

# DIRECTIVAS ANTICIPADAS (CAPACIDAD, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN)

Luis Alberto Valente

*Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor titular de Derecho Privado I (UCALP/UNLP). Secretario de Derecho Civil (UNLP).*

## Resumen

La problemática referida a las denominadas «directivas médicas anticipadas» ofrece interesantes perspectivas que merecen ser analizadas, no solo en lo relativo a su correcto encuadre, sino en los requisitos vigentes al momento de ser aplicadas. Todo ello le imprime al expediente bajo análisis unos matices realmente interesantes y que debieran ser tenidos en cuenta por el operador jurídico.

**Palabras claves:** directivas previas, capacidad, competencia, legitimación.

## Abstract

*The issue concerning the well-known “advanced medical care directives” offers interesting viewpoints and perspectives that deserve to be analyzed, not only in what refers to its proper framework, but also in the current requirements when being applied. These could all lead to imprint on the file under assessment very interesting nuances that should be taken into account by the legal operator.*

**Keywords:** advanced directives, capacity, competence, legitimacy.

## I. Introducción a la problemática

### 1. Lineamientos generales

Es a toda luz evidente que las categorías sustantivas del moderno derecho civil deben ser justipreciadas a la luz de un razonamiento que se involucre con una estimativa tan dinámica como ajustada a los nuevos tiempos.

Tal es lo que acontece con las denominadas directivas médicas anticipadas reguladas en el art. 60 del Código Civil y Comercial.

Según este último, toda persona 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.

A su vez, advierte que las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Y como no puede ser de otro modo, esa declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento (art. 60 Código Civil y Comercial)

De manera acertada, la directiva se encuentra metodológicamente comprendida dentro de los derechos y actos personalísimos.

Un ejemplo paradigmático lo ofrecen los enfermos que ven deteriorada (paulatinamente) su salud mental o padecen enfermedades crónicas degenerativas donde la calidad de vida se va apagando de forma gradual y el sujeto desea brindar directivas que han de adquirir operatividad cuando el sujeto no pueda expresarse.

Siendo así la hermenéutica que le cabe a la categoría en cuestión ofrece interesantes perspectivas y no podrá distanciarse de derechos como la vida, la dignidad, la libertad, la intimidad, la integridad y, en fin, todos aquellos que se proyectan sobre la esfera personalísima del individuo y que se ven específicamente reconfigurados por una nueva estructura.

Las directivas anticipadas son expresión de la cautela ante el avance de la medicina, como así también ante el injustificable encarnizamiento terapéutico, y las posibilidades de una mayúscula intervención y desnaturalización del proceso de la muerte a costa de dolor y sufrimiento.

En línea con ello y como bien dice la Ley 26.529 sobre derechos del paciente, se trata de consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos.

A su turno y sin perjuicio de lo que más adelante sostendremos, no deberá verse distanciada la cuestión de aquellos contenidos bioéticos que, como el principio de autonomía o el consentimiento informado, constituyen un elemento dorsal que hacen a su misma estructura y a su razón de ser.

Todo lo cual invita a interesantes desarrollos; pues, detrás de una herramienta de incuestionable justicia, se esconden sutiles cuestiones jurídicas que hacen a su dinámica, pero también a su esencia.

## 2. Denominación del problema

En ámbitos comparados, suele tener diferentes denominaciones: testamento vital (TV; *living will* en inglés); instrucciones previas, voluntades anticipadas (VV. AA.) o directivas anticipadas (*advance directives* en inglés), entre otras.

Ello parece indicar que no es el término el que delata la puntual naturaleza del instituto, ni es decisivo ni indicativo a la hora de mensurar su oportuna dimensión. Se trata, en efecto, de auscultar su razón jurídica, su finalidad y ubicar el escenario en el cual cobran virtualidad los derechos y actos personalísimos.

Sostiene Federico de Montalvo (2010) que, en Estados Unidos, suelen incorporar tres elementos: una declaración de deseos del paciente, más o menos concretados en torno a situaciones clínicas específicas (testamento vital); la designación de un sustituto (poder de representación), y la declaración de objetivos vitales y valores (historia de valores).

Así pues, existen tres figuras diferentes con tres contenidos distintos, aunque, en la práctica, el documento ha evolucionado hacia la integración de todos los contenidos.

Se utiliza el término de *planificación médica anticipada* o *planificación anticipada de asistencia sanitaria* para referirse al documento que integra todos los elementos. Los contenidos del documento se pueden relacionar con los propios criterios que pueden ser utilizados para determinar la voluntad real del sujeto otorgante ante el tratamiento o cuidado.

