

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

QUIERO DECIR ALGO...

ACERCA DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DIRECTIVAS
ANTICIPADAS OTORGADAS POR ADOLESCENTES Y PERSONAS CON
CAPACIDAD RESTRINGIDA

TEMA I: Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales.
Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la capacidad Jurídica.
Sistema de apoyo al ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos.
Registración. Menor de edad y Adolescente. Tutela y Curatela.

Coordinador: Néstor Lamber

Autoras

María Mercedes Córdoba

Romina Rajmil

Natalia Echecury

con la colaboración de Marianela Graizzaro

Contacto Teléfono 03414110208- 0341 4251261- 0341 155945783

mail: notariacordoba@hotmail.com

PONENCIA TEMA I.

QUIERO DECIR ALGO...ACERCA DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS OTORGADAS POR ADOLESCENTES Y PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

María Mercedes Córdoba, Romina Rajmil, Natalia Echechury, con la colaboración de Marianela Graizzaro

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. Nadie puede ser privado de su derecho a expresarse ni siquiera los incapaces de ejercicio en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación.

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. Adolescentes y personas con capacidad restringida pueden revocar libremente las directivas anticipadas de salud que hayan otorgado sin ningún requisito de forma.

“QUIERO DECIR ALGO...”

ACERCA DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS OTORGADAS POR ADOLESCENTES Y PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA.

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 sólo puede ser ejercido por su titular, por lo que consentir o rechazar tratamientos médicos es tarea exclusiva del paciente y de nadie más.

Sin embargo, cuando un niño, adolescente o persona con capacidad restringida quiere tomar decisiones referentes a estos derechos tan trascendentales como son su vida y su propio cuerpo, ya no nos parece tan natural y cuestionamos su decisión, sin advertir que es ésta 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 Alicia B. Rajmil y Luis R. Llorens “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 26.529 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 26.061, 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 éste no se encuentre expresamente vedado en la sentencia respectiva (art 3 y 12 CDPD, art 7 inc k, art 10 Ley 26657).¹ Esto en base a los principios contenidos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad como el art. 3 inc. a) que expresa como principio general “El

¹ Rajmil, Alicia B. y Llorens Luis R., “Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Microjuris. MJ-DOC-7622-AR

respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”; el art. 7 párrafo 3 que acuerda el derecho a expresar opinión de niños y niñas con discapacidad y el art. 12 que plasma el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley, acordando el derecho tanto al reconocimiento de su personalidad jurídica como el 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 el mencionado artículo refiere a “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”, agrega que “esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas 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 las pasadas Jornadas Notariales se concluyó que “las directivas anticipadas de salud, constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección. Se decidió reconocer 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 26.529 modificada por ley 26.742. La posición de la minoría fue que 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).²

¿Por qué nos 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

² <http://www.colescba.org.ar/portal/images/agenda/XXXI-JNA/Conclusiones-XXXI-Jornada-Notarial-Argentina.pdf> fecha de consulta 27/07/2016

discernimiento, y no internalizamos que la regla en nuestro derecho es la capacidad de ejercicio con excepciones. Esperamos que sea la norma quién 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 negar 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 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 a fin de expresarse y si lo hacen que 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.

EL SISTEMA DE CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta los postulados adoptados por la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de las Personas con Discapacidad erigidos sobre la presunción de capacidad de toda persona, quien podrá hacer todo lo que desee, pueda o quiera hacer, con la única restricción que la proveniente de la imposibilidad propia de su naturaleza, como es en el caso de los nonatos, o de su natural inmadurez cuando se trata de 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”.³

El sistema de capacidad instaurado por el Código Civil y Comercial de la Nación es tratado en los artículos 22 a 50 y se divide en tres secciones: la primera de principios generales, la segunda sección que trata la menor edad y la tercera que 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, se 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.⁴

Luego de reconocer la capacidad de derecho a todo ser humano en el artículo 22, se encarga de anticiparnos que la ley puede establecer incapacidades. Son estas las incapacidades de derecho. En el artículo siguiente en su primer párrafo proclama de manera amplia la capacidad de ejercicio, pero prevé en el segundo párrafo limitaciones a la misma, las que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia. A continuación, el artículo 24 enuncia quienes son los incapaces de ejercicio. Este artículo, 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 13 años, incorporando así esta nueva categoría. El Art. 26 regula el ejercicio de los

³ Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R. “¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?” Publicado en: DFyP 2016 (marzo), 07/03/2016, 145.

