (CSJ 376/2013) (*Fallos*, t. 338, p. 556 [N. del E.: ver dictamen de la procuradora [aquí](#) y [texto completo del fallo](#) {la referencia a la “Guía...” del Consejo de Europa se ubica en pp. 19 y ss. Ver también a continuación los datos del fallo de la provincia de Neuquén que dieron lugar al recurso extraordinario: TSJ de Neuquén, 19/4/2013, “D., M. A. s/ Declaración de incapacidad” {sumarios y texto completo [aquí](#)}}).

situaciones del final de la vida”, del Consejo de Europa (2014),<sup>20</sup> donde se clarifican los conceptos de representación y apoderamiento para el cuidado de la salud y demás autorizados a la toma de decisiones. La guía pone énfasis en la necesidad de que el paciente integre el equipo de toma de decisión y que su voz sea tenida en cuenta en todo momento. La toma de decisión es un proceso complejo; no siempre se reduce a responder preguntas por sí o por no, por lo que no en todos los casos el representante será un mero nuncio de la opinión del paciente. En esta línea de pensamiento, siempre que un niño, niña, adolescente o una persona con capacidad restringida otorgue directivas anticipadas por escrito, deberán respetarse y solo podrán ser dejadas de lado con fundamento en la violación de principios legales o constitucionales.

Cabe recordar que el artículo 60 del Código establece que la persona puede designar representante para expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Puede elegir a cualquier persona, sin limitación. Solo en caso de que no haya designado representante se aplicará supletoriamente la regla del artículo 6 de la Ley 26529. Asimismo, este derecho puede ser conculcado solo en el caso de que la sentencia contuviese restricciones al ejercicio del derecho personalísimo a dar consentimiento informado, designar representante para el acto médico u otorgar directivas anticipadas.<sup>21</sup>

## 5. Conclusiones

- No nos cabe ninguna duda de que el sistema de capacidad establecido por el Código Civil y Comercial, interpretado a la luz de la Constitución y de las Convenciones Internacionales (tal como lo ordena en su art. 2) es el de presunción de capacidad de todas las personas, con límites o excepciones legales o por orden judicial.
- En virtud de los principios convencionales, niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que sus manifestaciones queden plasmadas en actas notariales o judiciales.
- Los notarios deberemos obligatoriamente recepcionar las manifestaciones que hagan aquellos a fin de que puedan ser ponderadas al momento de una eventual pérdida total de discernimiento.
- La asistencia es el único modo que tienen niños y personas con restricción a su capacidad de ejercer por sí los derechos personalísimos.
- A mayor autonomía se debe propender al mayor ejercicio personal de los derechos.

20. [N. del E.: ver [aquí](#)].

21. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 22/12/2015, “D., J. s/ Insania y curatela”, expte. 159079 (*El Derecho*, t. 267, p. 107; *La Ley Online*, AR/JUR/62305/2015; ver también en <http://www.scba.gov.ar/>, código RSD 283/15 [texto completo [aquí](#)]).

- Por el principio de autonomía progresiva consagrado legislativamente en el artículo 26 del Código, la competencia bioética plena se adquiere a los dieciséis años, al equipararse al adolescente con el adulto en cuanto al cuidado del propio cuerpo. Debido a ello, las declaraciones que efectúen con respecto a su vida y su salud en previsión de su propia falta de discernimiento serán verdaderas directivas anticipadas con carácter vinculante. No hay contradicción alguna con el artículo 60, ya que son plenamente capaces en materia bioética.
- Las personas con restricciones a la capacidad solo podrán ser privadas de la posibilidad de otorgar directivas anticipadas cuando la sentencia expresamente lo señale. Esta deberá contener los parámetros de la asistencia que otorgará el apoyo en materia de cuidado de la salud.
- La directiva anticipada de salud otorgada por una persona con alguna restricción a la capacidad que no implique el ejercicio del cuidado del propio cuerpo deberá ser otorgada con las formalidades requeridas y tendrá carácter vinculante.

## 6. Bibliografía

- BALLARINI, Luciano A., "Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).
- BERBERE DELGADO, Jorge C., "Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/297/2015).
- CIRUZZI, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011.
- D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- ECHECURY, Natalia A., GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A., "Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 11, 2015, pp. 179-224.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 105-163.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJD7622.
- "¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).
- RAJMIL, Alicia B. y TORRENS, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

VERDUGO ALONSO, Miguel Á., “Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad” [online], publicado en [Servicio de Información sobre Discapacidad](#) [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.].<sup>22</sup>

22. Bibliografía complementaria:

AA. VV., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. XX, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 2010.