En esa línea, recuerda Seoane (2006) la denominada planificación anticipada de salud (*advance care planning*); es donde las instrucciones previas adquieren su auténtico sentido. Es que es considerada como un proceso más amplio e integral, que toma en consideración una pluralidad de dimensiones (clínica, cultural, familiar, social, psicológica, emocional, afectiva) con la finalidad de mejorar la calidad de la asistencia y de las decisiones en el final de la vida, profundizando la comunicación entre el paciente y los diversos profesionales con plena garantía de autonomía, los valores, las expectativas vitales y los derechos de aquel.

Pensamos que dimensionar el marco definitorio de la problemática ayudará a hacer lo propio en torno al valor que tales directivas ostenten.

O bien son un simple instrumento cuyo contenido es una indicación aproximada de los deseos de quien la otorga; o bien es un documento con directivas autosuficientes que alcancen a autoabastecerse frente a aquellas cuestiones dilemáticas que, aún ante lo imprevisible, se impongan por su objetividad y completitud.

## I. Planteo del problema

### 1. Lineamientos generales

Analizar las directivas previstas en el art. 60 del Código Civil y Comercial implica referirse a una categoría que despierta no pocos interrogantes, sobre todo cuando se intenta indagar no solo su justificación bioética, sino su verdadera operatividad jurídica.

En ese orden, la capacidad exigible por el art. 60 del Código Civil y Comercial (o como hace lo propio el art. 11 de la Ley 26.529) no se sumerge de plano en la verdadera dimensión práctica de la figura al considerar que las exigencias de fondo deben ser justipreciada de acuerdo a los principios tradicionales y no desde la perspectiva bioética.

Ello genera un desbarajuste en la aplicabilidad de la categoría jurídica.

A su vez, las mismas directivas, por ser anticipadas, generan inquietudes referidas a la competencia necesaria para efectivizarlas.

La estructura lógica de la figura se ve divorciada de su operatividad práctica, ya que resulta verdaderamente dificultosa la primera al ser considerada en función de la segunda.

Bien decía Recaséns Siches que evadirse de la cárcel sistemática implica la actitud del jurista que, frente a *cuestiones abiertas*, procura la correcta visión de que los problemas humanos no pueden verse encerrados en un sistema dogmático (1985, p. 262).

Coincidiendo con ello, nos parece que la herramienta emergente del citado art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser examinada en función de su procedencia lógica.

Bien decía Manzini (2001) que, en Estados Unidos, son escasas las personas que han manifestado por escrito sus deseos y preferencias «del final de la vida». Y ello, a su juicio, debe buscarse en la desconfianza de los pacientes a quedar prisioneros de sus disposiciones, y a su vez, considerando que puede haber cambiado su parecer y las circunstancias al tiempo en que deban ser aplicadas.

No descuenta aquel autor problemas de comunicación abierta con los profesionales de la salud y, a su vez, que las mismas directivas pueden ser confusas y engorrosas. Se suma a ello, y en una puntual situación, el escaso tiempo de los profesionales para dilucidarlas.

Las dudas surgen, especialmente, sobre el valor de las directivas aplicadas a *situaciones concretas*, puntuales, en general pasado un *tiempo* desde su formulación, y a la *disponibilidad* de la información para situaciones urgentes.

## 2. Antecedentes justificativos de la problemática

Los antecedentes de la problemática que nos convoca pueden verse contemporizados desde dos perspectivas: la jurisprudencia norteamericana (a modo emblemático pueden citarse el caso Karen Ann Quinlan —1976— y Nancy Cruzan —1990—) y en las reuniones científicas llevadas a cabo a mediados de la década de los sesenta.

Entre estas últimas, un antecedente decisivo lo constituye la llevada a cabo en 1967 por la Euthanasia Society of America, y en torno a los *living wills* (testamentos vitales) frente a la eutanasia; sobre todo considerando la posibilidad en que el paciente pudiera expresar, en forma escrita, la forma en que deseaba ser tratado cuando él no pudiera decidir por sí mismo.

Y por otro, el nacimiento de la bioética que, como disciplina emergente, coincide con aquella evolución jurisprudencial. Esta disciplina permite ensamblar los avances científicos y la cultura humanística; el dominio de las ciencias y las humanidades; los conocimientos sobre la naturaleza y sobre la conciencia; hechos y valores. A su vez, coadyuva a diseñar un mapa de ruta que sirva de guía en aquel complejo laberinto.

