

Comisión n° 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

## **“COMPATIBILIDAD ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LEYES ESPECIALES: MUERTE DIGNA Y PERSONAS MENORES DE EDAD”**

**Autores:** Patricio Jesús Curti y Leonardo Raúl Vítola\*

### **Resumen:**

*El análisis que merece el régimen de capacidad propuesto por el Código Civil y Comercial en contraste con la “muerte digna” supone la confrontación de dos cuestiones. Por un lado, el ejercicio de los derechos personalísimos por parte de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad y por el otro, la valoración de este derecho en su calidad de absoluto, innato e inherente.*

*Esto plantea una conjugación de los esquemas normativos con el afán de evitar ciertas limitaciones frente a determinados casos de edad y grado de madurez insuficientes. Sin lugar a dudas, la preocupación central de este trabajo gira en torno a este cruce, que, en caso de no encontrar un punto de inflexión, torna ilusorio el ejercicio de este derecho basado en la autodeterminación del sujeto.*

### **1. Principales directrices en las cuestiones relativas al régimen de capacidad**

El Código Civil y Comercial de la Nación (*en adelante CCyC*) en temas relativos a niños, niñas y adolescentes (*en lo posterior NNA*) ha tenido la misión de regular desde una visión inclusiva las diferentes realidades y proyectos de vida existentes en la actualidad, en compatibilidad con algunas leyes nacionales vigentes y la Convención sobre los Derechos del Niño (*en lo sucesivo CDN*).

Esta tarea de readecuación ha tenido como base dos principios fundamentales: el interés superior del niño y la autonomía progresiva. Ambos, consagrados en la CDN en sus artículos 3° y 5°, respectivamente y receptados por la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de NNA en su artículo 3°; despertando en la práctica diferentes posicionamientos sobre sus alcances, debido a las diferentes valoraciones que los operadores han realizado sobre estos ejes rectores<sup>1</sup>.

Dentro de este contexto, se vislumbra la noción de “capacidad progresiva”, superando las rígidas disposiciones del Código de Vélez, ajustándose precisamente a la edad y grado de madurez de los NNA, para el ejercicio de sus derechos<sup>2</sup>. Así las personas menores de edad, dejan de ser consideradas como objetos de protección para ser tenidas

---

\* Patricio Jesús Curti. Abogado. Profesor Adjunto, Universidad de Palermo. Ayudante de 2°, Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Leonardo Raúl Vítola. Ayudante Adscripto, Universidad Nacional de La Plata. Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

<sup>1</sup> Para profundizar sobre el tema ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, *La familia en el nuevo derecho*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, 2009, Santa Fe, pág. 197 y sig.

<sup>2</sup> Conf. a la concepción desarrollada en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2014, Santa Fe, pág. 115.

en cuenta como sujetos de derecho en desarrollo. A medida que crecen son poseedores de pensamiento abstracto y adquieren discernimiento para comprender el sentido de sus acciones<sup>3</sup>. Es decir que, no solamente resultan ser titulares de los mismos derechos que los adultos, sino que, además gozan de un “extra” justificado por su condición de persona en evolución.

Con estas bases, el CCyC en su artículo 26 establece un principio general: la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. Y, en un segundo momento -no obstante el principio trazado-, si el NNA cuenta con edad y grado de madurez suficiente podrá ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

En síntesis, se mantiene un sistema mixto con dos criterios bien marcados: uno rígido o herramienta objetiva -la edad- y uno flexible o herramienta subjetiva -grado de madurez-, resultando en este último necesaria la valoración de la condición personal en cada caso particular.

