

DIRECTIVAS ANTICIPADAS.

IMPORTANCIA SOCIAL Y FAMILIAR.

Por Marcela Claudia Berenguer

INTRODUCCIÓN

Desde hace años la realidad social ha cambiado. Los viejos parámetros demográficos y también los lazos familiares se han visto modificados con el paso del tiempo, la modernidad y la evolución científica.-

Existe un fenómeno demográfico actual, un nuevo grupo social formado por hombres y mujeres de más de 60 años independientes, con plenitud física e intelectual.-

Es decir, cada día vivimos más tiempo y la ciencia ha avanzado con la finalidad de proteger la salud de las personas. Sin embargo, debemos asumir la posibilidad de un deterioro cognitivo en algún momento de nuestras vidas.

Es indudable que quien goza de una capacidad plena, cuando se supera la edad activa, quiera hacer conocer su voluntad, para que se ejecute ante la hipotética situación de pérdida de su capacidad.-

Frente a estas situaciones es aplicable el derecho de autoprotección.

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN.

Este derecho que tiene como antecedente los testamentos vitales o living will, que tuvieron su origen y desarrollo a partir de los años 60 en los Estados Unidos de América, se encuentra parcialmente legislado en la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 y en el art. 60 del C.C.y C.N, como directivas médicas anticipadas.-

Sin embargo, su contenido es más amplio que el legislado en dichas normas. Abarca disposiciones respecto de distintos temas: personales, patrimoniales, etc. El contenido y temática dependerá de la voluntad de cada persona en particular, de su situación familiar, social, cultural, es decir de su escenario de vida al momento de expresar su voluntad, la referencia a los distintos temas que quiera definir.-

Es el derecho "de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento".

Este derecho se encarga de la protección de la dignidad de la persona humana, valor fundamental e inherente a ella, reconocido en el art 51ⁱⁱ del nuevo Código Civil y Comercial.-

Incluimos en la "dignidad humana" el derecho a la libertad y a la igualdad, consagrados en nuestra Constitución Nacional y por supuesto también en el nuevo Código como derechos personalísimos.-

Resulta imprescindible el reconocimiento a **toda persona humana** del derecho de expresar con **libertad** su voluntad para establecer las directivas respecto de su salud, su persona y sus bienes en caso de no poder decidir por sí misma ante su posible insuficiencia cognitiva.-

NUESTRA LEGISLACIÓN.

Evolución y legislación vigente:

La situación de las personas mayores de edad que por alguna causa, no podían administrar sus bienes o su persona por sí mismas, era resuelto por el Código Civil de Vélez imponiendo un régimen imperativo basado en el aforismo "la ley piensa por el incapaz"ⁱⁱⁱ.

La tendencia jurídica actual que se vio reflejada en el Código Civil con la reforma introducida por la ley 26.657 ahora plasmada en plenitud en el nuevo Código Civil y Comercial, es permitir la participación de aquella persona cuya capacidad está restringida en la realización de sus actos.-

Con más razón, la legislación debe respetar la autonomía de la voluntad de la persona humana que determina directivas anticipadas ante su hipotética incapacidad psíquica.-

En el año 2009 fue sancionada la ley 26.529 que en su art. 2º inc. e)^{iv} establece expresamente el derecho de toda persona humana a decidir respecto de los procedimientos médicos a los que puede ser sometida, valorando la autonomía de la voluntad.

En igual sentido, en su art. 11^v, regula la posibilidad para la persona capaz de establecer las directivas de salud que estime convenientes ante el caso de su propia incapacidad.

Dicha ley fue reformada en el año 2012 por la ley 26.742 que modifica el inc. e) del art. 2º^{vi}. Se incorporó un párrafo que otorga al paciente, que se encuentra en situación terminal, la potestad de rechazar procedimientos quirúrgicos e incluso de hidratación o alimentación cuando la situación sea irreversible.

Además se agregó un segundo párrafo al art. 11^{vii} que determina la formalidad requerida para las disposiciones anticipadas, éstas deberán realizarse ante escribano público y con la presencia de dos testigos.-

Dicha formalidad se detalla en el decreto reglamentario (Decreto 1089/2012)^{viii}.

Es interesante destacar algunas prescripciones que establece el decreto mencionado, tales como:

1. Las directivas anticipadas del paciente deben ser agregadas a su historia clínica.-
2. El paciente puede designar un interlocutor que procure el cumplimiento de sus directivas.-
3. Si el médico interviniente entiende que la voluntad del paciente implica una práctica eutanásica debe consultar al comité de bioética e incluso puede negarse a intervenir, amparándose en la objeción de conciencia.
4. Cuando el paciente rechace las medidas de hidratación o alimentación se deberán mantener los cuidados paliativos a fin de evitar el sufrimiento.
5. El paciente podrá revocar en cualquier momento sus directivas anticipadas, incluso verbalmente en caso de no poder hacerlo por escrito.
6. Las directivas anticipadas deberán realizarse en un solo documento, donde se designe al representante, quien deberá firmar dicho documento aceptando su designación.
7. El acto deberá celebrarse ante escribano ante la presencia de dos testigos.
8. Finalmente se recomienda su registración.

El Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1º de agosto de este año regula las directivas médicas anticipadas en el art. 60^{ix}.