Bajo este último entendimiento, la bioética puede ser considerada una disciplina de principios encaminada a resolver conflictos y que pretende infundir valores, al mismo tiempo que garantiza la dignidad del sujeto bioético.

A tono con ello, la metodología bioética aspira a realizarse a través del paradigma principalista. Y en tal sentido, cuatro principios generales pasan a considerarse troncales en la solución de los conflictos subyacentes.

Uno de ellos es el principio de autonomía que, junto al de no maleficencia, beneficencia y justicia, es el que, a la postre, parece justificar la solución deontológica.

### 3. Planteo del problema

De lo expuesto surge nuestro interrogante: ¿bajo qué lineamientos resulta procedente la aplicabilidad práctica de las directivas al momento de ejecutarlas?

Nos mueven dudas acerca de la aplicación funcional de la figura, estimando aquellos factores y condiciones que debieran ser tenidos en cuenta al momento de su concreción.

Si se lee atentamente el art. 60 del Código Civil y Comercial, nadie podrá dudar de la razonabilidad del texto. La justificación dogmática de la figura es indiscutible y goza de plena salud.

Pero no obstante ello, deberá ser cauteloso el operador jurídico al momento de consagrar la solución y en función de los condicionantes propios que puede tener esa categoría en un caso concreto.

Ello conduce a sostener que la operatividad de la figura puede ser decisiva a la hora de ameritar su justificación práctica.

## II. Desarrollo

### 1. Lineamientos generales

En sentido genérico, tales directivas recaen sobre «la salud del otorgante y en previsión de su propia incapacidad». O bien se puede designar a una o más personas que han de expresar su consentimiento «para actos médicos y para ejercer su curatela» (art. 60 del Código Civil y Comercial).

La Ley 26.529 relativa a los Derechos del Paciente, en su art. 2 letra e), hace referencia a la autonomía de la voluntad e incardina ese principio en el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos. Y en referencia a los niños, niñas y adolescentes, expresamente alude a la toma de decisión referida a su vida o salud.

La misma Ley 26.529, en su art. 11, establece que esas directivas pueden referirse a consentir o rechazar tratamientos médicos preventivos o paliativos.

En líneas generales y en tanto no impliquen prácticas eutanásicas, puede decirse que el objeto sobre el cual recae la categoría bajo examen es amplio; y a su vez, en cuanto ello no sea ofensivo de valores superiores o atenten contra la vida y la dignidad (art. 51 y concordantes del Código Civil y Comercial).

En su prístina versión, la operatividad mayúscula que exhibe la categoría bajo examen va ligada a la posibilidad de asegurar que el paciente, en condiciones irreversibles o en situación terminal, vea respetada en el futuro su decisión acerca del tratamiento médico por recibir.

Pese a la amplitud que puede desprenderse de la letra legal, este es el camino que derechamente traducen las denominadas directivas anticipadas.

En esa línea, el paciente manifiesta su voluntad en caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que lo lleve a un estado que le impida expresarse por sí mismo.

En un documento de instrucciones previas, se pueden rechazar determinados tratamientos de mantenimiento de la vida y también solicitar la adopción de medidas para aliviar el sufrimiento, medidas que —finalmente— acortan el proceso de la muerte y que son una práctica habitual en cuidados paliativos.

## 2. Las directivas y la *lex artis ad hoc*

Sin perjuicio de lo que se expondrá, en todo momento esas directivas deberían verse contemporizadas con el criterio médico. En última instancia, este traducirá el camino más prudente y las posibilidades de recuperación (si las hay); o al menos aquel que traduzca mayor conveniencia, muchas veces amalgamada con la posibilidad de evitar una prolongación inútil o dolorosa de la vida, o bien, una inevitable llegada de la muerte.

La imprevisibilidad se impone, y la certeza de las instrucciones se sujeta a una realidad muchas veces impredecible. Eso demuestra la relatividad que puede exhibir la categoría bajo examen.

No se duda en la literatura comparada que aquellas directivas tienen limitaciones. Así, por ejemplo, no deben ser contrarias a la *lex artis*, es decir, en ningún momento deben ser contrarias a la buena práctica clínica ni a la ética profesional (Guerra Vaquero, 2017, p. 140).

La exacta ponderación de la cuestión permite referirnos a la *lex artis ad hoc*, concepto que requiere tener en cuenta las especificidades del caso concreto.

De esa manera, deberá considerarse la evolución concreta que la problemática tiene en ese paciente.