⁴ Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación, Revista n°11 año 7, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, 2015, Rosario, Argentina, Pág. 182.

derechos por parte de la persona menor de edad, expresando como norma general que el menor de edad ejerce sus derechos a 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 sólo tendría su sustento cuando no pueda ejercerlos por sí mismo, solo o con asistencia. Es decir que 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 el 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 expresión⁵.

La restricción a la capacidad puede ser determinada judicialmente a partir de los 13 años. Siguiendo los principios convencionales se establece el sistema de apoyos y salvaguardias, excepcionalmente se puede restringir totalmente la capacidad de ejercicio y nombrar un curador para los casos de pérdida total de discernimiento (art. 32 CCyCN). Consideramos que esta categoría residual de incapacidad absoluta va de plano contra los postulados convencionales ya que, reiteramos, nadie debería ser declarado incapaz debido a que la limitación no es jurídica sino propia de la naturaleza.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad incorpora en su artículo 12 los conceptos de apoyo y salvaguardia. En el trabajo sobre las reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación de la Revista número 11 del IDel se identificó al primero como la asistencia necesaria para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma. Se consideró que la noción de apoyo no sólo 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

⁵ Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación, revista n°11 año 7, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, 2015, Rosario, Argentina, Pág.184.

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; las salvaguardias apuntan a aquellas medidas necesarias a tomar para impedir los abusos y garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas con discapacidad.⁶

La Asociación Americana de Retraso Mental ha definido a los apoyos en el 2002 como los recursos y estrategias con el objetivo de promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar de una persona y mejorar 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 que éstos permiten proporcionar una base natural, eficiente y continua para mejorar los resultados personales. No dudamos en que un sistema de apoyos adecuado y personalizado es fundamental para garantizar la plena participación en el proceso decisivo.⁷

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 es suficiente el discernimiento.

Ballarini nos explica que “el niño, la niña o el adolescente, aún 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

⁶ Reuniones de estudio del Cod. Civ. y Com. de la Nación, Revista N°11 Año 7, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, 2015, Rosario, Argentina, Págs.194 y 195.

⁷ <http://sid.usal.es/idos/F8/FDO6569/verdugo.pdf> fecha consulta 27/07/2016

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”.⁸

La Dra. Ciruzzi, 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”.⁹ 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 y tiene sus orígenes en el resonante caso Gillick en el cual la Corte de los Loes sostuvo que el derecho 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 al tratamiento específicamente propuesto.¹⁰

En nuestro país las leyes de protección integral de niños, niñas y adolescentes, salud pública y salud mental legislan en esas materias incorporando el concepto de competencia bioética y equiparando en todos los

⁸ Ballarini, Luciano A., “Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26.529, texto según ley 26.742) ED 257 (23/04/2014 nro. 13.469) Publicado en 2014.

⁹ Ciruzzi, María Susana, “La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?”, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2011, pág 31.

¹⁰ Kemelmajer, de Carlucci, Aida. Bioética y Derecho. El derecho del niños a su propio cuerpo. Coordinado por Salvador D. Bergel, Nelly Minyersky. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, pag 115-117.

casos a los adolescentes mayores de 16 años a los “adultos”, “mayores” o “plenamente capaces”. El ya analizado artículo 26 del 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 13 años decidirá por sí mismo y sin asistencia y aún 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 son llamados conjuntamente en el ejercicio de sus derechos.¹¹ 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 inclinar especialmente por el carácter vinculante de la directiva médica anticipada, ya que al momento de la valoración de la misma, es decir cuando el adolescente o persona con capacidad restringida se encuentre sin discernimiento, la directiva va a expresar la voluntad del interesado para conformar su consentimiento.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS.

Las diferencias entre ambos institutos son sutiles al punto que ha llegado a decirse que las directivas anticipadas son consentimiento informado expresado por anticipado.

