

## CAPACIDAD PROGRESIVA, DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS Y SENTIDO COMÚN

Por WALTER D. PELLE \*

*Nuestro Código Civil y Comercial determina la necesidad de contar con diferentes edades mínimas para ejercer actos de disposición del propio cuerpo en materia de salud, y para la disposición de Directivas Médicas Anticipadas. En efecto, los arts. 26 y 60 del CCC establecen edades distintas para alcanzar la posibilidad de tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, y para otorgar Directivas Médicas Anticipadas (16 y 18 años de edad, respectivamente). Cabe preguntarse si tal divergencia tiene alguna justificación razonable, o si se impone una reforma legislativa para otorgar coherencia al sistema.*

### **Palabras clave:**

*Capacidad, Edad, Directivas Médicas Anticipadas, Sentido Común.*

## PROGRESIVE CAPACITY, ADVANCE MEDICAL DIRECTIVES AND COMMON SENSE

### **Abstract:**

*Our Civil and Commercial Code determines the need for having different minimum ages to exercise acts of disposition of their own body in matters of health, and for the disposition of Advance Medical Directives. Indeed, articles 26 and 60 of the Civil and Commercial Code establish different ages to reach the possibility of taking decisions regarding the care of their own body, and to grant Advance Medical Directives (16 and 18 years of age, respectively). It is worth asking if such divergence has any reasonable justification, or if a legislative reform is imposed to grant consistency to the system.*

### **Keywords:**

*Capacity, Age, Advance Medical Directives, Common Sense.*

\* Abogado, Especialista en Bioética, Especialista en Docencia Universitaria, Master en Derecho Ambiental, Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Civil Parte General en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

## INTRODUCCIÓN

En el año 1983, a pocos meses de haber ingresado a la carrera de Abogacía en mi querida Universidad Nacional de Mar del Plata, uno de mis profesores dijo en clase que el Derecho no era más que una aplicación del sentido común, y que gran parte de su contenido podría deducirse sencillamente, a través del razonamiento.

Si bien reconozco que al principio tal enseñanza me pareció algo simplista -o tal vez exagerada- luego de sumar horas de lectura, de comprender la metodología propia de nuestra disciplina, e incluso -confieso- de resolver consignas -en algunos exámenes- sin otro apoyo que el sentido común, me convencí de que mi Maestro tenía razón, al menos en líneas generales. Es más, como jamás me destacué por mi memoria, mi gran herramienta para transitar la carrera, el ejercicio profesional y la docencia, fue comprender las instituciones jurídicas y su funcionamiento desde la lógica y el sentido común.

Son numerosas las conclusiones a las que arriba el Derecho desde esta perspectiva. Es más, podría decirse que algunas de ellas son fatales o inevitables, pues no podrían ser diferentes. En efecto, y solo para brindar un ejemplo burdo, no es más que el sentido común lo que determina que la sanción penal por homicidio sea mayor de la del hurto.

Dentro de la Parte General del Derecho Civil, no es otra cosa que la lógica y el sentido común lo que determina que en los casos de nulidad relativa (en los que se protege al interés particular, y no al interés público como en la nulidad absoluta) el titular de la acción sea el sujeto protegido, tenga lugar la prescripción liberatoria, y pueda aparecer el instituto de la confirmación. Ineludible es que en los casos de nulidad absoluta el sistema sea diferente, pues ni el mero transcurso del tiempo ni la voluntad de un sujeto pueden desdibujar al interés general, y la legitimación para accionar -obviamente- debe ser más amplia.

Así las cosas, cuando encontramos alguna pauta jurídica que desafía al sentido común, nos suena una inquietante alarma, que nos anima a preguntarnos si la misma no merece una reforma. Esa es la razón que me lleva a escribir estas líneas, pues algunas normas existentes en el CCC (referidas al derecho a la disposición del propio cuerpo, capacidad progresiva y directivas médicas anticipadas) generan una duda en mi pensamiento, en la que la coherencia y el sentido común son piedras basales.

