

Directivas anticipadas o actos de autoprotección

Flora M. Katz

*“¡ Ay del que es de otro modo
y se atreve por todos los caminos
a atacar las limitaciones,
a ensancharlo y a abrirlo todo!
Es siempre detenido y denostado
por los bufones que aseguran
las viejas posiciones.”*

Peter Weil

Los avances de la medicina y el derecho de los adultos mayores

Decidir si uno tiene derecho a vivir y cómo es un tema que da lugar a discusiones y conflictos interminables en las que están involucrados principios religiosos, éticos, jurídicos y políticos que, a menudo, llegan a la justicia para ser resueltos cuando lo deseado por las personas no coincide con lo que la ley permite.

Siempre el derecho va detrás de los cambios que se producen en la sociedad, sea en el área económica, educativa, familiar, social y de salud; al derecho le cuesta adaptarse a los cambios, dictar o modificar normas aplicables a los mismos.

Hay en general una actitud, y no solamente en el campo del derecho, a rechazar todo lo que signifique cambios, nuevas ideas o normas. El ámbito jurídico se mueve con estructuras tradicionales basadas en una legislación que no contempla la situación de personas que, estando lúcidas, quieren prever su situación al llegar a la ancianidad o frente a una incapacidad inesperada.

La ancianidad es un proceso fisiológico normal, que se da en todas las personas y aunque algunas tengan facultades disminuidas, que se proyectan en su vida personal, actividad profesional, laboral o de negocios, esto no significa que sean incapaces y se las declare inhábiles.

La medicina científica alcanza cada vez más, expectativas de salud y longevidad, y el objetivo de la atención médica pasó a ser la prolongación de la vida, se han agregado años de vida, el promedio de vida de las personas ha aumentado en forma notable. La tecnología de la salud está en permanente progreso, no se suponía que las personas iban a vivir hasta edades tan avanzadas y con previsiones tan sorprendentes que, un test *online* por ejemplo, permitiera calcular a diez años el riesgo de fractura que pueda sufrir una persona, previsión importantísima para mujeres mayores de 50 años que sufren de osteoporosis.

El diario español *El País*¹, informaba que el máximo de vida llegó a los 122 años, esto ocurrió en Francia, y la esperanza de vida media en los países desarrollados se duplicó en los últimos 100 años, como consecuencia de las vacunas, los antibióticos y al saneamiento de las aguas; este fenómeno revela la victoria de la medicina occidental sobre la enfermedades infecciosas, un avance que sería deseable, pueda llegar a los países en desarrollo.

Otro ejemplo de cómo la medicina vence las dificultades de la vejez es el descubrimiento de una píldora que combina cinco drogas y promete disminuir ciertas enfermedades propias de la ancianidad, empujando la enfermedad. El doctor Metz, profesor del Centro de Envejecimiento y Salud Pública de la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, considera que la edad media se ha extendido actualmente hasta los 70 u 80 años y solo después surge la ancianidad.

En Gran Bretaña la expectativa de vida es de 77 años para los hombres y 82 para las mujeres, actualmente se vive hasta “edades no naturales” porque la tecnología desafió a la naturaleza y le ha ganado.

Nora Bär informa en una nota publicada en el diario *La Nación*² que la proporción de personas mayores de 60 años está aumentando en forma notable, y ya no se los llama ancianos o viejos sino *adultos mayores*, personas que están en actividad, pues muchos trabajan, estudian y hacen actividad física. México ha inaugurado una universidad para *ancianos* donde se enseña matemáticas, economía, finanzas, informática, idiomas, derecho, danza, gimnasia, literatura, historia y filosofía.

Rita Levi-Montalcini, descubridora del factor de creci-

1. *El País*, 22/3/09.

2. *La Nación*, 12/4/09.

miento nervioso y Premio Nobel, tiene 100 años. Esta científica concurre diariamente al Instituto Europeo de Investigación del Cerebro, instituto que lleva su nombre, y se encuentra en la afueras de Roma, y además en horario vespertino. Trabaja en una fundación que creó hace 15 años para estimular la educación de las mujeres africanas y lucha permanentemente por causas sociales y por la defensa de la ciencia italiana.

