

*XXXI ENCUENTRO NACIONAL
DEL NOTARIADO NOVEL*
TEMA I: “DERECHOS DE LAS
FAMILIAS Y DERECHOS
HUMANOS, SU RELACIÓN
CON LA ACTIVIDAD
NOTARIAL EN EL CCYC”
**RECEPCIÓN DE LA
CAPACIDAD PROGRESIVA EN
MATERIA DE
AUTOPROTECCIÓN**

AUTORES:

**ARRIBAS GANDULFO, Florencia Sofía
TRUEBA, María Victoria**

PONENCIA:

Nuestra ponencia es la propuesta de modificación de la normativa vigente que entra en contradicción con el principio de capacidad progresiva, habilitando a las personas menores de edad, que hayan alcanzado el grado de madurez suficiente, el otorgamiento de directivas anticipadas para el cuidado de su integridad.

INTRODUCCIÓN:

El respeto a la dignidad humana es uno de los pilares fundamentales de nuestro derecho positivo y se encuentra tutelado desde el momento de la concepción por ser un derecho esencial.

La Constitución Nacional en su Artículo 19 marca el eje sobre la libertad de las acciones privadas de las personas. En su Artículo 75 inciso 22 les otorga a los tratados internacionales y concordatos jerarquía superior a las leyes e incluso les reconoce jerarquía constitucional a determinados tratados, conformando así lo que en doctrina y jurisprudencia se ha denominado "Bloque de Constitucionalidad". Como menciona Patricia A. Lanzón "es desde esta doctrina que nos llega el cambio paradigmático sobre capacidad progresiva y adecuada a las circunstancias de cada persona. La capacidad hoy concebida no como un atributo de la personalidad sino como derecho humano."¹ Entre ellos se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo una de sus ponderaciones máximas el derecho a ser oído, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez, como así también el disfrute del más alto nivel posible de salud y los servicios para el tratamiento de las enfermedades.

El paso del tiempo y las experiencias que nos van atravesando durante el transcurso de los primeros años de vida van forjando la propia personalidad por lo que entendemos que no es el hecho fáctico de cumplir un año más de vida lo que exclusivamente nos hace alcanzar el grado de madurez suficiente. Es una pauta, no un concepto empírico jurídico.

¹ LANZON, Patricia Adriana. "Directivas Anticipadas" Di Lalla Ediciones. Año 2017.- p. 28

Esto último es receptado en nuestra normativa vigente desarrollando el concepto de capacidad progresiva, dejando de lado categorías rígidas y objetivas como la edad ² para pasar a tener en cuenta el análisis del contexto social, características psicofísicas, aptitudes que permiten definir de manera gradual la capacidad propia de cada individuo.

Como vemos, el derecho de autoprotección no sólo se encuentra incorporado en la normativa constitucional y tratados internacionales sino que nuestra legislación lo regula de manera expresa en el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el mencionado artículo, si bien se hace referencia al ámbito de la salud, la doctrina entiende que conecta con todo el derecho de autoprotección referido a las diversas necesidades que atraviesa una persona en el transcurso de su vida.

Como bien definen Romina I. Cerniello y Néstor D. Goicoechea, el término autoprotección tiene una doble acepción. Posee un aspecto subjetivo relacionado con el derecho de toda persona a tomar decisiones sobre la salud, bienes y creencias, para el futuro ante una eventual pérdida de capacidad respetando su derecho a la libertad, dignidad y autonomía de la voluntad y un aspecto objetivo ya que así se denomina al acto jurídico a través del cual se ejerce el derecho subjetivo, donde consta plasmada la voluntad para cuando no pueda ejercerla por sí mismo.³

Tengamos presente que sigue vigente la ley nacional 26.529, modificada por la ley 26.742 y reglamentada por el decreto 1089/2012 en el que más específicamente en su artículo 11, recepta el término directivas anticipadas exigiendo concretamente que el otorgante sea capaz y mayor de edad. Es aquí donde encontramos una “regulación fragmentada, contradictoria y ambigua”⁴ entendiéndolo que hace falta armonizarla con el resto de la normativa por dejar de lado a aquellos menores de edad que hayan alcanzado el grado de madurez suficiente, la que dependerá del tipo y complejidad del acto a otorgarse.

²FAMA, María Victoria. Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. Publicado en: LA LEY 20/10/2015

³ CERNIELLO, Romina Ivana y GOICOECHA, Néstor Daniel. Derecho de autoprotección. Revista del Notariado 915. Anuario 2014. P. 79.