### 1. LA CAPACIDAD PROGRESIVA Y EL DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO EN MATERIA DE SALUD

El art. 25 del CCC, luego de mantener la categoría de “menor de edad” para las personas que no hayan cumplido dieciocho años (al igual que el C.C. anterior), incorpora como novedad la noción de “adolescente”, definiendo al mismo como aquella “(...) persona menor de edad que cumplió trece años”.

Por su parte, en lo que aquí interesa, el art. 26 establece lo siguiente: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (...).

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es claro que el reconocimiento del ejercicio propio de sus derechos, por parte de los niños, niñas y adolescentes, de manera creciente y en proporción a la madurez alcanzada, no es algo novedoso en el derecho argentino.

En efecto, ya la ley 23.849 (promulgada el 16 de octubre de 1.990) incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1.989); la cual alcanzó jerarquía constitucional a través de la reforma de nuestra Carta Magna del año 1.994 (art. 75 inc. 22). Dicha Convención, que define al Niño como "(...) todo ser humano menor de 18 años de edad (...)" (art. 1), se sustenta, entre otros, en el principio que reconoce el ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños (arts. 5, 12, 14 inc. 2, y 28).

En esa línea de pensamiento, la regulación del nuevo código respecto del derecho a la disposición del propio cuerpo por parte de los niños, niñas y adolescentes, incorpora dicho principio. Por ello, presume que desde los trece años (al alcanzar la categoría jurídica de "adolescente"), el menor de edad puede decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos que no comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física (si se tratara de tratamientos invasivos o riesgosos también se requiere el consentimiento del adolescente pero con la asistencia de sus progenitores, y en caso de conflicto el juez lo dirimirá teniendo en cuenta el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la conveniencia o no de la realización del acto médico) <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Excede el objeto de este trabajo el análisis conceptual acerca de algunos vocablos incorporados en la norma ("invasivos", "riesgo grave", etc.), que seguramente requerirá de la tarea

Debido a la misma razón, y con la firme y saludable intención de delimitar los “grises” que tiene el desarrollo progresivo de la personalidad, desde los dieciséis años de edad el adolescente es equiparado a un adulto para toda decisión atinente al cuidado de su propio cuerpo. Podría decirse, en otros términos y un tanto metafóricamente, que, a los efectos de la disposición del propio cuerpo en materia de salud, la “mayoría de edad” se alcanza a los dieciséis años y no a los dieciocho, salvo disposición legal en contrario.

Es oportuno recordar -para contextualizar debidamente el tema abordado- que estamos ante esenciales derechos personalísimos estrechamente vinculados entre sí, pues el cuidado y la disposición del propio cuerpo se relacionan con el derecho a la salud, a la atención médica adecuada, y a la vida. Obviamente, era necesario en nuestro derecho “alinear” o compatibilizar los contenidos del Código Civil con la Constitución Nacional (sobre todo, luego de la reforma operada en el año 1994 sobre esta última), pues con anterioridad al nuevo CCC ambos regímenes normativos partían de concepciones ideológicas dispares (lo cual era lógico, pues tuvieron origen en épocas y circunstancias históricas muy diferentes).