## **2. La autodeterminación en las personas menores de edad**

En materia de ejercicio de derechos, el CCyC receptando la distinción entre niños y adolescentes, establece la presunción de que todo adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir respecto de aquellos tratamientos que no resultaren invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave a su vida o integridad física. De tratarse de alguno de estos últimos supuestos, el adolescente debe prestar su consentimiento conjuntamente con la asistencia de sus representantes legales. Se agrega, que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto en las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Como vemos, en las personas entre trece y dieciséis años, aparece explícitamente la figura asistencial por parte de los progenitores, donde el consentimiento del adolescente no resulta ser suficiente, debiendo completarse con la asistencia de los adultos. Este esquema responde a una franja etaria que cuenta con la aptitud suficiente para comprender los actos médicos que se le informan y prestar el consentimiento informado respectivo, pero no la madurez necesaria para adoptar por sí solo una decisión dentro del abanico de posibilidades que se le muestran. Como lo prevé el artículo 26 del CCyC, ante el conflicto de intereses con sus progenitores, se resolverá 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, incluso con asistencia letrada en caso de ser necesario.

En miras de brindar pautas concretas al tema que nos ocupa, hay que decir que el derecho de autodeterminación es un derivado del principio de autonomía personal contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y que ha sido uno de los pilares más emblemáticos del CCyC. Este principio, a su vez, se deriva de la autonomía moral, basado en una teoría ética, donde se tiene la creencia de que las personas son capaces de creer lo que es éticamente o moralmente correcto, pudiendo discernir lo que está bien de lo que está mal, siendo la práctica de la discusión moral privativa del ser humano.

---

<sup>3</sup> Conf. a lo referido en: Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, *La familia...*, op. cit., pág. 345.

<sup>4</sup> Es dable subrayar que en caso de corroborarse los elementos subjetivos: edad y madurez, el NNA podrá ejercer únicamente aquellos derechos permitidos por ordenamiento jurídico (artículos 26, 684, 690, 1323, 1922 -inc. a-, entre otros).

De allí se deriva el principio de autonomía personal, siendo cada ser humano capaz de decidir lo correcto o incorrecto respecto del plan de vida elegido. Se protegen las acciones privadas, teniendo como único límite para poder ejercer esa autonomía personal, la afectación de la autonomía de terceros.

De esta manera, cuando la conducta es autorreferente -exclusivamente a la persona que cuida o descuida su salud-, y no comprometa a terceros, la interferencia del Estado u otros particulares deviene inconstitucional porque se trata de acciones privadas<sup>5</sup>. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo reciente en el que ha sostenido que la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional. En la misma línea, señaló que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación<sup>6</sup>.

Desde una visión humanística, es necesario identificar a la autonomía con la noción de libertad. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse, escogiendo libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana<sup>7</sup>.

Esta concepción implica que a través de la autonomía de la voluntad, cada persona pueda decidir de manera independiente en torno a su persona y que su ejercicio constituye un principio general del derecho de fuente constitucional<sup>8</sup>.

En correspondencia con la “muerte digna”, estos preceptos operan como la garantía de los derechos individuales del paciente y, como es lógico, el principio se verifica a través de las decisiones que adopta el mismo, de conformidad con la información que se le brinda y que le posibilita obtener una comprensión adecuada sin ningún tipo de interferencias.

Desde la bioética, la autonomía de la voluntad<sup>9</sup>, no es un atributo absoluto sino que resulta variable en función de innumerables circunstancias personales que difieren según algunos factores determinantes para que una persona pueda ser competente para adoptar una decisión bajo alguna de ellos e incompetente bajo otros<sup>10</sup>.

En otro orden de consideraciones, la “dignidad”, como valor espiritual y moral inherente a la persona, independientemente de su condición, cuyo fin es el preservar la esfera personal del ser humano y el pleno desarrollo de la personalidad, se manifiesta en la autodeterminación, que se refleja en el ejercicio de los derechos de la personalidad.

Cabe señalar que existe una clara vinculación entre la dignidad de la persona y su autogobierno en la medida en que su competencia lo permite. La falta de autonomía del

---

<sup>5</sup> Bidart Campos, Germán J., *La salud propia, las conductas autorreferentes, y el plexo de derechos en el sistema democrático*, 11 de Diciembre de 1995, Revista de Derecho n° 8894, Universitas SRL.

<sup>6</sup> “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 07/07/15.