En Argentina, Gregorio Klimovsky, epistemólogo de importante actividad, falleció recientemente a los 86 años, y Manuel Sadovsky, matemático que introdujo la informática en el país, falleció a los 91 años. Evidentemente estas personas tienen pasión por lo que hacen y su hacer es una lección y un modelo de vida para todos aquellos que están recorriendo esa etapa.

La prolongación de la vida de una persona ha determinado la necesidad de que ella quiera prever su futuro a través de las *directivas anticipadas*, *testamento vital* o *living will*, institución que tiene su origen en países anglosajones, particularmente en Estados Unidos. Fue el abogado Luis Kutner quien redactó un modelo de documento en el cual las personas con enfermedades terminales podían disponer no someterse a tratamientos médicos considerados cruentos e invasivos.

Estas decisiones se vuelcan en documentos privados y voluntarios, con indicaciones para futuros cuidados y son resueltas por una persona anciana o con enfermedad terminal, quien dispone no someterse a tratamiento médicos, indicando los futuros cuidados que aceptaría. Esta persona debe estar en pleno uso de sus facultades mentales, a fin de que lo que dispone se ponga en práctica cuando se encuentre gravemente enferma y no tenga suficiente capacidad para tomar decisiones.

Estas directivas anticipadas pueden contener manifestaciones de la voluntad de un individuo y son, en síntesis, un mandato de autoprotección, el derecho que tiene de disponer sobre su propia persona y su patrimonio en el caso de una pérdida de discernimiento.

Cada acto de autoprotección es distinto porque depende de la voluntad y de la situación de cada persona afectada por una enfermedad terminal, quien podrá decidir:

- a) si desea recibir tratamientos médicos que prolonguen su vida,

b) cuándo quiere que se produzca la interrupción de tratamientos médicos o terapias y

c) tener derecho a nombrar un representante que tome ciertas determinaciones en caso de que se incapacite, y dónde quiere ser internado en caso de ser necesario.

Es válida la expresión de la voluntad de un adulto mayor si la manifiesta anticipadamente estando lúcido, pues en última instancia se esta respetando el derecho a la libertad y dignidad de toda persona.

La prolongación de la vida hace necesario un correcto manejo del futuro, de la situación familiar si la hubiere, pues a veces el anciano no tiene familia y está solamente acompañado de un equipo interdisciplinario geriátrico gerontológico que no puede resolver por él, pues se estarían violando aspectos éticos, morales y legales.

Desde hace apenas unos diez años, y como consecuencia de esta prolongación de la vida, se inició el reconocimiento de la importancia y el interés por la situación legal de los ancianos a quienes se los reconoce como personas de “la tercera edad” o de “edad adulta”.

Esa prolongación de la vida plantea ciertos conflictos, la legislación en nuestro país ha dado recientemente respuesta a través de la ley 26.529, promulgada el 20 de noviembre del 2009.

El grupo familiar del adulto mayor tiene legalmente obligaciones hacia él, aunque hay que considerar si los integrantes de esa familia están dispuestos a asumirlas y cumplirlas, lo que trae aparejado, en algunos casos, tensiones y controversias, disgustos o alejamiento en el grupo familiar. Todo esto provoca una presión que llega a la angustia y agresividad ante el hecho que genera hacerse cargo del anciano y surge el “yo no puedo”, “tengo que trabajar y mantener mi propia familia”, “no tengo lugar para que viva en mi casa” o “quién va a gerenciar el personal que necesite si sigue viviendo en su domicilio”, “quién se encargará del cuidado de su salud y de la relación con los médicos”, “quién se encargará de administrar sus bienes”. Por todo eso, es conveniente que el anciano lo resuelva en forma previa y personal.