Lo mismo ocurre si las directivas son obsoletas por haber variado las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al momento de manifestarlas. Ello implica referirse a la complejidad y trascendencia del acto. A su vez, ponderarlas y, aun cuando el paciente la solicitó, considerar la posibilidad de ver la opinión del galeno acerca de la inutilidad o, peor incluso, la peligrosidad de aplicarlas en la especie.

De ello se desprende que el contenido del instrumento no es automáticamente aplicable, pues no lo será si es contraindicado para la patología en cuestión o en función de la realidad del paciente.

Sin embargo, en la estimativa jurídica, subyace la posibilidad de dar mayor o menor alcance a la autonomía del paciente y el verdadero sentido de las directivas. Se trata de pensar en una medicina consensuada sobre la base de criterios científicos, ya que uno de los interlocutores posee una mayor experticia.

No se puede desconocer, no obstante, que puntuales factores éticos o religiosos pueden oponerse al consejo profesional. De ser así, ello coloca a las directivas en una necesidad de análisis integral y contextual de su contenido.

### 3. El Principio Bioético de Autonomía como eje troncal de la categoría

Literalmente y en estos desarrollos, se erige de forma visceral el principio de autonomía, según el cual la decisión autónoma proviene del individuo con aptitud para obrar, y que ostenta, a su vez, de suficiente facultad para enjuiciar el alcance de sus actuaciones; y que, al mismo tiempo, responde por las consecuencias de sus decisiones.

Estamos en el ámbito de libertad, autodeterminación y autorresponsabilidad como expresión diáfana del autogobierno.

Son directivas autorreferenciales en donde luce en su esplendor las características, perspectivas y, sobre todo, el pensamiento directriz del sujeto autónomo. Debe entonces repararse en que ese plan obedece a una decisión consciente y hasta ese momento es posible su revocación (art. 60 del Código Civil y Comercial).

Una ajustada hermenéutica implica analizar el contexto temporal, religioso, psicológico, cultural, familiar, etc. en el cual las directivas acaecen y en función al momento en que deben ser aplicadas.

No se trata tanto de analizar la naturaleza o textura del instrumento que las contienen, sino más bien la exacta correspondencia entre aquel contenido y la auténtica y actual voluntad del individuo. De lo contrario pierden significación jurídica.

Puede conjeturarse una ineficacia del continente en función del exacto dimensionamiento del contenido.

Desde esta perspectiva, la información precisa es el eje de las directivas producto de una ética comunicativa. La decisión debe ser el resultado de una planificación resultante de un proceso dialógico y en donde la sinceridad y objetividad son piezas de inestimable valor.

### 4. El principio de autonomía y su aplicación práctica

Dos antecedentes de la jurisprudencia ayudan a vislumbrar la operatividad del principio de autonomía. Uno referido al consentimiento para actos médicos, y otro más cerca de las denominadas «directivas anticipadas».

Bajo tal temperamento, un caso jurisprudencial significativo en nuestro medio fue el caratulado «Bahamondez Marcelo s/ medida cautelar» y referido a la negativa del recurrente a recibir transfusiones de sangre por ser contrario a sus creencias del culto Testigos de Jehová.

La Cámara interviniente al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un suicidio lentificado y ello por la omisión propia de suicida que no admitía tratamientos y había optado por dejarse morir.

Señaló el Tribunal de Segunda Instancia que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resultaba posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma.

En sentido adverso, el apelante sostuvo que Bahamondez quería vivir, solo que no desea un tratamiento contrario a sus convicciones religiosas. En efecto, se oponía a un tratamiento compulsivo que avasalla la libertad de culto y el principio de reserva.

Al fin, Bahamondez fue dado de alta y no se realizó la transfusión.

No obstante la abstracción que exhibía la causa, en voto disidente, se recordó que, por el principio de libertad de culto (art. 14 Constitución Nacional), la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona y que nadie puede ser obligado a ir contra su conciencia.

En su faz negativa, eso significa la existencia de una esfera de inmunidad de coacción tanto de particulares, de grupos como de la autoridad pública. Esto último excluye de manera absoluta toda intromisión estatal que coarte la libre elección de principios que, en conciencia, se consideran correctos o valederos.

Tal criterio privilegió la libertad de conciencia mientras no exista un interés estatal legítimo en su restricción o razones de orden superior.

En dicho de ese voto, en este caso no se busca el suicidio (eutanasia), sino que la objeción a la transfusión de sangre se funda en profundas razones religiosas. En otros términos, se privilegió el principio de autonomía por el cual las directivas eran consecuencia de una conducta autorreferente que no implicaba un hecho ilícito, sino el cumplimiento de una máxima religiosa de hondas raíces constitucionales.

