
LA REGULACIÓN DE LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS, ENTRE UNA LUZ Y UNA SOMBRA*

Leonardo GERI**

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2017

Resumen

El presente artículo realiza un análisis de las directivas médicas anticipadas como instituto integrante del núcleo biojurídico incorporado a nuestro sistema legal a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El trabajo comienza con un análisis de la regulación normativa de las directivas médicas anticipadas. A continuación, destaca positivamente lo que se considera una “luz” —la prohibición de la eutanasia— y resalta negativamente lo que se considera una “sombra” —la falta de un sistema de renovación de directivas—, finalizando con una síntesis de las conclusiones arribadas como consecuencia del análisis jurídico realizado.

* El presente artículo se encuentra basado en una ponencia titulada “La regulación de las directivas médicas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, presentada en el IV Congreso Estudiantil de Derecho Civil realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante los días 14, 15 y 16 de marzo de 2016. En esta ocasión, mi ponencia fue comentada por el Prof. Dr. Adrián Schopf, a quien agradezco especialmente. Dedico este trabajo a todos los hermanos chilenos, que desde un primer momento me recibieron con los brazos abiertos en su casa de estudios. Guardo en mi memoria una experiencia académica compartida con personas de gran calidez humana.

** Estudiante de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina).

Palabras clave

Código Civil y Comercial de la Nación – directivas médicas anticipadas – eutanasia – Bioderecho – derechos personalísimos

THE REGULATION OF THE ADVANCE HEALTHCARE DIRECTIVES, BETWEEN A LIGHT AND A SHADOW

Abstract

The present paper makes an analysis of the advance healthcare directives as an institute of the biological core incorporated to our legal system by the new National Civil and Commercial Code.

It begins with an analysis of normative regulations regarding advance healthcare directives. Then, it highlights positively, what is considered a "light" —the prohibition of euthanasia— and it emphasizes negatively, what is considered a "shadow" —the lack of a system of renewal of the advance directives—, finalizing with a synthesis of the conclusions to which the author arrives as a consequence of the legal analysis conducted.

Keywords

Civil and Commercial Code – advance healthcare directives – euthanasia – Biolaw – personal rights

I. Introducción

Luego de que el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield rigiera la vida de los argentinos durante más de 140 años, el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (el "CCCN"). Se trata de un cuerpo legal de 2.671 artículos que unificó la legislación civil con la comercial y cuyos cambios más profundos se verifican en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales. Un progreso lógico, si se tiene en cuenta que la actual codificación se desarrolló a la luz de un contundente bloque de constitucionalidad y convencionalidad que sintetiza los avances del último siglo en el reconocimiento de los derechos humanos.

De este modo, se van instalando entre nosotros nuevos y desafiantes paradigmas jurídicos. Uno de ellos es el denominado “proceso de constitucionalización del Derecho Privado”, en razón del cual la ley civil se erige como un reflejo de los principios constitucionales y convencionales vigentes, dejando atrás la concepción de división absoluta entre el Derecho Público y el Derecho Privado que imperó hasta finales del siglo pasado. Como consecuencia de ello, la persona humana se ubica como centro y eje de todo el sistema legal.

Entre los hechos que impulsaron dicha reestructuración del pensamiento jurídico se encuentran los significativos avances biomédicos que marcaron la historia de la humanidad en las últimas décadas. Consciente de la necesidad de aplicar criterios de justicia en este ámbito, el jurista contemporáneo ha trasladado al campo del Derecho la reflexión bioética, que no hace más que retomar el cuestionamiento eterno del ser humano sobre sí mismo y su dignidad, aplicándolo al campo específico de la biomedicina (ANDORNO, 2012).

En este esquema, el CCCN presenta un núcleo biojurídico compuesto por un catálogo de normas que regulan aspectos fundamentales de la persona humana.¹ Dentro de este plexo normativo, las directivas médicas anticipadas se constituyen como un instituto que pone en relieve el derecho a la autodeterminación personal en el marco de la relación médico-paciente.²

Las directivas médicas anticipadas son instrucciones de concreción futura, que se activan ante un cuadro médico grave que impide a su otorgante manifestarse en ese momento y que pueden consistir en: a) la especificación de los tratamientos médicos que desea o no recibir; y b) la designación de terceras personas para que decidan por él. De este

¹ En el marco de la Parte General del Derecho Civil, podemos mencionar: la protección jurídica de la persona desde la concepción (art. 19); la capacidad de la persona como regla (art. 31 y ss.); la sistematización de los derechos y actos personalísimos (art. 51 y ss.); la inviolabilidad de la persona humana como principio rector (art. 51); las afectaciones genéricas a la dignidad, que quedan amparadas por el sistema de la responsabilidad civil (art. 52); la amplia recepción del derecho a la imagen (art. 53); los actos peligrosos para la vida o la integridad como limitación al objeto de los contratos (art. 54); la disposición de los derechos personalísimos y del propio cuerpo (arts. 55 y 56); la prohibición de la manipulación genética de embriones (art. 57); los parámetros que rigen las investigaciones en seres humanos (58); el consentimiento informado (art. 59); la recepción de las directivas médicas anticipadas y la prohibición de la eutanasia (art. 60); el modo de disponer de las exequias y la dación del cadáver con diversos fines (art. 61); entre otras.

