

Las directivas de autoprotección en el derecho argentino: ¿qué visión del hombre, qué noción de dignidad?

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹

Introducción

La posibilidad de dictar "directivas anticipadas" en relación a la toma de decisiones en materia de salud fue receptada en Argentina en el año 2009 en la ley 26529 de Derechos del Paciente. En 2014, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC - ley 26994) el tema volvió a ser objeto de regulación legal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 del CCyC en relación a los actos vinculados con la salud y los artículos 43 y 139 del mismo Código referidos a la posibilidad de proponer la designación de representantes y apoyos en previsión de la propia incapacidad o restricción de capacidad².

Así, en el presente trabajo nos proponemos presentar sintéticamente las disposiciones del derecho argentino sobre la materia, y efectuar luego algunas reflexiones sobre la visión del hombre y su dignidad que subyace en esa normativa³.

Vale aclarar que tomaremos la expresión "directivas anticipadas" utilizada en el derecho argentino como equivalente a los denominados "mandatos de autoprotección" a fin de facilitar el desarrollo de las grandes líneas de este trabajo, sin entrar en las posibles diferencias y semejanzas que merecerían una consideración mucho más pormenorizada. Igualmente, como procuraremos señalar, entendemos que existen diferencias entre las directivas anticipadas vinculadas con actos médicos y las que se refieren a la capacidad jurídica.

I. Lineamientos del derecho argentino sobre directivas anticipadas.

I.1. Las directivas anticipadas en materia de salud.

El instituto de las "directivas anticipadas" en salud fue receptado en el artículo 11 de la ley 26529 de Derechos del Paciente (B.O. 20/11/2009). Este texto a su vez es modificado en 2012 con ocasión del debate de la ley 26742 (B.O. 24/5/2012) precisando la forma en que debían plasmarse las "directivas". Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial introduce el artículo 60 sobre "directivas médicas anticipadas" en el capítulo 3 dedicado a los "Derechos y actos personalísimos" del Título I del Libro I.

A continuación transcribimos ambos textos:

<i>Artículo 11 Ley 26529 modificada por la ley 26742⁴:</i>	<i>Artículo 60 Código Civil y Comercial (Ley 26994):</i>
---	--

¹ Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Profesor Adjunto de Derecho Civil (UBA), Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

² Tendremos en cuenta las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) aprobada por ley 26378 y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional (ley 27044) y en especial la Observación General nro. 1 (2014), del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU que se refiere al derecho a planificar anticipadamente el ejercicio de la capacidad jurídica (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general Nº 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17).

³ Este trabajo toma como base un análisis más detallado de este instituto realizado junto con Carlos Muñiz en Lafferriere, Jorge Nicolás y Muñiz, Carlos, "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado", La Ley, DFyP 2015 (junio), 147, AR/DOC/1411/2015.

<p><i>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. 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.</i></p>	<p><i>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.</i></p>
--	---

Formulando una síntesis de las disposiciones del nuevo CCyC sobre las directivas médicas anticipadas, podemos afirmar:

- El artículo 60 CCyCU establece una norma específica referida a las directivas anticipadas sobre actos personalísimos sobre el propio cuerpo previendo una imposibilidad fáctica para la toma de dichas decisiones en el futuro, limitada estrictamente a actos de dicha naturaleza, y en el contexto de la normativa sobre derechos del paciente.
- Las directivas anticipadas contempladas en el artículo 60 refieren únicamente a los actos médicos y por tanto no pueden extenderse a otros actos de la vida civil, reconociendo como antecedente y complemento las normas de la ley 26529 de derechos del paciente según la reforma de la ley 26742.
- Las directivas anticipadas contempladas en el artículo 60 del CCyC pueden incluir tres actos: i) "anticipar directivas" referidas a actos médicos; ii) conferir mandato respecto de la salud y en previsión de la propia incapacidad; iii) designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos.
- La incapacidad a la que refiere el artículo 60 para que se tornen operativas las "directivas anticipadas" es la que refiere el artículo 59 *in fine* del propio CCyC y corresponde al caso en que la persona se encuentra "absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica" y "medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud".
- En cuanto a la determinación de la situación de imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad a la que refiere el artículo 59, la reglamentación de la ley de derechos del paciente remite al criterio médico, mientras que el nuevo CCyC no brinda orientación sobre el punto.