⁴ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás Lafferriere. ¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina. Rev. Derecho no.16 Montevideo dic. 2017

ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS:

Un fallo emblemático en el derecho comparado en materia de madurez suficiente es el famoso “Caso GILLICK”⁵, en el que una madre denunció a las autoridades sanitarias porque entendía que era ella, y no sus hijas, quienes debían decidir si las niñas podían utilizar métodos anticonceptivos.

La Cámara de los Lores votó contra los deseos de Gillick consagrando el concepto de la “madurez suficiente” como requisito para que un niño mayor de 13 años tome sus propias decisiones, declarando que el ejercicio de los derechos fundamentales dependen del caso particular y del grado de madurez que se va a alcanzando.

Otro fallo, en este caso local, en el que recepta la teoría de la capacidad civil suficiente para elegir por sus propios actos es “FSB S/RECTIFICACIÓN DE PARTIDA”, La progenitora se negaba a dar el consentimiento que requiere la ley 26.743 pero la conducta desplegada por la adolescente durante el proceso logró demostrar el grado de madurez suficiente compatible con el pedido formulado, asumiendo la responsabilidad de sus actos y consiguiendo la rectificación de género en contra de la decisión de la progenitora.

Planteamos tener en cuenta el desarrollo de vida de cada persona en particular. Por ejemplo, un menor que desde temprana edad ha padecido una enfermedad que requiere tratamiento prolongado, seguramente entienda términos médicos, preferencias sobre cómo ser tratado, comprenda los beneficios o riesgos de determinada práctica, que otro niño, niña o adolescente que sólo ha asistido a instituciones médicas por un control de rutina. Entonces, cómo negarle a ese menor su derecho a ser oído y decidir sobre los tratamientos sobre su propio cuerpo, por el solo hecho de no haber cumplido los 18 años de edad.

Cada persona tiene derecho a recibir en forma directa y con un lenguaje acorde a su comprensión, información certera sobre su estado de salud, porque es sobre su propio cuerpo sobre el que se decide. Si bien en la mayoría de los casos, los

⁵ Gran Bretaña: Tribunal de la Cámara de los Lores, «Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security» [1985] UKHL 7 (17 Octubre1985)

representantes legales de una persona menor de edad son los que expresan su voluntad, puede haber situaciones en las que la voluntad del menor y de sus representantes sea opuesta. Ahí radica el punto sobre el que se basa a qué voluntad actúan los médicos.

FUNDAMENTO:

Volviendo al marco normativo especial, es la ley 26.529 y su modificatoria, la que establece en su Artículo 2 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Y en el Artículo 11 dispone que toda persona *mayor de edad* puede dictar directivas anticipadas pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud. Esta declaración de voluntad debe hacerse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de 2 testigos.

Como mencionamos anteriormente, la ley se encuentra regulada por el Decreto 1089/2012, el cual en su Artículo 2° sobre derechos del paciente, establece que los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la *competencia y discernimiento de los menores*; y en los casos de conflicto entre la voluntad de ellos con sus representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar el caso al Comité de Ética de la institución asistencial para que emita opinión.

El Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el año 2015, instauro el concepto de capacidad progresiva de las personas menores de edad, según el grado de madurez y discernimiento para determinados actos. Y por otro lado, marca categorías rígidas para otros actos, dependiendo de la edad alcanzada por la persona. En este sentido, en su Artículo 25 establece que menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años, y se considera adolescente a aquel menor de edad que alcanzó los 13 años.

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. En materia de salud, el Artículo 26 dispone la presunción que los adolescentes entre 13 y 16 años pueden decidir por sí respecto a tratamientos médicos no invasivos, que no comprometan su estado de salud o provoquen riesgo grave en su vida o integridad física. Y en los que sí lo fueran, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. En caso de 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. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En el mismo sentido, el Artículo 639 al regular la responsabilidad parental, establece como un principio la autonomía progresiva del hijo, conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Por primera vez, el Código hace referencia a las directivas médicas anticipadas. En el Artículo 60, dispone que la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Aquí vemos la contradicción: por un lado, en el Artículo 26 establece que el adolescente que haya cumplido 16 años será considerado como un adulto para las decisiones sobre su propio cuerpo, y el Artículo 60 sólo permite a la persona “plenamente capaz” otorgar directivas médicas anticipadas.

Puede considerarse que los mejores jueces de los menores sean sus progenitores, por el vínculo estrecho y cotidiano que los une, pero dependerá del caso particular si un profesional puede ser aún más competente. El miedo a exponerse frente a sus representantes legales, o la mirada técnica del profesional puede compatibilizar en

mayor medida con la asistencia que pueda llegar a necesitar el menor en el momento exacto de enfrentarse con la problemática que lo afecta y acompañarlo en la toma de la decisión.

La ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas niños y adolescentes en su artículo 3 regula el interés superior como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos en la ley, debiéndose garantizar entre otras cosas, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.

El menor debe ser beneficiario sin discriminación de las políticas de salud, en consonancia con la evolución de sus facultades conforme surge del decreto 1282/2003. La noción bioética sobre la capacidad del menor a elegir sobre las directivas de su salud dependerá del análisis que pueda hacer dentro de un clima de libertad, asesoramiento adecuado a su edad y la posibilidad de analizar alternativas. Es un derecho y no una obligación el ser oído, siempre ajustado al interés superior del niño al margen del régimen de capacidad vigente.

La aptitud de tomar ciertas decisiones sobre el propio cuerpo y la salud no se adquiere en un momento determinado, sino que se va formando en la medida que evolucionamos. Mucho tendrá que ver el tipo de información que pueda recibir de su entorno, adaptada a un lenguaje que le permita comprenderla y así expresar preferencias y preocupaciones, pudiendo entender qué es bueno o malo para su salud. Debemos ponderar la capacidad de los menores a poder elegir sin ser manipulados u obligados, para que valiéndose por sí mismos, puedan analizar las consecuencias de sus conductas sobre los riesgos a corto y largo plazo.⁶

Los derechos personalísimos no pueden ser ejercidos a través de representantes. Las directivas anticipadas por escrito, deberán respetarse y solo podrán ser dejadas de lado con fundamento en la violación de principios legales o constitucionales.⁷

⁶ ESCUDERO DE QUINTANA, Beatriz. La capacidad de ejercicio de los menores en el proyecto de unificación de los códigos civil y comercial. Publicado el: 05/10/2012. Editorial Albrematica.

⁷ CÓRDOBA, María Mercedes, ECHECURY, Natalia Andrea, GRAIZZARO, Marianela R., RAJMIL, Romina Andrea. Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida. Revista del Notariado 926. Fecha de publicación: 14/03/2017.

CONCLUSIÓN:

Proponemos la eliminación de la regla inflexible que sólo tiene en cuenta el elemento objetivo de la edad de la persona, acogiendo el concepto de capacidad progresiva y dignidad de todo ser humano, como principio *pro homine* y rector de toda nuestra normativa vigente.

Entendemos que, en un análisis armónico de las normas, los menores de edad se encuentran autorizados a otorgar directivas anticipadas, las que deberán analizarse en un contexto integral dependiendo de la complejidad del acto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Taiana de Brandi, Nelly A. - Brandi Taiana, Maritel M. El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial. Publicado en: SJA 14/10/2015, 14/10/2015, 36.
- Córdoba, María M., Echecury, Natalia A., Graizzaro, Marianela R., Rajmil, Romina A. Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida. Revista del Notariado 926. Fecha de publicación: 14/03/2017.
- Katz, Flora M. Directivas anticipadas o actos de autoprotección. Revista del Notariado 899.
- Cerniello, Romina Ivana – Goicochea, Néstor Daniel. Derecho de autoprotección. Revista del Notariado 915.
- Pagotto, Natalia L. Los "actos autoprotectorios" en el nuevo Código Civil y Comercial. elDial.com - DC1E2F. Publicado el 03/12/2014.
- Escudero de Quintana, Beatriz. La capacidad de ejercicio de los menores en el Código Unificado. elDial.com - DC1E38. Publicado el 03/11/2014.
- Busso, Giuliana. La capacidad de ejercicio de las personas menores de edad para actos patrimoniales en el nuevo régimen civil argentino. Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 278. Fecha: 16-07-2018.
- Díaz, Julieta E. ¿Escuchamos a los niños, niñas y adolescentes? Publicado en: RDF 2018-IV, 08/08/2018, 175.
- Etcheverry, Alejandra M. Régimen de capacidad de los menores en el Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en: SJA 30/09/2015, 30/09/2015, 24.
- Famá, María Victoria. Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. Publicado en: LA LEY 20/10/2015, 20/10/2015, 1.
- Lafferriere, Jorge Nicolás. ¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina. Rev. Derecho número 16 Montevideo, Diciembre 2017. ISSN 1510-3714.

- Lanzon, Patricia Adriana. "Directivas Anticipadas" Di Lalla Ediciones. 1° edición adaptada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 2017. ISBN 978-987-3913-09-9. P. 28.