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

¹¹ Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación, Revista N°11, Año 7, Instituto de Derecho e Integración, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, Rosario, Argentina, 2015, Pág.188.

declaración del paciente para aprobar o rechazar un tratamiento. El consentimiento es contemporáneo a la enfermedad 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 con ningún requisito de forma, excepto la forma escrita para el rechazo de tratamientos o procedimientos en los supuestos del art. 5 inc. g de la ley 26.529 reformado por ley 26.742, si bien es costumbre adoptar la forma escrita para el aseguramiento de la prueba. 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 uno bilateral. Así Berbere 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.”¹²

El consentimiento informado puede darse por terceras personas, sean representantes legales, apoyos, cónyuge, conviviente, pariente o allegado que acompañe al paciente (Art.59 CCCN). Las directivas anticipadas no pueden ser otorgadas por otro, no pueden darse por apoderado ni por el representante

¹² Berbere Delgado, Jorge Carlos. “Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación” 2015-05-13 SJA 2015/05/13-36 ; JA 2015-II

legal, ni 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 del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 14 de octubre del 2003 denominado “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la R A y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, 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 de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la Dra. Conde)” y en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C se dijo que “La disposición de los derechos personalísimos que corresponde a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de 14 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 CDN a la Constitución Nacional.”¹³

Aún sin desconocer el carácter de personalísimo del derecho a dar el consentimiento informado, son muchas las veces que éste debe ser prestado por terceros. Cuando son adolescentes de 13 a 16 años 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

¹³ LA LEY 2004-B con nota de Andrés Gil Domínguez
LA LEY 1997-D,100

posibilidad de que sea sustituida por la autorización judicial otorgada supletoriamente, cuando sea negada o haya imposibilidad de que la presten los representantes legales”.¹⁴ 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.”¹⁵

El código en el art. 59 regula el consentimiento informado y en el art. 60 las directivas anticipadas. No se ha derogado la ley 26.529 modificada por 26.742 y reglamentada por decreto 1089/12, por lo que al tratarse éstas de leyes especiales deben aplicarse en cuanto no sean inconstitucionales. La ley de salud mental y su decreto reglamentario 603/13 también contiene regulación de consentimiento informado para tratamiento e internación, enunciando los principios de no presunción de incapacidad en razón de enfermedad mental y plena participación del paciente en la toma de decisiones. Ambos sistemas remiten a la ley 26.061 cuando se encuentren involucrados niños y adolescentes. Como expresan María Claudia Torrens y Alicia Beatriz Rajmil, como consecuencia de esa disposición, se puede afirmar, que los principios establecidos en la ley 26.061, que receptan a su vez los contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, principalmente el derecho a ser escuchado, el interés superior del niño y la autonomía progresiva, deben respetarse en el ámbito de atención médica del paciente.¹⁶ En ambas reglamentaciones se establece que el consentimiento debe ser dado por el

¹⁴ D’Antonio, Daniel H. Derecho de menores pág.149. Astrea. Buenos Aires, 1994.

¹⁵ Ciruzzi, María Susana, “La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?”, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2011, pág 64.

¹⁶ Alicia Rajmil, María Claudia Torrens, Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados. Microjuris MJ-DOC-6827-AR Buenos Aires, 2014.

sujeto involucrado o su representante en intervención conjunta, esto es en un régimen de asistencia y residualmente, en caso de no poderse recabar la opinión del paciente el consentimiento será dado exclusivamente por el interlocutor más próximo. En caso de conflictos entre pacientes y representantes legales el art. 2 inc. e 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 16 años y con la concurrencia del consentimiento de los padres para los casos de niños entre 13 y 16, 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 en que el art. 25 inc. d) de la CPCD es de aplicación, este dice: “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”; y establece que el consentimiento lo da el paciente con la conformidad o asistencia del apoyo. Se recepta este principio en los artículo 7 inc. j y artículo 10 de la ley 26.657.

Es criticable que el decreto reglamentario de la 26.529 sancione de nulidad las directivas otorgadas por menores de edad e incapaces. Entendemos que siendo el Código Civil y Comercial el que regula la capacidad de las personas y que solo la sentencia puede precisar los alcances de la restricción a la misma, toda interpretación debe ser hecha en base a los principios constitucionales. No dejemos de recordar que tanto la ley y su decreto reglamentario son anteriores a la sanción del código. Con esos mismos argumentos criticamos que el inciso K del art. 7 del decreto 603/13, reglamentario de la ley 26.657 utilice la expresión plenamente capaces. Este

artículo no puede ser tomado en cuenta en forma literal, ya que de hacerse se colegiría que los representantes podrían dar directivas anticipadas por su representados. Nuevamente a la luz del código civil y comercial entendemos que la plena capacidad en materia de salud se adquiere a los 16 años.