² Entre las últimas obras generales sobre directivas anticipadas, destacamos la que publicó la Universidad Nacional de Villa María (ANDRUET, 2015).

modo, la voluntad anticipada de una persona abarca el *living will*³ y el *durable power of attorney* o *health care proxy*,⁴ que son las denominaciones tradicionalmente utilizadas por la doctrina jurídica norteamericana para referirse a las dos modalidades de directivas antes descritas. Esta doble estructura es pacíficamente aceptada por los autores del Common Law.⁵ Como profundizaremos más adelante, el CCCN contempla ambas variantes.

Tal como lo adelantamos, la autonomía individual es el fundamento iusfilosófico de las directivas, lo que se condice con su génesis histórica en la sociedad norteamericana del siglo pasado. En efecto, MARON (2011-2012: 169) sostiene: “los americanos quieren ser autónomos y ejercer el control sobre su futuro. Este valor impregna todas las áreas de la vida americana, incluyendo las decisiones sobre el cuidado de la salud”.⁶

Lo que ocurre, es que si bien la delimitación jurídica de los alcances de dicha autonomía es un clásico y ampliamente estudiado tema del Derecho Civil, la problemática se potencia ante el progreso médico que, especialmente en los últimos treinta años, generó técnicas terapéuticas que permiten posibilidades de sobrevida impensadas hasta hace unas

³ La traducción al castellano de *living will* es “testamento vital” o “testamento de vida”. Mientras algunos autores utilizan esta denominación, otros la critican bajo la idea de que una declaración no puede ser considerada testamento si sus efectos no están sujetos a la muerte del otorgante. Actualmente lo correcto es emplear el término “directivas médicas anticipadas”, que es el adoptado por el legislador argentino.

⁴ Según CABANELLAS DE LAS CUEVAS (2010: 239), la traducción al castellano de *durable power of attorney* es “poder permanente”, y lo define como “poder que permanece en vigencia durante todo el período en que el otorgante sea incapaz”. Como sinónimo de esta figura, algunos autores norteamericanos utilizan la expresión *health care proxy*.

⁵ MARON (2011-2012: 170) profundiza sobre el contenido de una directiva del siguiente modo: “An advance directive may include a living will, a durable power of attorney for health care, or both. An advance directive may also include specific instructions for medical procedures, including artificial nutrition and hydration (‘ANH’), general life-sustaining treatment, do not resuscitate orders (‘DNR’), or even the use of particular antibiotics. Advance directives also commonly include guidelines for medical care in the event of a persistent vegetative state (‘PVS’), terminal illness, or commitment to a long-term care facility.” En español: “Una directiva anticipada puede incluir un testamento vital, un poder permanente para el cuidado de la salud o ambos. Una directiva anticipada también puede incluir instrucciones específicas para procedimientos médicos, incluyendo nutrición e hidratación artificial (‘ANH’), tratamiento general de mantenimiento de la vida, órdenes de no resucitar (‘DNR’) o incluso el uso de antibióticos particulares. Comúnmente, las directivas anticipadas también incluyen directrices para el cuidado médico en caso de un estado vegetativo persistente (‘PVS’), enfermedad terminal o un compromiso con un centro asistencial.” (la traducción nos pertenece).

⁶ La cita original es: “Americans want to be autonomous and exercise control over their futures. This value permeates every area of American life, including decisions about health care”.

décadas (FLAH, 2015). Este contexto es el que impulsa y favorece el surgimiento de nuevos institutos jurídicos, como el caso de las directivas médicas anticipadas.

En cuanto a la relación médico-paciente —que es el marco de concreción de las directivas—, los autores son contestes en reconocer un cambio de paradigma consistente en poner el acento sobre la autonomía personal, dejando atrás el paternalismo médico imperante durante las centurias pasadas.⁷ Sin embargo, la prudencia nos obliga a advertir que actualmente se verifica una tendencia legislativa y jurisprudencial que tiende a una exaltación injustificada de la autonomía de la voluntad. Como señala BASSET (2012), por temor a caer nuevamente en el paternalismo médico ya superado, se desemboca en el extremo opuesto, de manera tal que se pierde la riqueza del rol del médico, quien queda relegado a ser un simple autómatas o acatador de las órdenes del paciente.