Desde esa necesidad, y en líneas generales, las disposiciones del nuevo código son acertadas, y muy bien recibidas por la doctrina y jurisprudencia. En efecto, y yendo hacia el tema que nos interesa, el art. 26 del CCC, en cuanto al ejercicio propio de los adolescentes de su derecho a la disposición del propio cuerpo, es atinado desde el punto de vista normativo, ya que compatibiliza el derecho civil con los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional (sobre todo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada con jerarquía constitucional en el art 75 inc. 22 de la Carta Magna). Asimismo, desde el plano axiológico no puede cuestionarse, pues respeta el ejercicio progresivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; principio que se sustenta en el sentido común y en la propia evolución psicofísica de la persona humana. Sin embargo, desde la dimensión sociológica, merece al menos algunos comentarios; pues para que la norma analizada se concrete en la realidad cotidiana de manera responsable (circunstancia esencial desde el interés superior del niño, otro de los principios consagrados por la citada Convención), los adolescentes deberán contar con la educación y la información adecuadas, pues -de lo contrario- podrían tomar decisiones contrarias a su conveniencia. Para ello, el rol de los medios de comunicación, de las políticas públicas diseñadas y ejecutadas por el Estado, de las familias, de las ONG, de los actores que forman parte de los establecimientos educativos, de los integrantes del área de la salud pública y privada, así como de los demás sectores sociales implicados, será determinante. Será trabajo de todos intentar que confluyan norma y realidad, pues ello protegerá los derechos personalísimos involucrados, ya que con la

conjunta de la doctrina y de la jurisprudencia a efectos de interpretarlos y aplicarlos debidamente en los casos concretos. La casuística será fundamental al respecto.

sola letra de la ley no basta. Para que los adolescentes puedan tomar decisiones responsables acerca del cuidado de su cuerpo, de su salud y de su vida, deberán tener acceso a la educación y a la información suficientes como para que ello sea posible.

De todos modos, volviendo específicamente al tema en análisis, es claro que el texto del art. 26 del CCC no deja margen de dudas: desde los dieciséis años el adolescente es considerado un adulto para tomar decisiones acerca del cuidado de su propio cuerpo.

Si bien algunos pueden llegar a pensar que dicha norma es un tanto “apre-surada” porque muchos adolescentes de dieciséis años no cuentan con la información y educación necesarias para tomar decisiones responsables y cuidadosas para su cuerpo y para su salud; aunque en muchas oportunidades es el entorno familiar el que influye de manera notable en dicha toma de decisiones; la lectura del citado art. 26 no permite otra interpretación.

## 2. LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS. CONCEPTO Y CAPACIDAD PARA DETERMINARLAS

Las Directivas Médicas Anticipadas, también conocidas como “testamentos vitales”, han sido definidas como “la expresión formal de voluntad hecha por una persona jurídicamente capaz y bioéticamente competente, por la que deja expuestas sus decisiones y directivas sobre el comportamiento médico que eventualmente ha de observarse para con ella en el caso de encontrarse en circunstancias tales que, por sus condiciones psicofísicas, no pueda manifestarse válidamente al respecto”<sup>2</sup>.

Si bien en nuestra legislación su aparición es relativamente reciente (a nivel nacional, fueron incorporadas a la Ley 26.529 –del año 2.009- y luego al CCC), en el derecho comparado las encontramos hace décadas. En efecto, “Como antecedente, los denominados “*living will*” tuvieron su origen y desarrollo a partir de los 60 en Estados Unidos. La elaboración del primer documento a través del cual una persona podía manifestar su voluntad en sentido negativo en relación a la aplicación de determinado tratamiento —solo— en caso de enfermedad terminal data de 1967. Esta labor fue desarrollada por el abogado Luis Kutner de la ciudad norteamericana de Chicago. Más adelante, ya hacia 1976, la *Natural Death Act*, de la Ciudad de California, comienza a desarrollar una tarea para regular y legalizar las manifestaciones de voluntad sobre el final de la vida, siendo pionera en otorgar un marco legal a estas declaraciones de voluntad. En 1991 *Patient Self-Determination Act* otorga autorización para que cada uno de los pacientes exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea —o

<sup>2</sup> ABBIATI, Luis Enrique; BUENANUEVA, Roberto Mariano; NAMAN, María Emilia y URQUIZO, Pedro Javier. *Algunas consideraciones sobre las Declaraciones de Voluntad Vital*; en *Jurisprudencia Argentina* XI, número especial de Bioética, 28/10/2009, p. 4.

no— recibir, voluntad que deberá tenerse en cuenta frente a la eventual circunstancia que no le permita expresarse en forma autónoma”<sup>3</sup>.