Un temperamento similar mantuvo la Corte en los autos «Albarracini, Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias», donde el máximo Tribunal sostuvo la efectividad de la voluntad certificada por escribano antes de la hospitalización y por quien ya no podía actualizar sus deseos por estar bajo un estado de inconsciencia. A su vez, a juicio del Tribunal, nada hacía suponer que el paciente hubiese cambiado de opinión ni que su voluntad estuviera viciada (art. 19 Constitución Nacional).

## 5. La matriz contextual de las directivas

Sin embargo, circunstancias diferentes pueden revertir la aplicación concreta de la figura. Es que, el factor contextual puede incidir sobre la efectividad de las directivas.

La falta de efectos totalmente vinculantes de la declaración de voluntad recogida en el documento de instrucciones previas no nace solo de la distancia en el tiempo entre la declaración del sujeto y su aplicación. Muchas veces las dudas versarán sobre la actualidad de su contenido.

El paciente ahora incapaz no es ya la misma persona que un día, cuando era todavía capaz, cumplimentó el documento de instrucciones previas. No se debe mensurar el tiempo transcurrido, sino las circunstancias determinantes de la toma de decisión. Por ejemplo, el sujeto que ya no predica tan intensamente la religión que profesa.

En respetable medida, en la jurisprudencia arriba citada se contempló esa cuestión. Debe considerarse la *posición del sujeto autónomo* cuando ya no es posible revocar la decisión por hallarse en un estado de abatimiento o de imposibilidad anímica. De manera que las directivas anticipadas no pueden ser consideradas un instrumento determinante o portador de una decisión imperativa.

De lo expuesto resulta que los principios bioéticos de beneficencia o de no maleficencia (hacer el bien o no realizar el mal) pueden en una especie concreta imponerse sobre su par basado en la autonomía.

Un giro de la estimativa permite revertir el orden de los principios bioéticos. Vale decir siempre: se debe actuar en beneficio del paciente, auscultando su voluntad ajustada a las circunstancias que la determinan, y a su vez, aferrada a impredecibles escenarios e impensados cuando se redactaron las directivas.

En definitiva, muchas veces se tratará de estimar el grado de autonomía del sujeto inconsciente y pergeñar la actualidad de sus valores y preferencias, previendo que (muy posiblemente) no son las mismas que lo determinaron al redactar el documento, y que, a su vez, pueden no coincidir con la realidad en la que deben ser aplicadas.

## 6. El derecho a la información y las directivas anticipadas

En otro orden, el derecho a la información una vez más se erige en la pieza clave a través de la cual la solución jurídica adquiere una exacta proyección estimativa. A través de él, se concretiza el principio de autonomía, que aparece previsto en el nuevo Código Civil y Comercial, en el art. 55, entre otros.

Debe advertirse, sin embargo, que no se pueden confundir directivas anticipadas y consentimiento informado, por cuanto el radio sobre el cual operan ambos expedientes es diferente.

Si bien ambas se erigen en prerrogativas que tiene el sujeto de tomar decisiones concernientes a su propia salud, el consentimiento informado constituiría la expresión de la autonomía de voluntad del paciente en aquellas circunstancias en las que este mantiene la plenitud de su capacidad. Por el contrario, las instrucciones previas adquirirían virtualidad cuando el sujeto antes capaz hubiera perdido la capacidad o competencia. En el consentimiento informado, el sujeto capaz y competente firma el documento que debe ser

aplicado de forma contemporánea. O al menos bajo una correspondencia o simultaneidad ideológica.

Es el que emerge del art. 59 del Código Civil y Comercial que, en relación con la letra g), regula el consentimiento informado para actos médicos y el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos u otros si son desproporcionados o extraordinarios (art. 59 letra g) del Código Civil y Comercial).

En tanto, quien emite un documento de directivas anticipadas lo hace para que sea aplicado en un momento posterior, vale decir cuando el sujeto no pueda expresarse contemporáneamente. De aquí que esta última requiera mayores formalidades que aquel.

De manera que estas no deben ser analizadas solamente desde el prisma bioético de la autonomía, sino también justipreciando la eficacia que tales directivas ostentan al momento que deban ser aplicadas. El principio de beneficencia (no maleficencia) no se debe soslayar en su recta consideración.