⁴ Habrá que tener en cuenta también la reglamentación de este artículo por el artículo 11 del Decreto 1089/2012 y al que haremos referencia a lo largo del trabajo.

- El artículo 60 del Código Civil y Comercial eliminó la frase del artículo 11 de la ley 26529 que establecía que "*las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo*" y al respecto, habrá que estar a la jurisprudencia de la Corte y a las normas generales sobre la actuación médica, sobre todo teniendo en cuenta que se tienen por no escritas las directivas que impliquen prácticas eutanásicas.
- Si bien conforme el artículo 1329 inc. e) del Código el mandato se extingue por "incapacidad" del mandante o mandatario, dicha causal no es aplicable a las directivas anticipadas del artículo 60 por cuanto implicarían la frustración de la finalidad del instituto.
- La designación anticipada de un representante prevista en el artículo 60 CCyC ha de interpretarse conforme a las reglas generales de "representación" que establece el nuevo Código (arts. 100 a 103 y 358 y siguientes), o bien bajo la figura del mandato, según se haya expresado en las directivas anticipadas.
- El nuevo CCyC no aclara bajo qué criterios habrá de obrar el representante designado anticipadamente al momento de ponderar cómo decidir el consentimiento por representación si no recibió directivas previas en tal sentido.
- El artículo 60 no dice nada sobre la necesidad de "aceptación" del representante designado en las directivas anticipadas y habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1089/2012.
- Si bien el artículo 60 del CCyC omite referirse a la forma prescripta para la instrumentación y registración de las directivas anticipadas, continúan vigentes las disposiciones de la ley 26529 reformada por la ley 26742 y el Decreto 1089/2012.

I.2. Las directivas anticipadas en previsión de la propia incapacidad (art. 139)

El artículo 12 de la CRPD no contiene una mención expresa a la cuestión de las directivas anticipadas. Sin embargo, en el marco de la Observación General nro. 1 (2014), el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, comentando el artículo 12 párrafo 3 de la CRPD, se consideró que "para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás" y que "los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias"⁵.

En este marco, el artículo 139 del nuevo CCyC dispone:

ARTICULO 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

Por su parte, en la sección 3ra. de restricciones a la capacidad del capítulo 2do. del libro I del CCyC, encontramos una norma que se vincula con los alcances de las directivas anticipadas. Nos referimos al artículo 43 que dispone:

ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Esta norma establece una pauta general para comprender los alcances de las potestades del juez. Ante una propuesta del interesado (que puede darse en el marco del proceso o previamente a partir de una directiva anticipada) el juez debe valorar la ausencia de "conflictos de intereses" o de "influencia indebida".

Analizando las normas podemos decir:

- Si bien recurre a la expresión "directivas anticipadas" sobre capacidad, el artículo 139 tiene alcances limitados en relación a lo sugerido sobre este instituto por el Comité de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Respecto a la expresión utilizada por el artículo 139 CCyC en el sentido que la persona "designa" al curador, corresponde señalar que de una lectura completa del texto y de las restantes normas concordantes hay que interpretar tal acto como una propuesta de designación.
- La posibilidad de proponer la designación de un curador prevista en el artículo 139 se refiere al supuesto contemplado en el artículo 32 *in fine* de incapacidad decretada por sentencia judicial en caso de absoluta imposibilidad de manifestar la voluntad.
- Aunque no aparece mencionado explícitamente en el artículo 139, así como se pueden formular directivas anticipadas para proponer la designación de un curador, se puede proponer la designación de apoyos para el supuesto de restricción a la capacidad, que serán designados en la sentencia a tenor de lo dispuesto por los artículos 43, 101 y 102 del CCyC.
- En todos los casos de propuesta de designación de curador o apoyos, es necesaria la revisión judicial. Por regla, las directivas médicas anticipadas deben ser cumplidas sin necesidad de intervención judicial (art. 60), mientras que la propuesta de designación de curador y apoyos del artículo 139 requiere aprobación judicial.
- En cuanto a la actuación judicial ante tales propuestas de designación, el nuevo Código le concede un margen amplio de apreciación al juez, quien –a tenor de lo dispuesto en la CRPD- deberá evaluar que no exista conflicto de intereses o influencia indebida.
- Es posible concluir que el artículo 139 CCyC no establece una directiva anticipada en sentido propio y que la utilización de tal terminología puede resultar excesiva y equívoca, pues existen distinta naturaleza jurídica, distinto ámbito de aplicación y distinto margen de apreciación judicial entre el instituto