Resulta oportuno recordar que, vistas las Directivas Anticipadas ampliamente, se aplican no solo a los testamentos vitales sino también a las designaciones de representantes para el cuidado de la salud. Las Directivas Anticipadas -analizadas desde el plano del Derecho- son un acto jurídico, y como tal han sido caracterizadas como un acto personalísimo, extrapatrimonial, de voluntad predispuesta, unilateral, inter vivos, simple, formal y revocable<sup>4</sup>. Las mismas (que podrían ser vistas como “consentimientos informados anticipados”<sup>5</sup>) ya estaban avaladas legalmente por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, además de ser coherentes con el art. 19, inc.3, de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, que obliga a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse<sup>6</sup>. Por ello, aun con anterioridad a la Ley 26.529 y al CCC, los documentos de voluntad anticipada no debían ser invalidados o desconocidos, sino que debía respetarse el derecho a la intimidad de las personas, y a la disposición de su propio cuerpo.

Es claro que este tema se relaciona directamente con el respeto que merecen las personas y su libertad, traducido como “principio de autonomía” en el plano bioético, el cual constituye -junto con los principios de justicia y beneficencia- el tríptico fundamental de los pilares de la bioética.

En efecto, cuando nos referimos al derecho a disponer de nuestro propio cuerpo, estamos considerando nada más ni nada menos que la dignidad de las personas (resaltada como derecho y valor fundamental en el CCC, en sus arts. 51, 52 y ccs.)<sup>7</sup>, que tienen autoridad y señorío a la hora de elegir si se someten o

<sup>3</sup> REYES, Romina D.; *La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino*, Revista Derecho Privado, Año III, N° 9, Infojus, 2014, p. 195.

<sup>4</sup> ABBIATI, Luis Enrique. *Directivas Anticipadas y Acto Jurídico*, en *Revista Jurídica*, Año 4, N° 4, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, pp. 493 a 510.

<sup>5</sup> “La diferencia entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas radica en que, en el primero, es necesario que quien lo preste sea un paciente ya que precisamente se presta en condición de tal y previa a la internación o acto médico al que va a ser sometido; en cambio, en las segundas, quien las otorga puede estar en perfecto estado de salud y hacerlo única y exclusivamente en previsión de que en un futuro, más o menos lejano, pueda encontrarse en una situación de no poder hacerlo por sí mismo” (SAUX, Edgardo y CROVI, Luis D. *Muerte digna, en pleno debate*, en *Derecho Privado*, Año I, N° 1, Bioderecho, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 138).

<sup>6</sup> ABBIATI, Luis E.; BUENANUEVA, Roberto M.; NAMAN, M. Emilia y URQUIZO, Pedro J. *op. cit.*, p. 4.

<sup>7</sup> “En el campo del derecho civil, la dignidad humana se presenta como uno de los principios axiológicos fundamentales del nuevo código Civil y Comercial (ley 26.994). Ello surge del artículo 51: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (...) En síntesis, la dignidad expresa esa excelencia o perfección en el ser y la centralidad de la persona humana. La dignidad refiere a la inviolabilidad y sacralidad de la persona que exige respeto y reverencia de parte de todos, y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan”. LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás; MUÑIZ, Carlos; *Directivas anticipadas*

no a un tratamiento médico, a una intervención quirúrgica, etc. Recordemos que nuestro Derecho exige la presencia del Consentimiento Informado (salvo puntuales excepciones) para la realización de los actos médicos, subrayándose de este modo la relevancia del principio bioético de autonomía (paralelo al respeto que merece en el Derecho la autonomía de la voluntad y la libertad).