A su vez, las directivas suponen el derecho a la información, pues solo así aquellas pueden ser eficaces. Cuando de una manera amplia el art. 60 del Código Civil y Comercial dice que se puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a la salud y en previsión de su propia incapacidad, no solo se refiere al derecho a decidir el tratamiento, sino también a negarse a él.

De allí que tanto las directivas como el consentimiento tienen de eje a la ética dialógica como basamento justificativo y necesario, pues, sin ella, el sujeto no estará debidamente anoticiado de las consecuencias de su decisión.

Se trata de comunicar al paciente, generar en el diálogo confianza, transferencia emocional, y brindar información no solo completa, sino a su vez adecuada, asegurando una asistencia integral y de máxima calidad.

## 7. Operatividad del derecho a la información en el marco de las directivas anticipadas

Solo puede ser exactamente dimensionada si se atiende al insoslayable requisito de la información, previa a la toma de decisión del sujeto autónomo, lo cual debe ser producto de un efectivo proceso comunicativo que traduzca un diálogo abierto, sincero y constante.

De allí que, si se atiende a la eficacia jurídica de las directivas anticipadas, no se puede obviar la conveniente mensura de la planificación anticipada de la decisión (*advance care planning*).

A través de estas últimas, el sesgo cultural, los valores y las creencias contextualizan y brindan el personalísimo contexto a la solución que se adopta. Si no hay información, las directivas pueden resultar invalidadas por defectos en la voluntad. Funcionalmente, pueden resultar ineficaces si aquella voluntad no se vio actualizada e incluso pese al diálogo que en su momento se llevó a cabo.

## 8. Las directivas anticipadas y la decisión por sustitución

El art. 60 del Código Civil y Comercial establece que la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. El Código Civil y Comercial, a su vez, resuelve que la persona puede designar al individuo o individuos que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Es lo que se denomina decisión por sustitución y que básicamente se fundamenta en respetar los deseos y preferencias de la persona sustituida. La persona designada se convierte entonces en un interlocutor válido y necesario ante el médico

La razón se funda en que la ley supone que el sujeto designado es quien proporciona mayor garantía de que conoce la voluntad del paciente y que deberá, en su caso, adecuarla y ajustarla al supuesto concreto que sojuzga a este. Se entiende que el sustituto es quien brinda mayor garantía de ello y que será quien decida en función de las nuevas circunstancias que envuelvan al enfermo.

Debe suponerse también que, en la especie, no acontece un conflicto de intereses entre los intervinientes, pues, en tal caso, debería el sustituto excusarse de actuar.

*Autonomía y beneficencia* exigen, de nuevo, ser exactamente dimensionadas.

Esta problemática nos acerca a interesantes consideraciones. Por lo pronto, debe advertirse que la cuestión no es lineal y que ofrece perspectivas realmente interesantes.

## 9. Las directivas anticipadas y los niños, niñas y adolescentes

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12, consagra el principio según el cual el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio puede expresarse libremente en todos los asuntos que le conciernan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez.

Como dice la Ley 26.061, en su art. 2, la Convención es de aplicación obligatoria en referencia al acto o decisión de cualquier naturaleza que adopte la persona menor de dieciocho años.

A su vez, los niños, niñas o adolescentes tienen derechos a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2 Ley cit.).

Esos principios son de orden público, irrenunciables, intransigibles (*cf.* art. 2 cit.).

Además, no puede obviarse lo previsto por la letra e) del art. 2 de la Ley 26.529 referida a los Derechos del Paciente y Muerte Digna, según la cual y en relación al derecho de aceptar o rechazar determinados tratamientos, dichos menores tienen derecho a la toma de decisión sobre terapias, procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.

De manera que el término *capaz* del art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser reorientado hacia una significación que le confiera coherencia y sistematicidad no solo

metodológica, sino también funcional y que respete el contenido evolutivo de la categoría bajo análisis.

De allí que no es un problema de capacidad jurídica, sino de competencia bioética. En efecto, se trata de vislumbrar aquellas estrategias —en el marco de una ética dialógica—, respetando el desarrollo evolutivo del menor y considerado su adecuación y eficacia a fin de alcanzar el ejercicio autónomo de sus derechos.

De más está advertir que son medidas personalizadas en función de la competencia del menor autónomo y no solo para decidir, sino para soportar las consecuencias de su decisión (madurez).

Tampoco es exacto pensar que la capacidad progresiva la establece el legislador. Aquella la establece el juez y en función a un puntual menor y en un determinado caso concreto.