El nuevo Código no deroga la ley 26.529 ni su modificatoria 26.742, sino que legisla en forma general, ratificando el derecho del paciente a decidir sobre los tratamientos médicos futuros.

Asimismo prevé la posibilidad de nombrar un representante no solo para decidir en cuanto a los tratamientos médicos sino también para ejercer la curatela, en consonancia con el art. 139 del mismo código.-

Esta innovación es muy importante para completar el derecho de autoprotección, pues el curador no solo podrá ocuparse de la salud del paciente sino también podrá tener facultades para administrar sus bienes, conforme las reglas que rigen la curatela que remiten a la tutela (art. 138 y 117 y ss C.C.y C.N.)

Finalmente fija como límite a estas directivas anticipadas aquellas que impliquen prácticas eutanásicas.-

En consecuencia, estando vigentes ambas regulaciones deberán armonizarse, aplicando el código y respecto de lo que éste no legisla, por ejemplo la forma, deberá aplicarse la ley 26.529 y su reglamentación.-

La mayoría de las legislaciones de distintos países, regulan la protección del paciente, incluyendo la posibilidad de establecer directivas anticipadas.

En España se sancionó la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, creando además un Registro Nacional de Declaración de Voluntades Anticipadas, al cual han adherido las distintas comunidades autónomas como Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana, Madrid, País Vasco, etc.-

CONCLUSIONES.

Como consecuencia del análisis realizado podemos concluir que cualquier persona mayor de edad tiene el derecho y la responsabilidad de tomar decisiones anticipadas y hacerlas conocer para el hipotético caso de encontrarse en una situación vulnerable.-

1.- Tomar decisiones anticipadas implica informarnos, conocer las consecuencias que podría tener la aplicación de esas directivas.-

Especialmente si llegan hasta el límite legal de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación. En estas circunstancias la persona estará interesada en conocer cuál es el límite para no incurrir en eutanasia pasiva.-

De este modo si la persona presta su consentimiento informado respecto de dichas directivas contribuirá a la seguridad jurídica que la sociedad pretende frente a estas situaciones.-

Los médicos involucrados y el comité de bioética que participe, llegado el caso en concreto, no necesitarán una orden judicial que despeje dudas, sino

que aplicarán la voluntad de quien en forma expresa, clara y fundamentada anticipó su voluntad.-

2.- Tomar decisiones anticipándonos a un posible deterioro mental es responsabilizarnos personal y conscientemente de nuestra vida.-

Dichas directivas permitirían que la familia acepte nuestras decisiones sin dudar, suavizando la angustia y la presión de disponer procedimientos drásticos para la vida del paciente.-

3.- Necesidad de educación: Todo esto sólo es posible si la sociedad es instruida respecto de lo que dice la ley.-

La persona humana debe conocer los derechos y garantías constitucionales y los derechos civiles que lo acompañarán en todos los actos de su vida, para decidir con conciencia su accionar presente y futuro frente a los otros miembros de la comunidad.

El respeto a la autonomía de la libertad del hombre en cuanto a las directivas anticipadas quedaría absolutamente reconocido si se implementan mecanismos que permitan conocer estos derechos.-

Asimismo somos nosotros los abogados y escribanos quienes debemos otorgar un asesoramiento personal y legal adecuado a fin de que la voluntad del otorgante se exprese de manera clara y fehaciente.-

5.- Por otra parte no podemos olvidar que la familia está en constante evolución, modificando su estructura, incorporando actualmente el concepto de familias ensambladas.

Tendremos entonces distintos escenarios familiares respecto de los cuales, solo la persona perteneciente a ellos, sabe qué actitud tomará su familia en caso de tener que decidir por ella. La ley entonces le permite anticipar sus directivas ante circunstancias en que no podrá decidir por sí mismo.-

Esta actitud individual de la persona contribuirá al orden social, a la armonía de la convivencia y al respeto de la voluntad privada.-

6.- Finalmente, las directivas anticipadas no sólo deben abarcar las decisiones de carácter médico sino también otras de cualquier índole, tales como: designación de curador, directivas respecto de la administración y disposición de sus bienes, relativas a cuestiones cotidianas, a la vivienda, al cuidado de su persona, etc. Es decir todo aquello, que la persona en pleno uso de sus facultades, quiera dejar previsto ante la pérdida de estas capacidades.-

La integridad de las decisiones anticipadas que establezca el sujeto completa la dignidad de la persona humana.-

ⁱ Llorens, Luis Rogelio y Rajmil, Alicia B “Derecho de autoprotección” , Editorial Astrea, Buenos Aires 2010, p. 6

ⁱⁱ Art. 51 “*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*”

ⁱⁱⁱ Taiana de Brandi y Llorens Luis Rogelio “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 13

^{iv} “Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley Nº 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;”

^v ARTICULO 11. — 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 las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

^{vi} “En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.”

^{vii} Artículo 11, 2º párrafo: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.”

^{viii} ARTÍCULO 11.- Directivas Anticipadas. Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza.

El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.

Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2º inciso e) tercer párrafo

de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento.

En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas.

En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto.

Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo.

Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley Nº 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento. Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.

^{ix} ARTICULO 60.- 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.