Tanto la incapacidad sobreviniente como la pérdida temporal o definitiva del discernimiento se prevén en el código en los art. 59 y 60. Todo el sistema del consentimiento informado por representación está basado en la pérdida temporal o permanente del discernimiento. Sólo 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 éste y aún 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 que las personas con competencia bioética y discernimiento, con los apoyos que necesite será quien otorgue el consentimiento informado y otorgará en su caso si lo desea directivas anticipadas.

¿Quien debe dar el consentimiento en caso de que no haya una expresión inequívoca de voluntad anticipada? En fallo de Corte D.M.A.¹⁷ s/declaración de incapacidad se 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 situaciones del final de la vida del Consejo de Europa, donde se clarifican los conceptos de representación,

¹⁷ D.M.A. S/DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD C.S.J. 376/2013.

apoderamiento para el cuidado de la salud y demás autorizados a la toma de decisiones. En la guía se 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 para ser dejada de lado su opinión tendría que fundamentarse en que ésta viola principios legales o constitucionales.

Recordemos que el art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación dice 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 art. 6 de la 26.529. Sólo en caso en que la sentencia contuviese restricciones al ejercicio del derecho personalísimo a dar consentimiento informado, designar representante para el acto médico u otorgar directivas anticipadas este derecho puede ser conculcado.¹⁸

CONCLUSIONES

No nos cabe ninguna duda que el sistema de capacidad establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, interpretado a la luz de la Constitución y las Convenciones Internacionales tal como lo ordena en su artículo 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

¹⁸ CC0103 MP 159079 RSD 283/15 S 22/12/2015 Juez ZAMPINI (SD) Carátula: D. J. S/INSANIA Y CURATELA Magistrados Votantes: zampini-gerez

notarios deberemos obligatoriamente recepcionar en las manifestaciones que hagan 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. Por el principio de autonomía progresiva consagrado legislativamente en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, la competencia bioética plena se adquiere a los 16 años al equipararse al adolescente con el adulto en cuanto al cuidado del propio cuerpo. Debido a ello es que puede hablarse de directiva anticipada con carácter vinculante a las declaraciones que efectúen con respecto a su vida y su salud en previsión de su propia falta de discernimiento. No hay contradicción alguna con el artículo 60 ya que son plenamente capaces en materia bioética.

En cuanto a las personas con restricciones a la capacidad, sólo podrán ser privadas de la posibilidad de otorgar directivas anticipadas cuando la sentencia expresamente lo señale, la que deberá contener los parámetros de la asistencia que otorgará el apoyo en materia del cuidado de la salud. La directiva anticipada de salud otorgada por 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.

BIBLIOGRAFIA

Código Civil y Comercial Gabriel Clusellas; dirigido por Gabriel Clusellas 1era ed. C. A.B. A. : Astrea, 2015.

Caramelo, Gustavo Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. v. 1, 672 p. ; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-30-7. 1. Código Civil y Comercial Argentino. I. Sebastián Picasso II. Herrera, Marisa III. Título CDD 348.023.

Revistas del Instituto de Derecho e Integración, Publicación Científica de Carácter Semestral Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da Circunscripción Rosario.

Rajmil, Alicia B. y Llorens Luis R., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación", Editorial Microjuris. MJ-DOC-7622-AR

Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R. "¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?" Publicado en: DFyP 2016 (marzo), 07/03/2016.

<http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO6569/verdugo.pdf> fecha consulta 27/07/2016

Ballarini, Luciano A., "Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26.529, texto según ley 26.742) ED 257 (23/04/2014 nro. 13.469) Publicado en 2014

Ciruzzi, María Susana, "La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?", Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2011.

Kemelmajer, de Carlucci, Aida. "Bioética y Derecho. El derecho del niño a su propio cuerpo." Coordinado por Salvador D. Bergel, Nelly Minyersky. RubinZal-Culzoni, Buenos Aires.

Berbere Delgado, Jorge Carlos. "Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación" 2015-05-13 SJA 2015/05/13-36 ; JA 2015-II

D'Antonio, Daniel H. "Derecho de menores". Astrea. Buenos Aires, 1994.

Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos". Astrea. Buenos Aires 2008

Llorens, Luis, Rajmil Alicia, "Derecho de autoprotección. Previsiones para la propia incapacidad." Astrea Buenos Aires 2010.

Alicia Rajmil, María Claudia Torrens, Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados. Microjuris MJ-DOC-6827-AR Buenos Aires, 2014.