Indudablemente, la concepción del legislador sobre la relación médico-paciente determina la regulación de las directivas médicas anticipadas y de todos aquellos institutos con contenido biojurídico. Por nuestra parte y teniendo en cuenta el panorama actual, abogamos por la tutela de un equilibrio que mantenga a la relación médico-paciente como un vínculo humanitario interpersonal sobre el que gravitan derechos y deberes correlativos tanto de los médicos como de los pacientes.

II. Las directivas médicas anticipadas en el sistema jurídico argentino

Tal como lo adelantamos, en el presente apartado nos referiremos a la recepción jurídica del instituto. A TAL fin, comenzaremos con una síntesis de la evolución en nuestro país. Luego haremos un comentario exegético al artículo 60 del CCCN, a la par que señalaremos —en clave propositiva— algunos institutos que operan como refuerzos de la voluntad anticipada.

El primer reconocimiento de las directivas médicas anticipadas fue social. Muchos años antes de una consolidación legislativa, se registraron en nuestro país casos en los que ciertas personas le requerían a escribanos dejar constancia de su voluntad y establecer disposiciones en previsión de su propia eventual incapacidad futura⁸ (Taiana de Brandi-

⁷ El paternalismo médico es un fenómeno que ha impregnado a la relación médico-paciente durante siglos y que implica que las decisiones en ese marco son tomadas exclusivamente por el médico, cancelando o suprimiendo la importancia de la voluntad del paciente.

⁸ En la VII Jornada Notarial Iberoamericana realizada en la ciudad mexicana de Puerto de Veracruz en el año 1998, se formularon conclusiones referidas al proceder de los escribanos ante la materialización de declaraciones de voluntad anticipada. Entre ellas, la siguiente: “se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad”.

Llorens, cit. por HIGHTON Y WIERZBA, 2003). Desde ya, la difusión de las directivas en las sociedades latinoamericanas responde a una “importación” del instituto, que fue una creación de la ciencia jurídica norteamericana.⁹

Posteriormente, la comunidad académica nacional se manifestó sobre la voluntad anticipada en dos oportunidades concretas. Primero, en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (las “JNDC”) realizadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2001¹⁰ (CROVI, 2010). Tiempo después, en las XIX JNDC realizadas en Rosario en el año 2003.¹¹

Luego de la recepción doctrinaria, algunas provincias se animaron a dar el primer paso legislativo. En Río Negro se sancionó, en el año 2007, la ley 4.263, específicamente dedicada a regular la “voluntad anticipada”, y posteriormente la ley 4.264 referida a la muerte digna, como así también a las directivas. A esta corriente legislativa se sumó Neuquén con el dictado de la ley 2.611 en el año 2008, que incorporó las “instrucciones previas”. Ahora bien, la primera consagración normativa a nivel nacional se dio en 2009 con la Ley de Derechos del Paciente (nro. 26.529), posteriormente modificada en 2012 por la Ley de Muerte Digna (nro. 26.742), que acertadamente incorporó la forma de instrumentar la voluntad anticipada.

Finalmente, desde el 1º de agosto de 2015 rige en nuestro país un nuevo Código que contempla en su artículo 60 las directivas médicas anticipadas, que transcribimos a continuación:

⁹ En una conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina, RABINOVICH-BERKMAN (2016) afirma que la “exportación” de las directivas anticipadas fue llevada a cabo por los Testigos de Jehová.

¹⁰ En esta edición de las JNDC, la Comisión 1 de Parte General abordó el tema “actos de disposición del propio cuerpo”. Allí, se dispuso de *lege lata*: “es menester garantizar a los pacientes terminales la facultad de autodeterminarse. El reconocimiento de dicho derecho, conlleva la facultad de previsión de la propia incapacidad y la plena validez y eficacia de las manifestaciones de voluntad que por escrito realice dicha persona, cualquiera sea la denominación que se otorgue a tales documentos”.

¹¹ En esta edición de las JNDC, la Comisión 5 de Derecho de Familia abordó el tema “autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”. Allí, se dispuso de *lege lata*: “las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica del consentimiento informado y deben ser admitidas en todos los casos en que el paciente eventualmente no pueda expresar su voluntad, no solo en los casos de enfermedad terminal. Los denominados ‘testamento vital’ y ‘poder para el cuidado de la salud’ o ‘mandato de autoprotección’ son medios idóneos para la formulación de tales manifestaciones anticipadas de voluntad. Sería necesario crear un Registro de fácil acceso, vinculado con un sistema de alerta temprana en la documentación personal del paciente que permita al personal sanitario corroborar el contenido de las manifestaciones anticipadas de voluntad que hizo el mismo”.