de las directivas anticipadas y la propuesta de designación de curador o apoyos del artículo 139.

- En cuanto a la incidencia que tienen las sentencias de incapacidad y restricción a la capacidad respecto a los mandatos otorgados por la persona, sostenemos una tesis restrictiva que considera que la disposición del artículo 1329 refiere a los casos de incapacidad decretados a tenor del artículo 32 *in fine*, o bien de restricción a la capacidad con designación de apoyo con funciones de representación (art. 101 inc. c).

II. La noción de dignidad de la persona humana subyacente en la regulación sobre directivas anticipadas

II.1. La dignidad, la autonomía y la protección de los vulnerables

La dignidad expresa la excelencia o perfección en el ser 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.

En relación a la discapacidad, la dignidad se presenta como uno de los principios fundamentales de la Convención de la ONU. El Preámbulo comienza recordando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (a). En el inciso h del preámbulo se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. El artículo 1° ya señala como propósito de la CRPD "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*"⁶. Por su parte, el artículo 3° señala a la dignidad como primer principio: "*a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*".

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 26994). 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 este marco, existiendo amplio acuerdo sobre la centralidad de la persona y su dignidad en el sistema de derechos humanos, podemos decir que dos grandes posturas se enfrentan en torno a la noción misma de dignidad de la persona humana. Para una postura, la dignidad se deriva de la autonomía personal y por tanto está condicionada al ejercicio de la autonomía. Para otra postura, la dignidad deriva del mismo hecho de ser humano, es ontológica, y por tanto se reconoce a todo ser humano, ya sea que pueda ejercer o no una autonomía personal. La visión que identifica dignidad con autonomía corre el riesgo de reducir la dignidad a las personas con autonomía. Este riesgo se vuelve más actual en el caso de las personas con discapacidad intelectual, en las que podría haber alguna circunstancia que afecte por completo la autonomía y la disminuya o condicione.

⁶ El artículo 1° de la CRPD es consistente con la resolución 56/168, del 19 de diciembre de 2001, por la que se decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para avanzar en la redacción de una convención internacional y que tenga como finalidad "promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad".

Justamente en los debates en torno a las decisiones vinculadas con el final de la vida es donde emerge con mayor evidencia esta tensión entre las visiones antes mencionadas. Para algunos, la dignidad de la persona en el final de la vida exigiría que se respete su derecho a decidir todo lo relacionado con su muerte, incluso el derecho a quitarse la vida o requerir que otro se la quite. Para otros, entre los que nos encontramos, la dignidad justamente se expresa en respetar la vida aún cuando parezca menos "útil" o "autónoma", por encontrarse en una situación terminal y requiere respetar esa inviolabilidad de la vida.

Al respecto, José Chávez-Fernández Postigo considera que la discusión entre la dignidad como autonomía y la dignidad como condición ontológica se supera desde la idea de dignidad como libertad ontológica, evitando caer en una concepción meramente estática de la dignidad ontológica e incorporando el elemento dinámico de la libertad, sin incurrir en los problemas que encierra la visión que absolutiva la autonomía⁷.

II.2. Entre la autonomía y la protección

Es indudable que la legalización de las directivas anticipadas constituye una fuerte apuesta por la autonomía personal. Podemos decir que, a grandes rasgos, una legislación que recepta las directivas anticipadas presupone una visión de la persona marcadamente centrada en la exaltación de su autonomía personal.