En esta línea de pensamiento, se ha expresado que “Las directivas anticipadas encuentran base legal en el respeto de los derechos personalísimos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal. Todos ellos, garantizados en nuestra Carta Magna, tal como surge de su art. 19 y –en términos más amplios– en los principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75, inc. 22 y que otorga *status supra* legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde se consagra el Derecho de la Salud. Resulta menester recordar la expresa consagración de la protección del derecho a la intimidad prevista en el art. 1071 bis CC. Siguiendo el lineamiento normativo en nuestra legislación interna encontramos la obligación, que recae sobre los profesionales de la salud, de respetar la negativa del paciente a tratarse, tal como lo establece el art. 19, inc. 3 de la ley 17.132 regulatoria del ejercicio de la Medicina”<sup>8</sup>.

Ahora bien, la disposición de nuestro propio cuerpo no solo puede ejercerse a través de actos con consecuencias inmediatas, sino también mediante decisiones que pueden llegar a aplicarse en el futuro, si fuera necesario, ante una eventual falta de competencia. Así, alguien puede anticiparse e imaginarse en una hipotética y futura situación de carencia de competencia (en estado de coma, por ejemplo), y determinar el comportamiento que deberá seguirse en ese momento. De este modo, la Directiva Médica Anticipada no es más que un acto de disposición del propio cuerpo, dispuesto por alguien con competencia para hacerlo, que deberá ejecutarse en el futuro si en ese momento tal competencia no está presente.

Nuestra legislación hace referencia expresa a las Directivas Médicas Anticipadas, y también a la capacidad necesaria para determinarlas válidamente.

En efecto, el art. 11 de la ley 26.529 (sobre los derechos del paciente) expresa, en su parte pertinente: “Directivas anticipadas. *Toda persona capaz mayor de edad* puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud (...)” (el resaltado me pertenece).

La ley establece que la persona debe ser “capaz mayor de edad” (lo cual es tautológico, debió decir –en todo caso– solo “capaz”). Cabe tener presente la diferencia conceptual entre el concepto de “capacidad” para el derecho, y el de

---

*en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado*, DFyP, Buenos Aires, Thomson Reuters, 08/06/2015, p. 147.

<sup>8</sup> REYES, Romina D.; *op. cit.*, pp. 199 y 200.



“competencia” para la bioética <sup>9</sup>. La capacidad implica la aptitud legal para ser titular de derechos y de contraer obligaciones (de derecho), y la posibilidad de ejercerlos por sí (de hecho, o de ejercicio). Por su parte, la competencia supone una aptitud natural para comprender el significado de la información recibida, de las acciones tomadas y de sus consecuencias, en un contexto determinado. En este último caso, no importa la categoría jurídica del sujeto (es dable tener en cuenta que, desde lo jurídico, el principio es la capacidad y su restricción o la incapacidad deben estar expresamente establecidas por una sentencia judicial fundada en la ley), sino la posibilidad de entendimiento del mismo en un momento determinado. En definitiva, la competencia se emparenta con el discernimiento, y si bien éste también tiene alguna relación con la capacidad de ejercicio, es claro que una persona con su capacidad restringida, a pesar de tener discernimiento en determinado momento, sigue teniendo su capacidad limitada; mientras que la situación varía en el caso de la competencia, pues ésta depende exclusivamente de la posibilidad de comprensión del sujeto en el momento analizado, independientemente de cualquier preconcepto o categoría jurídica.

Así las cosas, es claro que hubiera sido plausible, en el artículo analizado, establecer como recaudo la competencia del sujeto y no la capacidad, pues de este modo una persona competente podría dictar sus directivas anticipadas aún con su capacidad restringida. Conceptualmente, hubiera sido saludable que una ley regida por contenidos bioéticos no quede encorsetada entre categorías jurídicas (“capacidad”) cuando tiene a mano conceptos más flexibles (como el de “competencia”).

En fin, la citada norma establece como edad mínima para dictar Directivas Médicas Anticipadas la de dieciocho años, pues se refiere al “mayor de edad”.

Por su parte, entre las disposiciones incorporadas a nuestro régimen legal por el nuevo CCC en referencia a los derechos personalísimos, se encuentra el art. 60, que dispone (en su parte pertinente): “Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad (...)” (el resaltado me pertenece).