“Artículo 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 eutanasias se tienen por no escritas.

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

Metodológicamente, el artículo 60 se encuentra en el Capítulo 3 “Derechos y actos personalísimos” del Título I “Persona Humana” del Libro I “Parte General”.

La norma bajo análisis le reconoce la facultad genérica de anticipar directivas a una persona plenamente capaz, es decir, cuando goce de plena capacidad en los términos del CCCN (LAFFERRIERE Y MUÑIZ, 2015). Esta potestad puede consistir en:

a) Conferir mandato¹² respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad: en este caso, se adoptan decisiones sobre la aceptación o el rechazo de tratamientos quirúrgicos, terapéuticos o de cualquier otra intervención médica.

b) Designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela: en este caso, se otorga mandato en favor de un tercero que deberá tomar la decisión sobre la salud del paciente. A la vez, el otorgante podrá o no dejar constancia sobre cómo debe proceder la persona designada. Si no lo hiciere, entonces el tercero deberá practicar una suerte de “reconstrucción de la voluntad” en base a los deseos manifestados por el paciente mientras gozaba de plena capacidad y teniendo en cuenta la particularidades del caso concreto.

En cuanto a la forma de otorgamiento, el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente reza: “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 testigos”. Si bien el Código omite la inclusión del precepto, consideramos su plena vigencia dado que: a) el mismo no ha sido derogado; b) en línea con las ideas que inspiran a la codificación de nuestra época, el CCCN no tiene pretensión omnicompreensiva, sino que

¹² Algunos autores son críticos de la utilización del término “mandato”, dado que refiere a una figura contractual y, como tal, referida a relaciones patrimoniales. En efecto, el artículo 957 del CCCN establece que “contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. A esto se suma que en nuestro derecho, el mandato se extingue por la incapacidad del mandante. En este sentido se manifiesta TOBIÁS (2016).

propone una convivencia armónica con las demás leyes especiales que integran el sistema, con las cuales “dialoga” coherentemente.

Algunos autores poseen una visión crítica de la exigencia formal. Así, se ha dicho: “el requisito de formalizar las declaraciones anticipadas ante escribano público o juzgados de primera instancia resulta excesivo y bien puede operar como un serio obstáculo para asegurar el acceso y hacer efectivo el derecho a expresar la voluntad” (FERRARI, 2013: 314).

Por nuestra parte, entendemos que la formalidad impuesta es un acierto legislativo, en tanto que configura un elemento que tiende a reforzar la reflexión de quien anticipa su voluntad en torno al ejercicio de sus derechos personalísimos. Coincidimos con TAIANA DE BRANDI Y BRANDI TAIANA (2015) al reconocer la trascendencia de la labor notarial en las cuestiones de índole personalísima, de familia y de orden sucesorio.

A la vez, el Código consagra el principio de revocabilidad. El último párrafo del artículo 60 establece: “esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”. Cabe observar que el precepto no estaba previsto en el Anteproyecto del CCCN redactado por la Comisión de Reformas, sino que recién fue introducido al Proyecto por el Poder Ejecutivo. Creemos que la incorporación se justifica por una cuestión de cambios legislativos: la disposición antes mencionada fue introducida en nuestro derecho en el año 2012, con la sanción de la Ley de Muerte Digna —modificatoria de la Ley de Derechos del Paciente—, mientras que el Anteproyecto había sido elevado el año anterior.

En síntesis, las directivas tienen un anclaje normativo expreso en el Código en dos modalidades concretas. Ahora bien, el instituto conlleva una complejidad bioética profunda. Como advierte TOBIAS (2016), el margen de vaguedad, generalidad y abstracción de las directivas (propio de la dificultad de individualizar algunas situaciones clínicas) no es susceptible de ser eliminado por el legislador. Siguiendo a este autor, señalamos a continuación algunos mecanismos que operan como exigencias legales en otros sistemas jurídicos, y que a nuestro entender atenúan el dilema central de las directivas:

a) La designación de un tercero que precise en el caso particular las directivas otorgadas. Esto no es exigido por el Código. Nótese que no nos referimos a la designación de un tercero para que decida por el otorgante, porque esta es simplemente una modalidad optativa de directivas que difiere al tercero, cuya designación es exigida por ley, al solo efecto de adaptar la voluntad anticipada al caso médico concreto.

