

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

## LA CAPACIDAD Y LAS DIRECTIVAS MEDICAS ANTICIPADAS

**Autores:** Daniela Beatriz Arnolfo Rapoport y Diego Alberto Rapoport Arnolfo\*

### **Resumen:**

*El Código Civil y Comercial vigente desde el 01 de agosto de 2015 incorpora en su artículo 60 a las directivas médicas anticipadas, receptando lo dispuesto por el art. 11 de la Ley de derechos del paciente N° 26.742. Es requisito para la validez de la directiva la plena capacidad de quien la dispone. Ahora bien, el nuevo Código regula la institución de la capacidad de manera novedosa, tomando en cuenta la evolución social y biológica de la persona humana, permitiendo amoldar dicho atributo a sus capacidades y autonomías progresivas en caso de menores y a sus posibilidades individuales en caso de enfermos mentales. Es nuestra propuesta, de lege refenda, que la norma permita a las personas humanas que cuenten con edad y grado de madurez suficiente otorgar directivas médicas anticipadas válidas.*

### **1. De las directivas médicas anticipadas.**

Es de larga data la inquietud de los operadores del derecho acerca de la regulación de la aptitud de las personas humanas para dictar disposiciones a futuro referentes a la permisión o rechazo de tratamientos médicos en casos de imposibilidad de manifestar su voluntad como consecuencia de la gravedad de su cuadro clínico.

#### 1.1 Antecedentes de la institución:

En la década de 1960, Luis Kutner, abogado, publica en el Indiana Law Journal de Chicago, un modelo de documento para expresar voluntades relativas a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal. En esa época se denominaba a estos instrumentos "living will", en referencia a testamentos vitales.

En España, la Ley 41/2002 en su art. 11 establece la posibilidad de dictar instrucciones previas a toda persona mayor de edad, capaz y libre para que manifieste anticipadamente su voluntad a los fines que esta se cumpla por sí en determinadas situaciones no fuera capaz de expresarlas, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud. Puede nombrar un representante como un interlocutor con el médico.

En Quebec existe una disposición normativa que permite las directivas médicas anticipadas, mas la norma prevé la aceptación del mandatario quien a su vez se compromete a solicitar la homologación del mandato producida la incapacidad.

---

\* Profesora Adjunta Interina, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Profesor Adjunto Interino, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Guarda relación con este desarrollo la institución llamada “Durable power of attorney”, mediante el cual una persona capaz puede designar a alguien de su confianza para encargarse del cuidado de su salud en el caso de llegar a la edad de adulto mayor y tener la imposibilidad de atenderse a si mismo

A nivel nacional, se ha venido trabajando desde hace varias décadas en esta institución, de manera interdisciplinaria, en ámbitos académicos jurídicos, hospitalarios, comités de bioética y en diversos congresos y jornadas.

## **2. Desafíos planteados a través del tiempo.**

Dentro de las disquisiciones en la materia, se trató de encontrar un nombre a la institución que encuadrara con su naturaleza jurídica. Este tema no es menor ya que como veremos más adelante define cuestiones claves para su validez.

¿Se trata de un testamento? En principio podría tener algunos rasgos similares ya que dispone hacia el futuro y es fuente de obligaciones y es formal, pero encuentra como contradicción con el tema que nos ocupa que se trata de un acto de última voluntad y por lo tanto su operatividad comienza con la muerte de quien lo celebró.

¿Encuadra en un contrato de mandato? Nos acercáramos a una solución ciertamente interesante ya que una de las características de estas declaraciones es justamente la de nombrar un representante que actúe en nombre de quien ya no puede manifestar su voluntad por cuestiones de enfermedad grave “terminal” e irreversible. Colisionamos, empero con la disposición legal que indica que el mandato se extingue con la muerte o **incapacidad** del mandante, lo cual evidentemente sucedería en estos casos.

## **3. Algunas recomendaciones anteriores a la actual legislación.**

En relación con lo expresado ut-supra, encontramos que el tema ha sido tratado y estudiado en el ámbito notarial, ya que una de las cuestiones de debate se refiere a la manera de dar publicidad a este tipo de actos. Es interesante repasar lo concluido por diversas Revistas del notariado, de las que citaremos a las siguientes:

“Revista Notarial 957, del año 2007. Tema 4. Actos de autoprotección:

1. Son actos voluntarios de carácter preventivo, decididos libremente por una persona y expresados en forma inequívoca, que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que se encuentre imposibilitada de decidir por sí
2. Están fundamentadas en el derecho natural y libre . Refieren al ejercicio de la autonomía de la persona – libertad individual – autodeterminación – derecho positivo internacional
5. Es válido establecer directivas anticipadas de salud, proponer curador y hacer previsiones sobre administración y disposición de bienes
6. Se recomienda instrumentar por escritura pública
7. Se recomienda la creación de registros de autoprotección para dar publicidad”

“Revista Notarial 966 del año 2010.