<sup>7</sup> Conf. a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, 28/11/2012 (párrafo 142).

<sup>8</sup> Conf. a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997.

<sup>9</sup> En este sentido hay que destacar que integra uno de los cuatro pilares propios de esta rama de la filosofía junto con los principios de “beneficiencia”, “no maleficencia” y “justicia”.

<sup>10</sup> Para ampliar ver: Gherardi, Carlos R., *La muerte intervenida- soporte vital: abstención y retiro en el paciente crítico*, pág. 388.

sujeto no le priva de su dignidad efectivamente. Sin embargo, la dignidad del sujeto exige que se autogobierne en la medida en que tenga competencia para ello.

Ahora bien, el tema central en miras de la condición de NNA como sujetos plenos de derecho, es la evaluación del grado de autonomía para expresar una decisión trascendental en torno a su salud y su vida, ya que el principio de la autonomía exige el respeto a la decisión de las personas involucradas. Resulta imprescindible verificar que la persona esté en condiciones de discernir y evaluar las consecuencias de su decisión luego de haber sido informado debidamente. Sin lugar a dudas, para cumplir este objetivo debe requerirse la opinión interdisciplinaria correspondiente<sup>11</sup>.

Uno de los precedentes más resonantes a nivel internacional, que ha construido los cimientos en el tema en análisis, ha sido el caso “Gillick” de 1985 decidido por la Cámara de los Lores en Inglaterra, en donde se determina el alcance de los derechos de los progenitores con respecto a sus hijos: existen sólo para beneficio de ellos y para permitirles cumplir sus deberes como responsables, por un lado y a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico, no concluyendo cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta.

A partir de este caso, en la idea de que la conciencia del propio cuerpo está dada mucho antes del alcance de la mayoría de edad, configurándose una nueva categoría de NNA “*competent*”, conformada por todos aquellos que sin contar con la edad que los ordenamientos legales establecen para prestar un consentimiento válido, pueden hacerlo en función de su grado de madurez o desarrollo. Un NNA es *competent* si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender y madurez para expresar su voluntad respecto al tratamiento específicamente propuesto<sup>12</sup>.

El CCyC recepta estas reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de competencia diferenciándola de la capacidad civil<sup>13</sup>. De este modo, la capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que puede tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos<sup>14</sup>.

Previo a la sanción del CCyC, la Ley 26529 de Derechos del Paciente (modificada por la Ley 26742) recepta en el artículo 2º el principio de la autonomía de la voluntad del paciente, a través del derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. En el caso de los NNA, refiere que tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Asimismo preceptúa que el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de

---

<sup>11</sup> Es útil saber que la Ley 24742 (B.O. del 23/12/96) impone la obligatoriedad de crear “Comités Hospitalarios de Ética” en todo nosocomio del sistema público de salud.

<sup>12</sup> Highton, Elena, *Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial*, LL, 13 de Abril de 2015.

<sup>13</sup> Para ampliar, Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en “La persona humana”, pág. 249 y ss., Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001.

<sup>14</sup> Highton, Elena y Wierzba Sandra, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 87.

medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También, pudiendo rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminar irreversible o incurable.

Se establece, entonces, que los NNA tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061, receptando de esta manera algunos principios constitucionales-convencionales. Si bien esta premisa no resulta ser clara y precisa en el alcance del reconocimiento de la competencia o aptitud que van adquiriendo, en su artículo 14 se les garantiza el acceso a los servicios de salud, implicando “tácitamente” un reconocimiento del ejercicio progresivo de sus derechos en lo que a este tema respecta.

El CCyC reconoce esta progresividad en el ejercicio de los derechos personalísimos y particularmente, desde la óptica de la ley de “muerte digna” y en lo referente al rechazo de procedimientos de hidratación y/o alimentación, cabe decir que los mismos importan intervenciones invasivas que implican medios artificiales a permanencia, frente a los cuales y conforme lo trazado, resta preguntarnos cómo ejercen un derecho personalísimo aquellos que no han arribado a la edad y grado de madurez suficiente<sup>15</sup>.