Con relación al tema de prever la ancianidad, la investigadora y lingüista Ivonne Bordelois considera que hay una impo-

sibilidad clara de nombrar a la muerte, y la idea que domina es la de la muerte como sujeto. Evidentemente este concepto tiene una raigambre muy profunda, tanto en el lenguaje como en la cultura; hay una tendencia a personalizar a la muerte y verla con hostilidad, sin embargo, la autora dice que actualmente se observa un rasgo progresivo diferente, hay una tendencia a percibir la muerte como un pasaje natural, que tiende a combatir el miedo a ella. Hoy se habla con más naturalidad de la muerte y se prevén situaciones.

Según esta autora, otro inconveniente que se presenta en nuestra cultura es la relación con la enfermedad, y en ese sentido el lenguaje pasa a expresarse en forma hermética, se hacen rodeos para mencionar ciertos males a fin de suavizar el impacto, apelándose en general al disimulo a fin de ocultar lo que es inevitable. Cuando se habla de enfermedad se usan subterfugios a fin de no enfrentarse con los desfallecimientos que la enfermedad produce y a los que estamos inexorablemente expuestos.

Experiencia en el ámbito nacional

La ley y la jurisprudencia en nuestro país no había respondido hasta fecha reciente a los problemas que se presentan frente a estos cambios, los que hasta hace pocos años eran impensables.

Cuando dentro del ámbito argentino se empezó a tratar el tema sobre la posibilidad de que las personas dispusieran de su futuro en los casos de que se incapaciten, se hablaba de “actos de disposición para la propia incapacidad”, pero más tarde se reemplazó esa denominación por la de “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”.

Ante esta realidad, a la que accedieron y conocieron por su propia actividad profesional, escribanos argentinos iniciaron la búsqueda de una repuesta dentro de la legislación nacional e incursionaron en el derecho comparado. Esta investigación fue iniciada y llevada a cabo por Nelly Taina de Brandi y Luis Rogelio Llorens, investigación que luego fue concretada en una obra de su autoría, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*.

Los autores consideran que es difícil pensar en la propia

muerte y en la posibilidad de contraer enfermedades que nos incapaciten; esta situación no afecta solo a personas de edad avanzada, sino también a personas que sufren prematuramente una disminución física y necesitan protección. Es por eso que sugieren que en estos casos y en los de los adultos mayores, lo más conveniente es que estas personas, siempre que gocen de sus plenas facultades mentales, dispongan cómo quieren que los cuiden y que administren sus bienes en caso de que se incapaciten.

Taiana de Brandi dice que los principios básicos de estos mandatos de autoprotección o directivas anticipadas son el reconocimiento de la libertad, el respeto por la dignidad de las personas y la autonomía de la voluntad.

Frente a estos casos, la inquietud que surge es si un anciano o una persona prematuramente incapacitada pero conciente puede tomar ciertas decisiones con respecto a su futuro, darlas a conocer y de qué manera las instrumenta o cómo hace para que, cuando se incapacite, esas decisiones, resueltas de acuerdo a sus creencias, valores, sentimientos y filosofía personal, puedan ser válidas. Lo que antecede es una forma de valorizar la autonomía de la voluntad de una persona, quien podrá designar un interlocutor válido, un tutor o un representante conforme a su propia decisión.

El Código Civil argentino, en el artículo 52, expresa que las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones a las que le son permitidos todos los actos y derechos que no le son expresamente prohibidos (art. 53), es decir toda persona capaz de obrar, o con capacidad de hecho, aun cuando pueda encontrarse disminuida por ciertas falencias, deficiencias o discapacidades, en menor o mayor medida, que le impidan manejar su persona y su patrimonio, no significa que deja de ser *persona*, es decir, “no es un muerto”. Consecuentemente, el artículo 468 establece que el disminuido tiene derecho a actuar por intermedio de un curador que lo represente y lo asista y este puede ser designado por el juez.