Los valores en los que se sustentan los derechos humanos son: Dignidad – condición inescindible del ser humano y uno de los pilares fundantes de estos derechos; Autonomía: capacidad de autodeterminación del actuar que asiste al ser humano.

Aptitud de autogobierno para tomar decisiones, para elegir opciones, que se traduce en el campo de la ética, y en la capacidad de elección moral; Libertad: exención de una necesidad de obrar, es decir la liberación de cualquier tipo de coacción a la propia voluntad para tomar decisiones; Igualdad: inherente a todo ser humano y respetuosa de las diferencias”.

Estos valores son asimismo los que inspiran la constitución del “modelo social” de discapacidad.

#### **4. Antecedentes jurisprudenciales:**

Es variada y amplia la jurisprudencia que remite al tema en estudio, haciendo en todos los casos hincapié en términos tales como “dignidad humana”, “autodeterminación”, “libertades fundamentales” y “conductas autorreferentes”.

Citamos a modo de referencia el fallo del Juzgado en lo Correccional N° 4 de Mar del Plata de fecha 05/07/2012 – Partes R.R.T.Publicado en LA LEY 15/08/2012 - LA LEY2012-D,668, que en su parte pertinente dice...”Las directivas anticipadas formuladas por un paciente terminal, expresando su firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implicara sufrimiento e inútil prolongación de la vida, tienen plena validez dentro del sistema jurídico-constitucional y deben ser respetadas por la institución de salud en la que se trate su dolencia, ello en virtud de las pautas dadas por la Ley 26.529 y de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Albarracini”

Va de suyo que uno de los antecedentes más relevantes en este tipo de cuestiones es el ya conocido caso “Bahamondez” del año 1993 que estableció que ...”el objeto de esta acción de amparo no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que tiende de manera inequívoca a garantizar el {ámbito de decisión personal en el campo de las conductas autorreferentes”.

#### **5. Plexo normativo anterior al Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)**

Encontramos aplicable al tema de esta ponencia las siguientes normas:

- Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inc 22 por los cuales los Tratados Internacionales tienen jerarquía constitucional.
- Constitución Nacional en su artículo 28 que establece el principio de razonabilidad de las normas que reglamentan el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en la carta magna.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención de los Derechos del Niño
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Ley de derechos de los pacientes, la cual por primera vez regula (en su redacción original de la ley 26.529) y reconoce la posibilidad de otorgar directivas médicas anticipadas, según lo que reza su artículo once: “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”.

## 6. Actualidad

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, de reciente vigencia, incorpora preceptos constitucionales y de Derechos Humanos a los largo de prácticamente todo su articulado.

Resulta un acierto, a nuestro modo de ver, el **nuevo régimen de capacidad** impuesto por este cuerpo normativo, ya que establece la capacidad plena como principio, siendo las restricciones o limitaciones a la misma de carácter limitado.

Veamos en el TITULO PRIMERO, Capítulo 2, Sección 1°

Art 23: Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este código y en una sentencia judicial

Art. 24: Son incapaces de ejercicio: b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2° de este capítulo

Nos remitimos entonces a la Sección 2° y encontramos que el Art 26 dispone...”la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...” Agregando el mismo artículo que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes a su propio cuerpo”.

Asimismo, la Sección 3°, artículo 31 inciso b) dispone que “Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”

El art. 32 a su vez establece que desde los trece años la persona, por sentencia judicial, puede ser restringida en su capacidad para determinados actos en casos de adicciones o alteraciones mentales permanentes o prolongadas y graves (ambas), si del ejercicio de su PLENA CAPACIDAD pudiere resultar un daño a su persona o a sus bienes.

El Código en análisis modifica a su vez el régimen de capacidad respecto a los inhabilitados, a los que refiere en sus artículos 48 y 49, siendo hoy la institución únicamente aplicable a los pródigos, a quienes por sentencia judicial se les designará un apoyo para que lo asista en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos.

Llegamos finalmente al abordaje del artículo 60 del CCyC, que incorpora las Directivas médicas anticipadas, debiendo el otorgante ser **plenamente capaz** para que las mismas sean válidas.

Por lo tanto, los inhabilitados no podrían otorgar estos instrumentos. Tampoco los menores de 18 años. Mucho menos los alterados en sus facultades mentales sobre los que recaiga alguna restricción a su capacidad de ejercicio.

Creemos que esto genera una contradicción con el nuevo paradigma de la capacidad de la persona humana.

## 7. Conclusiones.

Consideramos que en virtud de las normas analizadas, los antecedentes nacionales y extranjeros tanto de doctrina como de jurisprudencia, los principios fundamentales de Derechos Humanos, el reconocimiento de la autodeterminación de la persona humana, el respeto de su dignidad y de sus conductas autorreferentes, la atención al interés

superior de los más débiles, es necesario reformular el art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación (y en consecuencia el art 139), permitiendo a quienes cuenten con edad y grado de madurez suficiente, y previa audiencia en la que el juez escuche al interesado en los términos del art. 113 del CCyC, el otorgamiento de directivas médicas anticipadas válidas.