### **3. Consentimiento informado y directivas médicas anticipadas**

El derecho de autodeterminación -que a su vez identificamos con el concepto de libertad- se encuentra íntimamente ligado al “consentimiento informado”.

En consonancia con la Ley 26529, el CCyC regula en el Capítulo 3 del Título I lo relativo a derechos personalísimos, el consentimiento informado y las directivas médicas anticipadas, en sus artículos 59 y 60 -respectivamente-.

El primero, es una explicación efectuada frente a un paciente que, en uso de su razón, puede entender el diagnóstico de su enfermedad, los efectos de la misma, como así también los riesgos y beneficios de la terapia recomendada. La aceptación del tratamiento por parte de quien recibe esa información debe ser libre y voluntaria<sup>16</sup>. Se busca fomentar la participación del principal interesado, promoviendo su corresponsabilidad en la toma de decisiones médicas.

La Ley 26529 (y su modificatoria, Ley 26742), como dijimos, permite la intervención de NNA conforme la Ley 26061 y, a su vez, aclara que en los supuestos de incapacidad, imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la Ley 24193 de “Trasplantes de órganos y material anatómico”.

Aquí debemos destacar dos cuestiones. La primera es que el consentimiento informado está regulado dentro del capítulo de los derechos personalísimos y por lo tanto rigen los límites contenidos en los artículos 55 y 56 del CCyC para el consentimiento subrogado, siendo legítimo cuando el tratamiento tiende a la preservación o al mejoramiento de la salud de la persona. La segunda, resulta acertada en función de especificar quienes pueden prestar el consentimiento en los casos de imposibilidad mencionada, alejándose de la recepción que hace la ley al artículo 21 de la Ley 24193, en tanto las personas allí

---

<sup>15</sup> Compulsar: “M.A.D. s/ Declaración de Incapacidad”, 07/07/2015, AR/JUR/24366/2015

<sup>16</sup> Definición extraída de: Saux, Edgardo y Crovi, Luis Daniel, *Muerte digna en pleno debate*, obra colectiva, Derecho Privado, publicado por Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2012, año I, n° 1, pág. 137.

enumeradas satisfacen un principio valioso de solidaridad social y derechos sobre la disposición del cadáver, que difiere sustancialmente de la prevalencia de los derechos de la propia persona<sup>17</sup>.

Por su parte, en el artículo 60 regula la posibilidad de dictar directivas anticipadas. Allí se establece que para el otorgamiento de las mismas se requiere plena capacidad, manteniendo lo establecido por el artículo 11 de la Ley 26529 (y su modificatoria). La norma deja afuera a los NNA, requiriendo plena capacidad para el otorgamiento de la directiva médica anticipada.

A diferencia de lo normado por el artículo 26 del CCyC que admite la “competencia” para la toma de decisiones en materia de estos derechos de la personalidad y brindar un consentimiento informado, las directivas médicas anticipadas constituyen un acto previo, donde no existe una relación médico-paciente en el cual se informe sobre las consecuencias de la decisión, resultando completamente ajena dicha circunstancia a la aptitud que prevé el mentado artículo.

#### **4. Un cruce conflictivo: la “muerte digna” y las personas menores de edad sin posibilidad de ejercerla**

*¿Qué sucede con todos aquellos NNA que no cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente para ejercer sus derechos personalísimos?* En principio, habrá que señalar que estos derechos son subjetivos, privados, innatos y vitalicios, teniendo por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ellos, adquiere especial relevancia el derecho a la propia vida, y las facultades respecto del propio cuerpo, a la salud y a la integridad física en sus diversas manifestaciones<sup>18</sup>.