### III. Replanteo del problema

#### 1. Las sombras que empalidecen la aplicación de las directivas anticipadas van asociadas a la idea de actualidad y objetividad de aquellas

Como bien parece indicarse en ámbitos comparados, no pueden ser aplicadas las instrucciones previas si son contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho en el momento de manifestarlas. Es que de lo contrario serían ilícitas, ilegítimas o, si quiere, contrarias a la ética profesional.

Esto último es de rigor considerarlo.

Deben ser llevadas a la práctica en un devenir diferente al que fueron redactadas y en donde no es el tiempo lo determinante, sino las circunstancias en que deben aplicarse.

A su vez, no debiera soslayarse el papel de las emociones al momento de redactarlas directivas y el grado de información que se dispone a la hora de ordenarlas.

Se trata de indagar entonces la *competencia del paciente*, atendiendo a una escala móvil y en función de las circunstancias por las que debe atravesar tanto en relación a sus aptitudes mentales y emocionales como a la gravedad de la decisión que adopta.

Por el principio de irreversibilidad debe comprenderse que cuanto más graves, peligrosas e irreversibles son las consecuencias de la decisión que adopta, más exigente debe ser la vara que pretenda establecer la competencia del sujeto para la toma de decisión. Es decir que, a medida que aumentan los riesgos, el nivel de competencia exigible debe ser más elevado.

Lo anterior nos conduce a la idea de que la correcta diagnosis de las directivas pasa por mensurar el grado de razonamiento y de la emocionalidad de quien las pergeña. Y aquello en función de la actualidad que sojuzga al sujeto moral autónomo y donde la vasta información juega un papel importantísimo.

## 2. La irrupción del principio bioético de beneficencia (no maleficencia) en el marco de las directivas anticipadas

La mayor gravedad de la decisión por adoptar está en función directa a la actuación del médico. Es que cuanto mayor sea aquella, mayor es el ámbito de actuación soberana del profesional como depositario del conocimiento científico en que basa en su experticia.

Sin embargo, aquel principio debe ser matizado por otro. Nos referimos al de proporcionalidad, sobre todo referida a cuidados paliativos y cuando las perspectivas de sanación disminuyen. En su caso, solo se trata de justipreciar la calidad de vida y no ya en una inesperable sanación.

Se trata de estrategias de escala móvil que pueden operar en función de puntuales circunstancias en donde tanto las directivas como la labor soberana del médico son apreciadas en función de la mayor o menor gravedad, o en su caso, irreversibilidad de la decisión por adoptar.

Los galenos son soberanos si demuestran que el tratamiento por ellos recomendados es más beneficioso que la directiva del enfermo, quien no solo no tiene los conocimientos de aquel, sino que además aquellas fueron redactadas en otras circunstancias o en una realidad diferente. Se trata de considerar la *lex artis ad hoc*.

Las decisiones adoptadas por el paciente pueden ser no solo desgraciadas, sino también irreparables; todo lo cual conduce a la idea de una ponderación prudente y debidamente mensurada.

Puede discutirse inclusive el grado de vinculación que tienen las voluntades anticipadas. En ese sentido, el Convenio de Oviedo, en su art. 9, establece que los deseos expresados anteriormente por el paciente serán tomados en cuenta, pero de ello no se deduce que deban ser imperativamente considerados.

Es a todas luces evidente que también aquí rige el principio *in dubio pro vita* y que, lejos de ser un documento de carácter vinculante, es indicativo de la senda que ha de seguirse.

Resignificando la problemática que nos moviliza y apuntando a su correcto encuadramiento jurídico, estimamos que es un problema de legitimación del galeno o bien del enfermo, y en función de las concretas circunstancias que rodean a este último.

## V. Conclusión

1. De lo expuesto se concluye que se trata de armonizar los principios bioéticos de autonomía, el de beneficencia (no maleficencia) y, desde luego, justicia. Es decir, no podemos abroquelarnos mecánicamente en la voluntad del paciente si el personal entendido o formado vislumbra que aquella decisión no es la médicamente aconsejable ya la luz de la problemática actual que exhibe el enfermo.

No se trata solo de evitar el mal (no maleficencia), sino de elegir siempre el camino del bien (beneficencia).

En fallos de la Corte (según se vio), una correcta hermenéutica da cuenta de una naturaleza contextual a la sistematicidad de los principios. Es que, según la materia, la balanza se inclina decididamente hacia el principio de autonomía sobre el de beneficencia. Concretamente, adquiere una naturaleza procedimental relativa a temperamentos autorreferentes, sobre todo, *al final de la vida* o tratamientos médicos reñidos con valoraciones o creencias del sujeto moral autónomo y que hacen a su autodeterminación (art. 19 Constitución Nacional).

