

Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Lily R. Flah

Publicación: www.nuevocodigocivil.com

Las figuras de directivas anticipadas y muerte digna han sido consagradas legislativamente en nuestro país, en primer término a nivel provincial, mediante la sanción por la Provincia de Río Negro, de dos leyes consecutivas; la primera n° 4263 “Voluntad Anticipada” y la inmediatamente posterior n° 4264 cuyo artículo segundo refiere en el primer apartado a la muerte digna y en los dos siguientes a las directivas anticipadas.

La Provincia de Neuquén, posteriormente, sancionó la Ley 2611 “Derechos del Paciente”, cuyo artículo 13 regula esta institución bajo la denominación de “instrucciones previas”.

Estas provincias han tratado de legislar sobre aspectos relativos a la regulación del ejercicio de la medicina pero sin duda la forma de extinción de la vida y el ejercicio de los derechos personalísimos aparecen como reservados a la legislación nacional.

En el ámbito nacional, las directivas anticipadas fueron incorporadas en la Ley Nacional 26.529, denominada “*Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”, cuyo artículo 11 estableció: “*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. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*”.

Se ha señalado que el ingreso de este instituto a nuestra legislación nacional ha sido tímido e incompleto, puesto que no se ha legislado sobre la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones. Tampoco sobre la posibilidad de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse.

Es fácil advertir que las instrucciones dadas en instrumentos anticipados que aludan a un determinado tratamiento, pueden perder vigencia al momento de hacerse efectivas, por ejemplo, si se trata de opciones terapéuticas que han caído en desuso, contrariamente, al ser emitida la declaración, los tratamientos que se rehúsan presentaran riesgos graves que, por el avance tecnológico, resulten posteriormente inexistentes, circunstancias que habrán de ser ponderadas en cada caso en particular.

En mayo del 2012, luego de varios debates bioéticos, el Congreso de la Nación sanciona la llamada “*Ley de Muerte Digna*” 26.742, la cual viene a significar una modificación o bien un agregado de aspectos que habían sido

incorporados en su momento por la ley 26.529, sobre los Derechos de Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Este aparente retoque legislativo implicó una concreta transformación en el conjunto de los derechos individuales, y expresa efectivamente el privilegio que aún goza la autonomía de la voluntad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dado que con él vemos como se amplía el ámbito de libertad de los ciudadanos.

Directivas anticipadas es un término general amplio, que se aplica tanto a los testamentos vitales como a las designaciones de un representante para el cuidado de la salud. El testamento vital se extiende de muchas formas diferentes e intenta especificar con anticipación qué clase de tratamiento una persona desea y cuál no para el caso de que pierda su capacidad para comprender las opciones y tomar decisiones libres. La designación de un representante para el cuidado de la salud, también llamada poder “a futuro”, significa que una persona particular es asignada para tomar decisiones del cuidado de la salud si y cuando una persona pierde su poder en la toma de sus propias decisiones.

Se considera que el testamento vital y el representante para el cuidado de la salud (“*health care proxy*”) deberían armonizarse y complementarse el uno al otro. Lo que una persona elegiría para si es regla de oro en la toma de decisiones médicas. Las decisiones libres e informadas de la persona respecto a recibir un tratamiento o no se expresan en un testamento vital. El representante para el cuidado de la salud designado tiene el deber de elegir por el paciente cuando este pierde su poder de toma de decisiones. Lo que elija el representante que toma la decisión debería ser lo que la persona desearía si fuere competente. El representante debería conocer esto, de haberse comunicado con la persona. El testamento vital de una persona proporcionara también alguna dirección. Sin un testamento vital el representante que toma la decisión tiene que fiarse de conversaciones específicas sobre tratamientos médicos o de un conocimiento general de los deseos de la persona.

El artículo 60 del Código civil y Comercial de la Nación consagra: *“Directivas médicas anticipadas. 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. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

La importancia del precepto radica en incorporar a nivel nacional la temática del reconocimiento de los derechos personalísimos, sorteando la limitación constitucional a legislar sobre salud, en principio, de competencia

federal, en sincronía con la impronta del Código, constitucionalizando el Derecho Privado conforme bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 C.N.).

De este modo se tutela específicamente a la persona humana como tal, recogiendo legislativamente los nuevos paradigmas jurídicos de respeto a la persona, reconociendo su inviolabilidad y su dignidad, sin descuidar los paradigmas de solidaridad y responsabilidad social.