En un caso en el que se encontraba involucrado un niño, se afirmó que *la decisión sobre la disposición de la propia vida no puede emerger de una presunción legal o judicial, ni resultar de la voluntad de representantes legales. La manifestación expresa de la libre disposición de la vida no admite subrogancias de ninguna especie*<sup>19</sup>. Estas aseveraciones traen consigo algunas reflexiones acerca del ejercicio de los derechos de la personalidad en NNA, importando repensar el rol de los progenitores como un tema determinante: no lo harán en carácter de representantes legales (bajo la concepción tradicional), pero sí como responsables de la protección, desarrollo y formación integral<sup>20</sup>. En principio, hay que decir que el desplazamiento de la representación legal de los progenitores en el ejercicio de los derechos personalísimos no supone la exclusión absoluta de su intervención como titulares de esta función. En este sentido, su fin luce transparente: se trata de deberes-derechos reconocidos a los progenitores por el ordenamiento interno con el solo fin de que NNA logren el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos de acuerdo a su competencia.

El papel que les corresponde a los adultos no puede ser de representación -de actuar por otro, sustituyendo la voluntad-, se concreta en un deber de asistencia entendido como un

---

<sup>17</sup> Cantafio, Fabio Fidel, *La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código*, LL, 16/11/2012, 2012-F 988, cita online AR/DOC/3744/2012.

<sup>18</sup> Highton, Elena, Rev. Dcho. Priv. y Comunitario, Ed Rubinzal-Culzoni, pág. 169 y sig.

<sup>19</sup> Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 de Neuquén, “N. N.”, 20/03/2006.

<sup>20</sup> De conformidad con el concepto de “Responsabilidad parental” que ofrece el artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación.

acompañamiento vigilado para la toma de decisiones de manera autónoma. Tanto asistencia como representación tienen alcances bien diferenciados, en tanto esta última implica un mecanismo de sustitución de la voluntad del niño, mientras que la primera prevé un acompañamiento justificado con miras a la protección del niño en el desarrollo de su personalidad<sup>21</sup>. Bajo ningún aspecto se puede perder de vista el carácter personalísimo de la autodeterminación y la dignidad. El ejercicio es exclusivo de sus titulares. De ahí, que no quepa su ejercicio por sustitución. Reiteramos que la intervención parental apuntará a la asistencia y el acompañamiento.

Entre algunas de las consideraciones realizadas por el Consejo de Europa<sup>22</sup> se ha reseñado la necesidad de realizar ajustes en función de las limitaciones específicas que requiera cada situación particular. En función de lo referido en el apartado anterior, el alcance de la actuación de los progenitores, puede ser entendido como se señala en el documento elaborado por el organismo, es decir, cuando se trate de NNA cuya competencia para la toma de decisiones es evaluable, el proceso alcanza una dimensión “colectiva” (personas menores de edad, conjuntamente con sus adultos responsables).

Precisando sobre el interrogante propuesto al iniciar el presente apartado, a priori y volviendo a la naturaleza de los derechos personalísimos, pareciera que solo podrían ser ejercitados en forma exclusiva por los NNA de acuerdo a su competencia, excluyendo en todo momento el ejercicio por representación<sup>23</sup>. De esta manera, una franja etaria -sin determinación concreta-, quedaría privada del ejercicio del derecho reconocido por la Ley 26529 (y su modificatoria), suponiendo el absurdo de que la “muerte digna” en casos de NNA sin la autonomía suficiente se torne abstracta. Para estos supuestos excepcionales queda la posibilidad de la actuación de los progenitores como los principales responsables de la protección de sus hijos y sus derechos.

En pos de encontrar una solución para este supuesto, donde el ejercicio del derecho importa una situación irreversible, se podría ensayar una respuesta basada en la “teoría del interés”<sup>24</sup>. La misma alteraría el principio conforme al cual no cabría representación en el ámbito de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos, que pueden ser contemplados como habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro. Es decir, no tendría por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien tácticamente realiza parte de sus contenidos fueran personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe un solo interés. No se trataría, por tanto, de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante

---

<sup>21</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, *La familia...*, op. cit. pág. 349.

<sup>22</sup> Ver “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida” (2015). Disponible en: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FdV%20esp.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FdV%20esp.pdf) (compulsa efectuada el 03/08/15).