2. A su vez, pese a la letra de la norma aplicable (art. 60 del Código Civil y Comercial), no se presenta un problema de capacidad, sino de *legitimación jurídica*; vale decir, es la posición jurídica la violentada en orden a la competencia bioética del sujeto autónomo.

En el supuesto de directivas esgrimidas por menores, es donde más se aprecia la correcta perspectiva. El interés superior del niño y aún su madurez y edad son parámetros exigibles no en función de la capacidad (que naturalmente no tiene), sino de su factible competencia. No se descuenta que requieran de apoyos que les facilite el ejercicio autónomo de sus derechos. Es un sujeto naturalmente vulnerable.

Pero frente al caso específico, ostenta legitimación, pues, desde la órbita del derecho, está habilitado (con los recaudos del caso) para decidir sobre su cuerpo y su vida; y todo en función del propio contexto.

3. La consagración de la legitimación en relación a las directivas anticipadas permite advertir que la posible ineficacia de aquellas pueda no ser estructural, sino funcional. No es eventualmente un problema de invalidez. Se trata de una pérdida de efectos del acto voluntario, pero no debido a un vicio en su estructura, sino en su funcionamiento práctico.

Es decir, la causal de ineficacia es sobreviniente al nacimiento del acto jurídico, de manera que es inexacto (en estos supuestos) hablar de nulidad o invalidez.

## VI. Informe final

La proyección que sobre las directivas anticipadas tienen los principios bioéticos implica que la lectura de aquellas no sea el resultado de una inferencia formal proveniente de una deducción silogística.

De aquel temperamento se derivaría una interpretación cerrada de la categoría que impediría efectuar una operatividad razonable de los contenidos. Ello ocurre con las directivas anticipadas pergeñadas como prerrogativas para el bienestar del sujeto moral autónomo.

No caben dudas de que se trata de un nuevo paradigma centrado en la voluntad del paciente, la que desde luego debe ser considerada y respetada. Pero debe entenderse que el

principio de autonomía ha de verse integrado con sus pares: beneficencia, no maleficencia y justicia.

De esa forma, el art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser interpretado desde la razonabilidad que impone la exigencia de una ética contextual. Siendo así, allí donde la norma exige capacidad, aquella no es jurídica sino bioética; vale decir, se trata de competencia y del contexto, de las creencias o circunstancias que rodean al sujeto moral autónomo.

De la competencia bioética se desprende la legitimación jurídica no solo de quien redactó las directivas, sino de quien debe intervenir en función de su ciencia o experticia.

El procedimiento hermenéutico es evolutivo con la agilidad que tenga en cuenta la dimensión temporal y contextual en cuyo campo deben ser entendidas. Deberá comprenderse que de ello depende la operatividad y justificación de la categoría bajo análisis y de la aprehensión de sus fortalezas y comprensibles debilidades.

## VII. Bibliografía

Código Civil y Comercial, Ley N.º 26.994; *Boletín Oficial* n.º 32.985, 8 de octubre de 2014.

Constitución Nacional. Ley N.º 24430. *Boletín Oficial* n.º 28.057, 10 de enero de 1995.

Convenio de Oviedo o Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Consejo de Europa, 4 de abril de 1997.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1993). Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar. 6 de abril de 1993. Recuperado de [www.defensoria.org.ar/bahamondez/marcelo/s/medida/cautelar](http://www.defensoria.org.ar/bahamondez/marcelo/s/medida/cautelar)

— (2012). Albarracini, Nieves; Washington, Jorge s/ Medidas Precautorias. 1 de junio de 2012. Recuperado de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)

Guerra Vaquero, A. Y. (2017). *Voluntades anticipadas: estudio sistemático de su regulación en España y en Europa*. Madrid: Universitas.

Ley N.º 26.529, Ley de Salud Pública. *Boletín Oficial* 31.785, 20 de noviembre de 2009.

Manzini, J. L. (2001). Las directivas anticipadas para tratamientos médicos. *Jurisprudencia Argentina*, IV, (11), pp. 40-47.

Montalvo Jääskeläinen, F. de (2010). Límites a la autonomía de la voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el Derecho Constitucional. *Derecho y Salud*, 20(1), pp. 71-95. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3334880.pdf>

Recaséns Siches, L. (1985): *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.

Seoane, J. A. (2006): Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las Instrucciones Previas en España. *Derecho y Salud*, 14(2), pp. 285-296. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2165050.pdf>