Sin embargo, estas normas no eran suficientes ya que, como lo hemos visto, frente a los progresos de la ciencia y los desarrollos tecnológicos que permiten extender la edad vital de las personas, el adulto mayor puede tener ciertas limitaciones,

pero es lúcido mentalmente, tiene sentimientos de identidad, de pertenencia y puede asumir todas las cuestiones vinculadas a su persona, en la medida de su entendimiento, en síntesis, decidir cómo quiere vivir cuando se incapacite.

De acuerdo a la ley argentina, las normas en materia de incapacidad habían entrado en una etapa crítica y las normas restrictivas existentes eran excesivas e invasivas y no resolvían situaciones que surgen actualmente en forma reiterada.

Toda persona capaz tiene que tener derecho a decidir cómo quiere vivir su propia y eventual incapacidad, inhabilitación o necesidad de asistencia y tener también derecho a otorgar lo que ha llevado a designarse como *acto de autoprotección* o *directiva anticipada*, en el que, personalmente y en un acto de previsión, resuelva quién quiere que sea su curador cuando el juez deba nombrarlo, o resolver que no quiere que lo sea determinada persona y dar instrucciones que deberán ser observadas por terceros, familiares o curadores en todo lo vinculado con el lugar en donde desea vivir, la clínica o instituto geriátrico en donde quiere ser internado. En lo vinculado con su salud negarse a ser sometido a tratamientos terapéuticos que violan su dignidad o su vida cotidiana, o no considerar digno respirar ayudados mediante un respirador o conectados a aparatos sofisticados o disponer el trasplante de sus propios órganos y/o tejidos, el destino de sus despojos, si desean ser cremados y arrojados en un lugar especial, o indicar el cementerio donde descansarán sus restos, observándose su credo religioso.

Actos de autoprotección o autotutela

Según Nelly Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, un *acto de autoprotección* consiste en:

[...]un sistema de acciones y medidas encaminadas a prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes de una persona de edad adulta que se incapacite, dando respuesta adecuada a las posibles situaciones de emergencia, garantizando la integración de esas actuaciones con el sistema público de protección civil.

En síntesis, es el acto que otorga una persona capaz sobre el modo en que quiere ser tratada su persona y su patrimonio para la eventualidad de su propia incapacidad.

Una buena muerte es aquella en que el moribundo puede decidir el proceso de morir con dignidad y con calma, y que al mismo tiempo los familiares y amigos sientan que acompañan al ser querido a morir con decoro y dignidad, de acuerdo a su propia voluntad, y recibiendo el trato de ser humano hasta el final de sus días.

A las críticas que pueden surgir frente a los actos de autoprotección del adulto mayor surge la siguiente reflexión: si de acuerdo al Código Civil una persona puede nombrar un tutor para sus hijos bajo patria potestad y más aun, un curador para hijos mayores de edad incapaces, resulta incongruente que una persona mayor de edad y plenamente capaz no pueda expresar su voluntad y exteriorizarla, designando una persona para la toma de decisiones vinculadas con su salud, en el caso de que quedara postrada o dependiendo de aparatos y sin posibilidad de comunicación, pudiendo desechar una vida artificial y no digna.

Los actos de autoprotección tienen gran importancia, sobre todo en casos de personas solas sin hijos o familiares, o cuando estos viven en el extranjero, situación muy común en esta época de tanta movilidad por razones de estudio o trabajo, personas quienes en estos casos, y a la distancia, no podrían tomar ciertas decisiones que requieren celeridad y eficiencia.

Para que estas manifestaciones de voluntad del adulto mayor tengan total validez es necesario que esté lúcido y que las manifieste ante un escribano por escritura pública, que es una forma válida e idónea, la que irá precedida del asesoramiento integral del profesional interviniente sobre los alcances de la misma. Este documento tendrá autenticidad, fecha cierta y matricidad lo que le permitirá, al juzgado que intervenga en su momento, juzgar sobre la capacidad del otorgante en el momento en que el adulto mayor realizó el acto.

Es conveniente que dichos actos tengan un plazo de duración a fin de garantizar las disposiciones establecidas, si bien podrá, vencido el mismo, prorrogarse. Además y como este es un derecho personalísimo debería preverse su revocabilidad, es

decir, dejarlo sin efecto en cualquier momento.