Los fundamentos exteriorizados en los fundamentos del proyecto establecen: *“La construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central del Proyecto, lo cual puede verificarse en numerosos aspectos por ejemplo: la consagración de la capacidad como regla (arts. 22 y ss.), imponiendo la carga argumentativa a toda restricción (art. 31 y ss.), las medidas de apoyo (art. 43 y ss.), el amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (art. 51 y ss.); el valor otorgado a la autodeterminación con relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56, 58, 59, 504 y cc) en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51, 52, 279 y 1004).*

Estas normas se inscriben en una fuerte tradición humanista”.

El artículo legislado es similar en lo esencial al proyectado, habiéndose omitido agregar “por quien la manifestó” al señalar que la voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Es importante en orden a la protección a las directivas anticipadas, prever, recogiendo un reclamo de la doctrina, el “mandato en previsión de la propia incapacidad”, pues permite conferir mandato respecto de la salud y en previsión de la incapacidad, privilegiando la autonomía y por ende el consentimiento informado.

El “testamento vital”, o directiva anticipada, implica una anticipación temporal de esa manifestación de la voluntad, normalmente hecha – y pre constituida formalmente para su prueba ulterior- cuando la persona se encuentra sana, o al menos en pleno uso de sus facultades intelectivas y emocionales, y con plena capacidad de obrar, lo cual aventa los riesgos de descalificación por vicios del consentimiento.

Y como tal, como manifestación anticipada de la voluntad para hacerse operativa en supuestos futuros y normalmente eventuales (puede no enfermarse, y morir súbita o trágicamente en un accidente, o por suicidio u homicidio), tiene dos vertientes o alternativas, ambas enunciadas en la norma comentada: puede decir que tipo de prácticas médicas no quiere recibir en caso de encontrarse en el supuesto contemplado en el artículo anterior (en cuyo caso anticipa su negativa a las mismas, que debe enunciar, existiendo en ello una directa vinculación entre este artículo y el inciso g, del artículo 59 de este mismo Código), haciéndolo de modo directo o bien designando a quien o quienes lo harán por él si él no puede hacerlo por su futuro estado de salud; o bien puede tomar previsiones para su propia incapacidad, designando a quién será su curador

y quién, por ende, dispondrá por él de sus bienes y de su persona con el debido control judicial.

En línea con la apuntada conveniencia, posibilita que la declaración de voluntad expresada en un acto jurídico unilateral relativa al cuidado para la propia discapacidad se complemente con la designación de un mandatario o encargado de hacerla cumplir.

No es un dato menor vincular lo señalado con el reconocimiento que hace al Código de la autonomía progresiva o competencia, propia de la bioética

La noción de competencia pone en jaque y obliga a efectuar una nueva lectura a las normas de capacidad de los menores previstas por las leyes civiles en lo que atañe al ejercicio propio de sus derechos personalísimos.

Impone analizar en el caso concreto si el sujeto puede o no entender acabadamente qué se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores.

En síntesis, se trata de reconocer el carácter de sujeto de derecho a las niñas, niños y adolescentes, articulando su edad y su grado de madurez.

El art. 26 del Código recoge esta concepción: *“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. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.*

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

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”.

La letra de este artículo permite advertir una cuestión que demanda ser remarcada, toda vez que de ella se siguen un conjunto de derivaciones que tienen un impacto directo sobre la temática en examen: en tal orden de ideas, la decisión respecto a la conveniencia o inconveniencia de llevar adelante este tipo de actos se encuentra en cabeza de la persona menor de edad, quien contará a tales efectos con la colaboración de sus padres. Y ante cualquier discordancia que pudiera surgir entre ellos, corresponderá a la instancia jurisdiccional competente

resolver tomando en consideración en el caso concreto cuál es el mejor interés del adolescente, en lo tocante al camino que sigue de la realización o no del acto que se pretende llevar a cabo, siempre en base a la opinión de los profesionales del campo médico.

Los adolescentes incluidos en la segunda franja etaria (mayores de dieciséis años) son equiparados a los adultos en lo que hacen a las decisiones de este tenor.

Regular de esta manera conlleva un progreso con respecto a la legislación anterior dado que no existe obstáculo legal alguno para admitir esta facultad en tanto los principios constitucionales imponen justamente una interpretación favorable.

www.nuevocodigocivil.com