b) La exigencia legal de que la voluntad anticipada sea informada, de modo que la decisión siempre esté precedida por información médica acerca de los cuadros clínicos posibles, dado que esta facultad no está al alcance de quien no tiene conocimientos

técnicos en medicina. Tampoco es exigido por el Código, con lo cual se advierte la profunda diferencia entre las directivas médicas anticipadas y el consentimiento informado (art. 59 del CCCN).

c) Ciertas formas que refuercen la decisión del otorgante. Con acierto, la Ley de Derechos del Paciente exige intervención notarial o judicial, pudiéndose optar por una u otra, siempre contando con la presencia de dos testigos.

d) La exigencia legal de actualizar las directivas estableciendo un plazo de validez de las mismas. En este sentido, TOBIAS (2016: 144) precisa que “cuanto mayor es la falta de actualidad de la directiva, mayor es la incerteza”. Desafortunadamente, no rige en nuestro derecho tal requisito, y sobre el particular nos detendremos más adelante.

Se verifica que de todas estas posibles exigencias, el legislador argentino solo receptó la relativa a la forma de otorgamiento.

III. Una luz: la prohibición de la eutanasia

En este tercer apartado, comentaremos la prohibición de prácticas eutanásicas prevista en el nuevo Código, a la vez que reseñaremos el juego normativo que gira en torno a la temática.

Según ANDORNO (2012), la eutanasia es la muerte provocada en el ámbito de un tratamiento médico, y esta puede ser activa (p.ej., a través de una inyección letal) u omisiva (p.ej., cuando se dejan de brindar a un paciente los cuidados mínimos e indispensables). A la par, la eutanasia puede ser voluntaria o involuntaria según concurra o no el consentimiento del paciente.

El artículo 60 del Código establece expresamente que “las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”, lo cual implica la lisa y llana prohibición de la eutanasia en el ordenamiento jurídico argentino. La veda legal se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la constitucionalización de las normas civiles fue el camino escogido y seguido por el codificador a los fines de lograr un paralelismo entre derechos humanos y derechos personalísimos.

Correlativamente a la prohibición de la eutanasia, el artículo 59 inciso g del Código aborda el problema del encarnizamiento terapéutico, cuestión que ya había sido regulada en la Ley de Muerte Digna de 2012. A partir de la clásica distinción entre el carácter proporcionado o desproporcionado de los tratamientos médicos, se consagró el derecho a rechazar intervenciones médicas de cualquier tipo “en caso de padecer una enfermedad

irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”.¹³

Sin embargo, en el marco de este juego normativo, se prevé la posibilidad de renunciar a la alimentación e hidratación. Sobre este punto, manifestamos nuestra disidencia con el legislador, porque consideramos que nutrir e hidratar a una persona constituyen cuidados básicos y ordinarios cuya supresión implica una forma de eutanasia por omisión, en evidente contradicción con la prohibición que el mismo Código efectúa.

A la vez, el criterio legal comentado en el párrafo precedente fue convalidado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “D.M.A.”.¹⁴ En efecto, el Máximo Tribunal dictó sentencia mediante la cual confirmó la decisión del Tribunal Superior de Neuquén haciendo lugar a la petición de las representantes de un paciente en estado de mínima conciencia. Concretamente, lo que se pretendía era la supresión de la alimentación e hidratación que mantenían al enfermo con vida desde hacía más de 20 años. Nótese que la Corte aplicó a la controversia la Ley de Muerte Digna, que aún no había sido sancionada al momento de la judicialización del caso. Nos interesa señalar que el paciente no había otorgado directivas médicas anticipadas, de modo que se recurrió al instituto del “consentimiento por representación”, materializado en una mera declaración jurada de las hermanas del paciente en la que constaba la presunta voluntad de éste en caso de encontrarse en tales circunstancias. No hay mayor detalle sobre cómo llegaron las hermanas a ese testimonio. Se trata de una suerte de “reconstrucción de la voluntad” de notable debilidad jurídica (LAFFERRIERE Y ZABALETA, 2015).

Volviendo a la veda legal de las prácticas eutanásicas, no estamos de acuerdo con la interpretación que efectúan algunos autores al entender que dicha prohibición solo se circunscribe a la eutanasia activa y directa (HOOFT Y HOOFT, 2010; HOOFT, 2015; LAMM, 2015). Esta exégesis implicaría dar luz verde a otras formas de eutanasia pasiva, lo cual solo puede ser resultado de una interpretación forzada que no se corresponde con la teleología de la

¹³ El texto es idéntico al previsto en la Ley de Muerte Digna. Cabe precisar que si bien la norma fija como situación válida para el ejercicio del derecho la existencia de una enfermedad “irreversible, incurable o en estado terminal”, la conjunción disyuntiva “o” fue reemplazada en el decreto reglamentario 1089/12 por la conjunción copulativa “y”. De este modo, el estado terminal se configura como un requisito que debe concurrir con el carácter irreversible e incurable de la enfermedad. Lo dicho fue señalado por BASSET (2012) antes del dictado del decreto referido.