Estos documentos no son testamentos, en consecuencia no deben reunir las solemnidades y formalidades que se exigen para ellos, si bien es conveniente que concurren a estos actos dos o tres personas cercanas o conocidas del disponente, quienes firmarán juntamente con el otorgante y lo acompañarán en un acto de importante trascendencia.

Es fundamental señalar que estos documentos de *actos de autoprotección* deben ser publicitados a fin de que se conozca su existencia en el momento en que surja la incapacidad del mayor adulto y pueda ser aplicado.

El 23 de abril del 2004 el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires aprobó la creación de un Registro de Actos de Autoprotección, “en previsión de una eventual incapacidad”, siempre que fueran otorgados por escritura pública, cualquiera sea la jurisdicción o el lugar en que este acto hubiere sido realizado. A fin del resguardo del derecho a la intimidad, el registro solo se limita a tomar nota de la existencia del mismo y del nombre de las personas autorizadas por el otorgante para acceder a su conocimiento en el momento en que fuere necesario; actualmente hay 300 actas registradas. Las provincias de Chaco, Río Negro y Neuquén han incorporado también los registros de actos de autoprotección.

El 9 de septiembre del 2009 el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires aprobó la creación dentro de ámbito del Colegio, del Registro de Actos de Autoprotección, registro que comenzara sus actividades en el mes de enero de 2010.

La ley 26.529, “Salud Pública, Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, incluye distintos capítulos: **I.** “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, **II.** Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud **III.** De la información sanitaria, **IV.** Del consentimiento informado, **V.** De la historia clínica.

Jurisprudencia nacional

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso Bahamondez, juzgó que un testigo de Jehová podía negarse a una transfusión de sangre, aunque su vida peligrara, y que los médicos no podían sin el consentimiento del paciente realizar ningún tipo de curación o terapia por respeto a la privacidad, derecho a la intimidad y a la dignidad, pues la calidad de vida de las personas pertenece al ámbito privado:

[...]vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona sin interferencias del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Este fallo dio lugar a una jurisprudencia en defensa de la autonomía privada siempre que no se atente contra derechos de terceros.

La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, un juez reconoció que un paciente tenía el derecho de morir abandonando un tratamiento. Esta decisión es un tema de debate ético legal, pero al mismo tiempo es el análisis de la voluntad de la persona, que la deja asentada, en salud y siendo capaz al prever su posible enfermedad y lo irreversible de la misma, manifestando además que se protejan sus intereses y bienes cuando ya no tenga capacidad para hacerlo, en síntesis, prever en esos casos lo que será el cuidado de su persona y la administración de sus bienes si los hubiere.

El Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nº1, Secretaría Nº5, del departamento judicial de Mar del Plata resolvió “que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o actos de autoprotección”.

Dentro de la legislación vigente encontramos la ley 24.441 de fideicomiso, que prevé el fideicomiso testamentario y pactos internacionales con rango constitucional como la Declaración de las Derechos Humanos.

Derecho comparado

Los actos de autoprotección tuvieron su origen en legislaciones, doctrina y jurisprudencia anglosajona de Canadá y los Estados Unidos.

En Francia, se modificó recientemente el Código Civil y se incorporó un capítulo sobre las personas mayores que son protegidas por la ley, estableciendo un régimen de protección jurídica para aquellas que se encuentran en la imposibilidad de proveer sus propias necesidades, sea porque sus facultades mentales o corporales les imposibilita la expresión de su voluntad. La “Protección de Justicia” establece protección jurídica temporaria de una persona, quien será representada por un tercero para realizar ciertos actos y el nombramiento de esa persona surge, en casos de necesidad, de una decisión judicial.

No es necesario que la persona esté incapacitada, pues conserva el ejercicio de sus derechos y puede disponer de la administración de su patrimonio; se aplica a casos de trastornos de personalidad o *borderlines*, a enfermedades mentales pasajeras o a comas postraumáticos. El anciano o enfermo puede revocarlo.