Aquí también hubiera sido atinado hablar de “competencia” y no de “capacidad”, pero aún restringiéndonos a este último concepto, aparecen algunas inconsistencias en el CCC Ello, porque la incorporación de la palabra “plenamente”, deja fuera a las personas con capacidad de ejercicio restringida (no solo a los incapaces), lo cual no tiene sentido en la sistemática dispuesta en el código; ya que las personas con capacidad restringida requerirán de los sistemas de apoyo que se dispongan pero solamente respecto a los actos expresamente señalados por la autoridad judicial (art. 32 CCC), reteniendo la capacidad de

<sup>9</sup> La importancia del concepto de “competencia” en el marco bioético, y más específicamente dentro del consentimiento informado (lo cual es trasladable al de las directivas anticipadas) fue subrayado por MANZINI, Jorge Luis y SALVADOR, Horacio, en *La autonomía del paciente y el consentimiento informado*, Revista Quirón, La Plata, 1993, pp. 40 a 47.



ejercicio por sí para el resto de los actos, porque la capacidad de ejercicio se presume y las limitaciones a la misma son excepcionales y restrictivas (art. 31 CCC).

Es que si la sentencia que restringe la capacidad (lo que, por ende, convierte al sujeto en alguien que ya no es “plenamente capaz”) no limita el ejercicio de sus derechos personalísimos, sino que –por ejemplo- se limita al campo meramente patrimonial, no es lógico privar al sujeto de la posibilidad de dictar válidamente directivas médicas anticipadas. La misma situación aparece en el caso de la prodigalidad (único supuesto contemplado por el CCC para la inhabilitación, arts. 48 y ss.), en la cual no existe “capacidad plena”, pues la misma está levemente recortada.

En suma, podría interpretarse que el art. 60 del CCC quiso referirse a la plena capacidad solo desde la perspectiva de la edad (que se alcanza a los dieciocho años), para armonizar así su contenido con el art. 11 de la ley 26.529; pero hubiera sido preferible una redacción más cuidada de ambas normas, con referencia al concepto de “competencia”, para que no colisionen con las restantes disposiciones referidas a la capacidad de ejercicio.

Más allá de lo antedicho, es observable que mientras el art. 26 del CCC establece que una persona, desde los dieciséis años, es considerada adulta para tomar decisiones acerca de su propio cuerpo en materia de salud; tanto el art. 60 del mismo cuerpo legal como el art. 11 de la ley 26.529 requieren de dieciocho años para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas.

### 3. ¿ES COHERENTE EL SISTEMA PARA DETERMINAR LA EDAD MÍNIMA PARA DICTAR DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS?

Teniendo en cuenta lo dicho, así como los principios interpretativos elementales del Derecho, no se equivoca quien asegura que –conforme a nuestra legislación- la edad mínima para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas es de dieciocho años.

Ello, a raíz de lo indicado por los arts. 60 del CCC y 11 de la ley 26.529; y porque ante una aparente colisión normativa es necesario interpretar que –en principio- las normas no se excluyen entre sí, y que deben armonizarse para que ambas tengan validez. Para ello, es sabido que la norma específica es la aplicable si el caso concreto reúne los caracteres descriptos en su contenido, y no la general.

De este modo, si bien –en general- a los dieciséis años las personas tienen capacidad para disponer de su cuerpo en el ámbito de su derecho a la salud, para determinados actos (dictar Directivas Médicas Anticipadas, entre otros <sup>10</sup>) se requieren al menos dieciocho años de edad.

<sup>10</sup> La ley 27.447, en su art. 22, determina que pueden donar órganos y tejidos, entre vivos, las personas desde los dieciocho años de edad.

Ahora bien, ¿es razonable dicha diferencia de trato respecto de las Directivas Médicas Anticipadas?