¹⁴ CSJN, 7/07/2015.

norma. En nuestra opinión, la finalidad del legislador fue esencialmente “no distanásica”, mas no “eutanásica”.¹⁵

Sin perjuicio de nuestra divergencia con el criterio legislativo y jurisprudencial vigente acerca de la supresión de la alimentación e hidratación, entendemos que el Código mantiene el principio de indisponibilidad de la vida humana, lo cual es coherente con una tradición jurídica de larga data en nuestro país y que se basa en un fundamento iusfilosófico concreto: la muerte nunca es un “bien debido” en términos de justicia (ANDORNO, 2012).

IV. Una sombra: la falta de un sistema de renovación de directivas

Al comentar la regulación normativa de las directivas, destacamos cuatro mecanismos legales que apuntan a reforzar la voluntad anticipada. En esta oportunidad, y en clave propositiva, nos enfocaremos en uno de ellos.

Desde que el legislador se ha propuesto la regulación de las directivas, la doctrina no ha dejado de manifestar su inquietud por la posible discordancia entre la voluntad anticipada y la voluntad efectivizada. Con razón, SAMBRIZZI (2010: 149) explica: “si bien es cierto que las directivas pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento, también es factible que no se acuerde de hacerlo hasta que sea tarde para ello, por lo que sin duda parece lícito dudar sobre la eficacia actual de la voluntad del paciente expresada con anterioridad, al estar imposibilitado para cambiar la decisión que tomó, en uno u otro sentido, cuando se hallaba con plena lucidez y capacidad”.

A esto se suman los grandes cambios y avances científicos y tecnológicos que día tras día irrumpen en el ámbito de las ciencias médicas y que pueden justificar un cambio de opinión respecto de la situación que había generado el otorgamiento de directivas, dado que lo que hoy es un medio desproporcionado, al cabo de los años puede convertirse en una terapia medianamente segura y eficaz.¹⁶

Es por lo expuesto, que el legislador no puede desatender el conflicto originado por la distancia psicológica y temporal que media entre la formulación de una directiva y el

¹⁵ La finalidad “no distanásica” apunta a evitar el encarnizamiento terapéutico, que se configura cuando un paciente está sujeto a tratamientos médicos desproporcionados y sin perspectivas de mejoría. Por su parte, la finalidad “eutanásica” implicaría legalizar el acto dirigido a provocar la muerte de un paciente, sea por acción o por omisión.

¹⁶ Según PERAZZO (2010), este dilema fue señalado por médicos encuestados en el marco de un estudio realizado por el Hastings Center y publicado el 5 de diciembre de 1991 en “The New England Journal of Medicine”.

hecho que motiva su aplicación. Partiendo de esta base, se torna necesario regular un sistema de renovación de directivas mediante un plazo de validez que permita determinar la caducidad de las mismas. SAMBRIZZI (2010) señala que algunos autores consideran que debería ser de cinco años, mientras que otros han propuesto que la renovación sea anual. En otra opinión, se propone que la caducidad de las directivas opere a los 10 años (GIROTTI BLANCO, 2014). Por nuestra parte, consideramos que es una cuestión sujeta a la prudencia legislativa, siendo útiles los criterios seguidos en la normativa de otros países.¹⁷

Frente a nuestra propuesta, cualquiera se podría preguntar qué ocurre ante directivas caducas. Sin embargo, lo cierto es que la incertidumbre en torno a la voluntad anticipada nunca desaparece, independientemente de que exista o no un plazo de validez. Es por ello que el interrogante se debe formular en sentido inverso: ¿qué ocurre si las directivas han sido periódicamente renovadas? Evidentemente, en ese caso la seguridad acerca de la voluntad del paciente será más contundente.