<sup>23</sup> En nuestro país hay varios precedentes. Podemos citar la admisión de ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de sus padres (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 14/10/2003); la continuación de embarazo adolescente (J. Flia N° 1 Mendoza, “B., L. A.”, 16/09/2008); la autorización de intervención quirúrgica de readecuación sexual y registral peticionada por un adolescente (Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de 2da. Nominación de Villa Dolores, “C. J. A. y otra s/ solicitan autorización”, 21/09/2007), entre otros.

<sup>24</sup> Citando a Alaéz Corral, Benito (por Tutor, Aránzazu Bartolomé, *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Ed. Aranzadi SA, 1° Edición, abril 2015, España, pág. 166.

su identificación funcional. A ellos, se uniría la expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección, dirigido tanto a los progenitores como a los poderes públicos, que justificaría que la persona menor de edad, titular del derecho y de su ejercicio, lo haga a través de un representante, cuando no le sea posible ejercerlo personalmente.

A los fines de darle contenido a esta teoría, un criterio orientador posible, viene dado por el reconocimiento de la dignidad de las personas que impide que las prácticas médicas sean desarrolladas sin satisfacer ningún interés del paciente, o lo que resulta equivalente, asegurando su sobrevivencia en detrimento de la dignidad humana, según la opinión unánime de los facultativos intervinientes y principalmente, teniendo como eje el interés superior del NNA.

#### **4. Conclusión**

Con el objeto de fijar pautas aplicativas, teniendo en mira el régimen de capacidad que ha comenzado a regir a partir del 1° de Agosto de este año, nos hemos planteado la necesidad de repensar algunas cuestiones vinculadas al ejercicio del derecho a la “muerte digna” consagrada por la Ley 26529 (y su modificatoria, Ley 26742) en NNA, partiendo de la conceptualización que merece como derecho personalísimo.

En el caso aquellas personas menores de edad que cuenten con la competencia necesaria, los inconvenientes quedan reducidos por la aplicación de la regla del artículo 26 del CCyC. Ello no es así cuando se pretende manifestar la voluntad para un supuesto futuro en donde no pueda ser exteriorizada. Tal es el caso de las directivas anticipadas. Al respecto sostenemos que si bien la norma a su respecto tiene una loable intención de proteger, estimamos que debe dar un paso al costado abriendo camino a mayores posibilidades para ejercitar el derecho personalísimo al que referimos.

Ahora bien, independientemente de las pautas objetivas que nos brinda el nuevo régimen, la valoración del grado de madurez suficiente será el punto clave para validar la toma de decisiones que implique el ejercicio de este derecho.

Por ello, a los fines de viabilizar una solución al esquema propuesto por nuestra normativa de fondo y en virtud de la premisa basada en que el ejercicio del derecho que venimos hablando -inherente a todo ser humano- no podría ser ejercido por sustitución de los representantes legales, resaltamos la nueva visión de la responsabilidad parental, direccionada al acompañamiento y la asistencia, en todo el espectro etario de las personas menores de edad.

Hemos planteado que para evitar que la imposibilidad del ejercicio por falta de competencia de este derecho basado en la autodeterminación, la libertad y la dignidad, torne abstracta su existencia y los convierta en “potenciales” supeditados al alcance de esa madurez requerida habrá que detenerse en las particularidades del caso y las condiciones particulares.

Para ello, en principio, frente a estos supuestos que podrían presentarse, excepcionalmente, será aplicable la “teoría del interés”. La misma se basa en que para el derecho existe un solo interés, deslindando la identidad entre titular y ejerciente del derecho, apuntando a la identidad funcional que ambos cumplen en pos de ese interés, lo que justificaría que la persona menor de edad, titular del derecho y de su ejercicio, lo haga a través de un representante, cuando no le sea posible ejercerlo personalmente,



bajo criterios orientadores otorgaos por la opinión unánime de los facultativos intervinientes y enmarcado en el interés superior del NNA, basándose en el hecho de evitar el desarrollo de prácticas médicas que aseguren la sobrevivida en detrimento de la “dignidad humana”.