La situación legal actual implica que un sujeto puede, desde los dieciséis años, disponer libremente de su cuerpo en cuanto a su salud, en tanto sus actos -o sus consecuencias- sean inmediatos; pero no pueden tomar esas mismas decisiones para que tengan validez y efectividad en el futuro. Dicho en otros términos, alguien de dieciséis años puede -por ejemplo- decidir que no practiquen sobre él una transfusión sanguínea que según sus médicos requiere de manera inmediata, pero no puede disponer tal negativa para el hipotético caso de que tal indicación médica surgiera en el futuro y el predisponente no tuviera competencia para tomar decisiones en ese momento.

Realmente, no luce razonable que, si alguien es considerado adulto para decidir acerca de su cuerpo con efectos inmediatos, no pueda disponer de su cuerpo con vistas al futuro. La diferencia de trato que existe en materia de donación de órganos puede fundarse en la importancia y gravedad de tales actos, que justifican un régimen diferenciado. Pero en el supuesto de las Directivas Médicas Anticipadas, estamos en el ámbito de los mismos actos de disposición del propio cuerpo, por lo cual esa justificación deja de existir. Si una persona puede tomar decisiones para que las mismas tengan consecuencias de manera inmediata, no tiene sentido que no pueda tomar las mismas decisiones para su hipotética aplicación futura <sup>11</sup>.

Parte de la doctrina jurídica ha efectuado bienintencionados esfuerzos para compatibilizar a los arts. 26 y 60 del CCC En tal sentido, se ha expresado que “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” <sup>12</sup>. En un sentido similar, se ha expresado que “La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12, consagra el principio según el cual el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio puede expresarse libremente en todos los asuntos que le conciernan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez. Como dice la Ley 26.061, en su art. 2, la Convención es de aplicación obligatoria en referencia al acto o decisión de cualquier naturaleza que adopte la persona menor de dieciocho años. A su vez, los niños,

<sup>11</sup> Recordemos, por otra parte, que en todos los casos -en todas las edades- las Directivas Médicas Anticipadas pueden revocarse o modificarse.

<sup>12</sup> CÓRDOBA, María M.; ECHECURY, Natalia A.; GRAIZZARO, Marianela R. y RAJMIL, Romina A. *Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida*, Revista del Notariado n° 926, Buenos Aires, 2016, p. 63.

niñas o adolescentes tienen derechos a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2 Ley cit.). Esos principios son de orden público, irrenunciables, intransigibles (cf. art. 2 cit.). Además, no puede obviarse lo previsto por la letra e) del art. 2 de la Ley 26.529 referida a los Derechos del Paciente y Muerte Digna, según la cual y en relación al derecho de aceptar o rechazar determinados tratamientos, dichos menores tienen derecho a la toma de decisión sobre terapias, procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud. De manera que el término *capaz* del art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser reorientado hacia una significación que le confiera coherencia y sistematicidad no solo metodológica, sino también funcional y que respete el contenido evolutivo de la categoría bajo análisis. De allí que no es un problema de capacidad jurídica, sino de competencia bioética”<sup>13</sup>.

Tal interpretación es posible, aunque requiere del otorgamiento de un sentido bioético a un vocablo que –por contexto– es estrictamente jurídico. En efecto, para arribar a tal conclusión debe equipararse “capacidad” a “competencia” (ya me referí a la diferencia entre ambos conceptos). Pero el término “capacidad” se encuentra inmerso en un CCC en el cual –en las restantes oportunidades en que se utiliza– tiene otra significación (la clásica capacidad de derecho –atributo de la personalidad–, o la de ejercicio); de modo que habría que otorgarle dos sentidos o acepciones diferentes a la misma palabra dentro del mismo cuerpo legal, lo cual –si bien es valioso debido a la finalidad que lo motiva– sería al menos discutible desde el punto de vista interpretativo. Por otra parte, no hay que olvidar que el art 11 de la ley 26.529 requiere expresamente la mayoría de edad para el otorgamiento de Directivas Médicas Anticipadas, por lo cual la interpretación antedicha no superaría todos los escollos (resulta imposible leer “mayor de edad” como “competente”).