Es que la finalidad del sistema propuesto es dotar de mayor fuerza a las directivas renovadas. Es por ello que cuestionar la utilidad de un plazo de validez implica también cuestionar la utilidad de las directivas anticipadas en sí misma. Nos explicamos. Teniendo en cuenta el derecho vigente, en el caso de un paciente sujeto a medidas de soporte vital, que no puede manifestarse a causa de su estado físico o psíquico, se presentan dos alternativas:

a) Si ha otorgado directivas médicas anticipadas, habrá que estarse al contenido de las mismas, sea que consista en un mandato respecto de su salud —primer modalidad de voluntad anticipada— o en la designación de la persona o personas que han de decidir por él —segunda modalidad de voluntad anticipada—, o en ambas conjuntamente.

b) En caso de que no haya otorgado directivas, habrá que recurrir al denominado “consentimiento por representación”, otorgado por un tercero, con el objetivo de “reconstruir” la voluntad del paciente.¹⁸

¹⁷ SAMBRIZZI (2010) señala que una ley sancionada en Francia a fines del año 2004 dispone que las directivas anticipadas deben haber sido escritas menos de tres años antes de haber caído el paciente en la inconsciencia. Por su parte, Bélgica estableció el plazo de validez en cinco años.

¹⁸ LAFFERRIÈRE (2017) advierte que existe una divergencia normativa con respecto a quién debe otorgar el consentimiento por representación. La Ley de Derechos del Paciente —a partir de la reforma introducida por la Ley de Muerte Digna— remite al orden de prelación previsto en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos. Lo que ocurre es que tal remisión no es efectuada por el CCCN, sino que este realiza una enumeración propia en el artículo 59 *in fine*. A los fines de armonizar tales normas, el

Ante el escenario descrito, surge la pregunta: ¿para qué regular las directivas médicas anticipadas pudiéndose recurrir a una aplicación directa del consentimiento por representación? La respuesta es nuevamente la misma: todo apunta a garantizar la real voluntad del paciente y a reforzar la seguridad que sobre la misma se tendrá cuando él ya no pueda manifestarse por sí solo. Es por ello que el legislador ha diseñado —aunque tal vez sin intención directa— un sistema compuesto por institutos que se vinculan subsidiariamente entre sí ante el caso concreto.

El dilema bioético que comentamos en el presente apartado se concretó en el *leading case* “Albarracini Nieves”.¹⁹ En esta oportunidad, el 1 de junio de 2012 la CSJN confirmó la sentencia dictada por un tribunal de segunda instancia que había denegado una medida precautoria interpuesta por el padre de una persona mayor de edad que había manifestado, ante un escribano público, su rechazo a cualquier eventual transfusión sanguínea, dada su pertenencia al culto “Testigos de Jehová”. El progenitor acudió a la Justicia a los fines de lograr una transfusión a su hijo, que se encontraba internado por heridas sufridas en el marco de un intento de robo. Tal como señalan los jueces, la particularidad del caso está dada por la existencia de directivas médicas anticipadas otorgadas por Pablo Albarracini, cuatro años antes del hecho que generó la controversia.

Uno de los argumentos invocados por el recurrente consistió en que su hijo “habría abandonado el culto para luego regresar y así sucesivamente en distintas oportunidades”. La Corte reconoció que lo alegado “podría generar algún tipo de incertidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de la decisión de Pablo”, aunque luego sostuvo que “este argumento genérico y carente de precisiones no tiene fundamento suficiente como para al menos presumir que hubiese habido una modificación en sus creencias” (del considerando undécimo). Pese a tal presunta seguridad, línea seguida el máximo tribunal resaltó como indicio revelador del mantenimiento de creencias religiosas el matrimonio entre Albarracini y una mujer de su mismo credo, celebrado algunos meses antes en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová. En definitiva, el padre del paciente sembró la duda y la Corte, en un considerando específicamente dedicado a la cuestión, resaltó una circunstancia de hecho concreta como mecanismo para neutralizar la incertidumbre planteada.

citado autor interpreta que en caso de que exista una sentencia previa de incapacidad o de restricción a la capacidad, el consentimiento debe ser otorgado por el representante o apoyo —por aplicación del artículo 59 *in fine* del Código—. Si no existe tal sentencia, rige el orden de prelación entre familiares previsto en la Ley de Trasplantes de Órganos, dada la mayor precisión que este tiene en comparación con el regulado en el artículo 59 *in fine* del Código. A la par, y especialmente en casos de emergencia, el consentimiento podrá ser otorgado por el denominado “allegado que acompaña al paciente”.

¹⁹ CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 01/06/2012.

La distancia temporal entre el acto de otorgamiento de una directiva y el hecho que motiva su aplicación es una característica propia de este tipo de directrices, y su actualidad nunca estará totalmente garantizada. Partiendo de esta premisa, lo que proponemos es la regulación de herramientas legales que coadyuven a que la seguridad prime sobre la incertidumbre.