Ahora bien, un análisis más detenido de algunas de las normas permite sostener que, en esta tensión entre autonomía y protección en materia de directivas anticipadas en el derecho argentino, existen situaciones en las que se matiza la visión de una autonomía absoluta. En tal sentido, podemos mencionar:

1) en el artículo 60 del Código Civil y Comercial se quita la frase del artículo 11 de la ley 26529 que establecía que "*las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo*". El artículo 11 del Decreto 1089/2012 era muy preciso en relación a este tema de la obligación de aceptación por parte del médico y del establecimiento asistencial:

"Artículo 11...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.

Al respecto, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte pero nos preguntamos si la omisión del artículo 60 quiere evitar situaciones en las que las directivas anticipadas pudieran plantearse como contraindicadas en relación al saber médico. Entendemos que esa fue la intención del nuevo Código y habrá que tener en cuenta como valoración del criterio médico. En este sentido, Sambrizzi se refiere a los

⁷ Chávez-Fernández Postigo, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 92.

problemas que encierra este proceso de verificación de si se cumplen o no las circunstancias que tornan aplicables las directivas anticipadas⁸.

2) Otro elemento a tener en cuenta es que si las directivas anticipadas refieren a prácticas eutanásicas, las mismas no deben ser cumplidas y se tienen por no escritas (art. 60 CCyC y artículo 11 de la ley 26529). Ello significa que el médico debe hacer una apreciación del contenido de las directivas anticipadas. En el mismo sentido, hay que tener presente que el artículo 59 CCyC señala el deber de actuar si media "situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud" y de "evitar un mal grave al paciente". Podemos decir que en este caso encontramos un límite a la autonomía de la voluntad en razón del respeto debido a la inviolabilidad de la vida humana.

Desde otra perspectiva, pueden considerarse también como contradictorias las disposiciones que, por un lado consagran la posibilidad de dictar directivas anticipadas, y por el otro no aseguran toda la información para que tal decisión sea auténticamente informada. En efecto, un aspecto crítico en esta materia se refiere a la inexistencia de toda la "información" para que el consentimiento dado por anticipado pueda ser considerado un consentimiento informado en los términos de la ley 26529 y del artículo 59 del CCyC. En efecto, mientras que el consentimiento para un acto médico debe ir precedido por detalladas y precisas informaciones comprensibles para la persona, en las directivas anticipadas no tenemos forma de constatar si tal información se ha cumplido, lo que genera algunas dudas sobre su validez. Este aspecto viene a poner en jaque la noción misma de directivas anticipadas como expresión de la autonomía, en tanto no estarían dados los presupuestos exigidos para que se verifique un consentimiento informado.

Finalmente, otro cuestionamiento a las directivas anticipadas se vincula con la dificultad de hacer una previsión precisa y detallada de las situaciones que se plantearán en el futuro. En efecto, mientras que es posible realizar propuesta de designación de personas de confianza, en relación a algunas decisiones médicas resulta casi imposible prever cómo serán las circunstancias y cuadro clínico que rodearán la necesidad de tomar decisiones. Esta dificultad también supone una crítica de fondo a la posibilidad misma de dictar directivas anticipadas en salud.

Conclusión

Las directivas anticipadas se presentan como un instituto legal que permite planificar situaciones vinculadas con la propia incapacidad para tomar decisiones en el futuro. En tal sentido, se puede advertir una subyacente tensión entre autonomía y protección. Por un lado, existe una fuerte tendencia en la legislación bioética a exaltar la autonomía personal. Sin embargo, paradójicamente, algunas veces se utiliza ese recurso a la autonomía como mecanismo para justificar algunas acciones que afectan la vida y dignidad de las personas más vulnerables, justamente por carecer de autonomía.

El final de la vida o las situaciones de incapacidad exigen en justicia el respeto incondicional a la dignidad de la persona humana, respeto que se traduce en la inviolabilidad de su vida, en el respeto de su conciencia y de sus decisiones orientadas al cuidado de su vulnerabilidad.

⁸ Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. Vida y Ética. 11.2 (2010). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf> [Fecha de consulta: 31/3/2015]