Es evidente, entonces, que si al CCC (y a la ley sobre Derechos del Paciente) se le hubiera incorporado en toda su extensión el concepto bioético de “competencia”, se hubiera llegado a una norma (de bioderecho) adecuada<sup>14</sup>, y se hubieran evitado las inconsistencias y contradicciones normativas que surgen de los textos legales hoy vigentes<sup>15</sup>. Mientras éstos no se reformen, todos los intentos interpretativos son válidos para hacer justicia en los casos concretos; pero –en realidad– lo plausible sería proceder a una reforma legislativa que otorgue claridad y coherencia al sistema. De este modo no nos veríamos forzados a

<sup>13</sup> VALENTE, Luis Alberto; *Directivas anticipadas (Capacidad, competencia y legitimación)*, Perspectivas Revista de ciencias jurídicas y políticas, Universidad nacional de Rosario, 2020, pp. 87 y 88.

<sup>14</sup> Este tema es abordado en PELLE, Walter David; *Los derechos del paciente. Ley 26.529 comentada y concordada*, Mar del Plata, EUEM, 2021, pp. 143 a 150.

<sup>15</sup> “(...) la capacidad exigible por el art. 60 del Código Civil y Comercial (o como hace lo propio el art. 11 de la Ley 26.529) no se sumerge de plano en la verdadera dimensión práctica de la figura al considerar que las exigencias de fondo deben ser justipreciada de acuerdo a los principios tradicionales y no desde la perspectiva bioética. Ello genera un desbarajuste en la aplicabilidad de la categoría jurídica”. VALENTE, Luis Alberto, op. cit., p. 79.

encauzar los textos legales mediante interpretaciones que dejarían lugar a discrepancias y –lo más importante- podría evitarse la judicialización de los casos controvertidos.

## CONCLUSIONES

En síntesis, si se considera adulto a un sujeto desde los dieciséis años para el cuidado de su cuerpo, conforme el art. 26 del CCC (a pesar de no ser “plenamente capaz”), debería reconocerse que desde la misma edad la persona tiene derecho a determinar Directivas Médicas Anticipadas <sup>16</sup>. Ello, porque carece de sentido permitir que alguien tenga poder de decisión sobre su cuerpo y su salud para el presente, y no para el futuro.

Las Directivas Médicas Anticipadas no dejan de ser manifestaciones de la autonomía personal, del derecho a disponer del propio cuerpo, expresiones de consentimiento informado de ejecución condicionada y diferida; por lo que no está justificada la diferencia de trato en cuanto a la edad para otorgarlas, en relación al régimen general dispuesto para las personas mayores de dieciséis años dispuesto en el art. 26 del CCC.

Hay que admitir –más allá de la valoración que cada uno, desde su subjetivismo, pueda hacer acerca de lo dispuesto en el citado art. 26- que tendría solidez jurídica el sostenimiento de la validez de una Directiva Médica Anticipada generada desde los dieciséis años; apuntalado ello no solo por el art. 26 del CCC sino también por el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, con jerarquía constitucional a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN).

En tal sentido, entonces, se impone el análisis de una posible reforma legislativa, que abarque tanto el art. 60 del CCC como el art. 11 de la ley 26.529, legitimándose a toda persona competente mayor de dieciséis años a otorgar Directivas Médicas Anticipadas.

---

<sup>16</sup> “No se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes, como puede ser un adolescente, de la posibilidad de dejar establecido este tipo de provisiones, que se vincular con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad. A menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente y se encuentran en condiciones de opinar cabalmente sobre qué quieren y qué no para su vida e, incluso, de enfrentar la muerte” (CAMELO, Gustavo. *Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos*, en Derecho Privado, Año I, n° 1, Bioderecho, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 108 y 109).