V. Conclusiones

Del presente trabajo extraemos seis conclusiones concretas:

a) En razón de la consolidación del bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigente, la codificación del siglo XXI coloca a la persona humana como centro del sistema legal, y a su dignidad como principio jurídico rector.

b) Los avances de la biomedicina han sido de tal magnitud que surge la necesidad insoslayable de aplicar criterios de justicia en ese ámbito. A partir de ello, el CCCN incorpora un núcleo biojurídico que regula aspectos fundamentales de la persona humana.

c) Dentro de ese entramado normativo y como máxima expresión del derecho a la autodeterminación personal, se regulan las directivas médicas anticipadas en dos modalidades concretas.

d) En línea con la tradición jurídica argentina, se prohíbe la eutanasia y se ubica a la vida humana como un bien jurídico indisponible.

e) Subsiste una divergencia doctrinaria en torno a la calificación de la supresión de la alimentación e hidratación, lo que a nuestro entender configura un supuesto de eutanasia omisiva que debería estar vedado, de modo de lograr una coherencia con lo normado por el artículo 60 del CCCN.

f) La falta de actualidad es un problema intrínseco de las directivas que no puede ser totalmente solucionado por el legislador, aunque sí puede ser atenuado mediante diversos mecanismos legales. Uno de ellos podría ser la incorporación de un sistema de renovación de directivas a través del establecimiento de un plazo de validez. La duración del mismo deberá ser fruto de un debate legislativo prudente que tome a la realidad social de nuestro país como criterio rector.

Bibliografía

- ANDORNO, R. (2012) *Bioética y dignidad de la persona*, 2da ed., Madrid, Tecnos.
- ANDRUET, A. (H.) (2015) *Directivas anticipadas en Argentina (muerte digna)*. Derecho, bioética y ética, Córdoba, Advocatus.
- BASSET, U. (2012) “La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 4, n° 7, pp. 161-167.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y HOAGUE, E. (2010) *Diccionario Jurídico*. Law Dictionary. 2da ed., Buenos Aires, Heliasta, t. II.
- CROVI, L. (2010) “Las directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 7, pp. 258-268.
- FERRARI, M. et al. (2013) “Directivas anticipadas: un progreso legislativo”, *Pensar en Derecho*, año 2, n° 3, pp. 283-324.
- FLAH, L. (2015) “Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial”, L.L. 2015-E, 774-783.
- GIROTTI BLANCO, S. (2014) “Las directivas anticipadas y su caducidad”, en AIZENBERG, M. (dir.) *Estudios acerca del Derecho de la Salud*, Buenos Aires, La Ley - Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 115-127.
- HIGHTON, E. Y WIERZBA, S. (2003) *La relación médico paciente: el consentimiento informado*, 2da ed., Buenos Aires, Ad-Hoc.
- HOOFT, P. Y HOOFT, I. (2010) “Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, n° 3 - Derechos del Paciente, pp. 225-259.
- HOOFT, I. (2015) “Derechos y actos personalísimos”, en RIVERA, J. y MEDINA G. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, t. I, pp. 197-242.
- LAMM, E. (2015) “Derechos y actos personalísimos”, en HERRERA, M. et al. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, t. I, pp. 124-149.

LAFFERRIÈRE, J. (2017) “¿Quién decide? Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina”, *Enfoques sobre Salud, Bioética y Derecho*, n° 1.

LAFFERRIÈRE, J. Y MUÑIZ, C. (2015) “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, año 7, n° 5, pp. 147-165.

LAFFERRIÈRE, J. Y ZABALETA, D. (2015) “Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, año 7, n° 8, pp. 251-264.

MARON, R. (2011-2012) “Who Has A Will To Live?: Why State Requirements For Advance Directives Should Be Uniform?”, *Regent University Law Review*, n° 24, pp. 169-199.

PERAZZO, G. (2010) “Voluntades anticipadas y su estatus bioético”, *Revista Vida y Ética*, año 11, n° 1, pp. 223-238.

RABINOVICH-BERKMAN, R. (2016) “Aspectos jurídicos de las directivas anticipadas”, conferencia dictada en la Academia Nacional de Medicina en el marco del “Seminario: Voluntad anticipada”, consultada en [<https://www.youtube.com/watch?v=CoWB22P9gmY>] el 15/02/2017.

SAMBRIZZI, E. (2010) “Voluntades anticipadas, su valor legal”, *Revista Vida y Ética*, año 11, n° 2, pp. 145-156.

TAIANA DE BRANDI, N. Y BRANDI TAIANA, M. (2015) “El consentimiento informado y las directivas anticipadas. Su trascendencia en el ámbito de los derechos personalísimos y en el quehacer notarial”, *J.A.* 2015-IV, pp. 862-869.

TOBIÁS, J. (2016) “Las directivas anticipadas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, año 8, n° 6, pp. 133-149.