En Italia, el Código Civil instituyó la “Administración de Sostén”, en virtud de la cual el juez puede nombrar un administrador designado por el propio beneficiario en caso de su eventual incapacidad. Lo hace por escritura pública ante notario o en un documento privado con certificación de firma. Recientemente en Italia el Senado aprobó una ley³ que limita el derecho a morir, la norma prohíbe suspender la alimentación a un paciente terminal, es decir que los médicos no estarán obligados a respetar la voluntad del paciente en estado terminal, esto surge de un controvertido proyecto de ley sobre testamento vital.

En Alemania, el sistema de protección de los incapaces rige desde 1990 y está basado en la facultad de autoadministración de las personas y prevé que una persona sana pueda otorgar un poder para el caso de enfermedad o ancianidad, especificando las facultades que otorga.

El *living will*, testamento vital o testamento para la vida en Escocia se refiere a “las directivas avanzadas” (*advanced directives*) y en Inglaterra son “las decisiones avanzadas” (*advance*

3. *La Nación*, 27/3/09.

decisions), contenidas en un documento en el cual, bajo ciertas circunstancias, una persona no desea recibir tratamiento médico si se enfermara seriamente en el futuro y fuera incapaz de decidir su propio tratamiento. Los tratamientos, en esos casos, se refieren a recibir alimentación o respirador artificial y resucitación. Estos documentos deben ser firmados cuando la persona está mentalmente capacitada. Las *advance decisions* o *advance directives* deben ser regularmente revisadas o examinadas y fechadas, si bien pueden ser canceladas en cualquier momento frente a tratamientos con nuevas drogas y de acuerdo a las preferencias y decisiones de la persona, lo que puede hacer en forma oral u escrita mientras ella goce de su capacidad.

En Inglaterra son válidas y aplicables de acuerdo a la *mental capacity act* del año 2005 y deben seguir instrucciones de profesionales de la salud. En Escocia las *advance directives* no son legalmente obligatorias para adultos incapaces.

El sistema inglés está basado en la autorregulación de los casos de incapacidad de los propios afectados. En la ley se ha establecido normas para estas decisiones personales preventivas que apuntan al bienestar personal, la salud y el cuidado médico del individuo. El documento en el que se expresan estas disposiciones se registra en una Corte de Protección, un Tribunal de competencia en temas de capacidad.

En España, la ley dictada en el 2002 regula la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; contempla también la voluntad anticipada, en virtud de la cual una persona mayor de edad y capaz puede expresar anticipadamente su voluntad para cuando se presenten situaciones en que no sea capaz de expresarlas, y con relación a cuidados, tratamiento de su salud y destino de su cuerpo o de sus órganos en caso de su fallecimiento. Esta ley también contempla, en caso de intervenciones, el derecho del paciente a ser informado previamente a la realización de las mismas, a conocer su propia historia clínica, su contenido y custodia, el informe de alta y toda documentación clínica.

Allí cada Comunidad reglamenta las directivas anticipadas, las que se registran en las respectivas comunidades y en el registro nacional.

Conclusiones

La bioética, consecuencia de la biopolítica, es una ciencia que surgió hace apenas treinta años y por lo que, como consecuencia de sus investigaciones, comienza a legitimarse el derecho de las personas sobre el propio cuerpo, como así también el poder decidir de acuerdo a sus creencias y valores.

La protección de los mayores o incapacitados es un tema que plantea dudas y dificultades en el orden jurídico. A los avances técnicos en la medicina actual, que permiten que las personas vivan mas años, se ha respondido acertadamente con la sanción de la ley 26.529, que responde a una necesidad, promoviendo seguramente discusiones, que poco a poco irán marcando el camino correcto.

Es importante considerar también que las personas que, por su trabajo o actividad, corren ciertos riesgos, podrán recurrir a las actas de autoprotección, pudiendo disponer para el futuro, si acaecieran situaciones que los inhabilitara, observando las mismas formas y solemnidades que para las directivas anticipadas o de autoprotección.