

DRA DABOVE MARIA ISOLINA

El derecho de la vejez

En el mundo jurídico la **autonomía** puede ser comprendida como aquel espacio individual en cuyo ámbito cada persona ejerce por sí misma el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes que solo a ella se refieren y le permiten proyectarse y desarrollarse, en igualdad de condiciones –aunque sin dañar– que los demás. Es el campo de independencia, dentro del cual cada sujeto despliega sus derechos y obligaciones fundamentales, en áreas claramente marcadas por la subjetividad, tales como la identidad, la vida y la salud, la integridad física y moral, el honor y la propia imagen, la intimidad, las libertades individuales –de circulación, de expresión, la libertad ideológica o de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad sexual, entre otras–, la propiedad y su vinculación con los bienes y cosas, el domicilio, la vivienda y su hábitat (o medio ambiente), el trabajo, la ocupación y la recreación, su relación con los otros sujetos de derecho.

Como nunca antes había sucedido, el siglo XX nos legó la posibilidad de extender la duración de la vida, tal como lo acreditan los altos índices demográficos de esperanza de vida⁶. A tal punto que hoy, en el siglo XXI, el envejecimiento poblacional es considerado un fenómeno global y multigeneracional. En anteriores investigaciones hemos destacado que el proceso de envejecimiento actual está caracterizado por un aumento generalizado y sostenido de la expectativa de vida en todo el mundo, así como por la feminización de la vejez, esto es, por la menor mortalidad de las mujeres mayores. Se trata de la ampliación cronológica de la vejez, como último estadio de la vida, con una duración promedio de 20 años por persona, con la existencia simultánea y en expansión de dos generaciones envejecidas, muchas veces no vinculadas por lazos de parentesco.

Ahora bien, respecto de la capacidad y la voluntad, la vejez supone una serie de modificaciones a nivel físico, psíquico y ocupacional de la persona, que se traducen en un cambio en la autovaloración, en la relación con la sociedad y,

principalmente, en la inserción familiar. Esta situación suele dar lugar a una crisis de identidad, denominada “gerontolescencia”, con consecuencias no siempre positivas para la persona mayor aun cuando sea transitoria en el tiempo¹⁰.

Así, no obstante que la persona (o un grupo poblacional) viva una vejez normal o “no patológica”, en este estadio no siempre es posible ejercer con plenitud todas las potencialidades que en ella están implícitas. No siempre le es factible a la persona el acceso a un conjunto de condiciones que le aseguren algún tipo de equilibrio bio-psico-social, apto para el desarrollo de sus planes de vida. No es habitual, en definitiva, que pueda disfrutar de su autonomía personal, del marco de libertad básico para el ejercicio de sus derechos y obligaciones y para su desarrollo vital, en igualdad de condiciones con todas las demás. Es pues este escenario ambivalente el que coloca a las personas de edad avanzada en una posición jurídica desventajosa, siempre “en riesgo” de ser lesionadas física o moralmente; de ser privadas, en suma, del espacio necesario para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Como ya lo hemos señalado en otras oportunidades, esta rama está fundada en los derechos humanos y cuenta con una fuente normativa sumamente importante para nuestra región: la CONVENCION INTERAMERICANA de los DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONA MAYORES. Este tratado fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2015, entró en vigencia el 11 de enero de 2017 ya fue ratificada por Argentina e integra nuestro derecho.

En el tema puntual de la capacidad de las personas mayores, la Convención Interamericana contiene los siguientes avances:

- a. Logra un reconocimiento pleno de la autonomía personal en la vejez
- b. Establece un régimen de capacidad que evita ser restringido generalizadamente
- c. Promueve la inclusión de mecanismos que contemplen sistemas de apoyo con salvaguardias para las personas mayores cuyo discernimiento, libertad o intención se vean afectados negativamente y, sistema de representación en forma excepcional para las personas mayores que no hayan podido comunicar su voluntad por ningún medio.

d. Fomenta la adopción del criterio de gradualidad a la hora de establecer las restricciones para el caso.

ESCRIBANA PATRICIA A LANZON

REPRESENTACION EN EL AMBITO SANITARIO

Poder preventivo

Antecedentes

La LEY de derechos del paciente N° 26.529 con las reformas de la Ley 26742 y 26812 y su reglamentación por Decreto 1089/12, trajo la novedad de receptar legalmente un instrumento que ya existía en la práctica: las directivas anticipadas del paciente, y vinculado a ellas ,vía reglamentación, la figura del “interlocutor” que hará efectivas las mismas

Representantes-Entonces nos encontramos con varias posibilidades de representantes que pueden ser :

- a) interlocutores en base a unas directivas anticipadas del paciente, (ART 11 Dec. Reglam.)
- b) autorizados por el paciente a recibir información sanitaria y decidir tratamientos, dar consentimiento, en el ámbito sanitario (art 2 inc. f) Dec. Reglam.)
- c) quienes prestan el consentimiento en base a un listado con un orden de prelación determinado legalmente.
- d) Apoderado art 60 CCC (2015)

Autorización para brindar información sanitaria

El art. 4 LDP establece que la información sanitaria NO puede ser brindada a terceras personas sin la autorización del paciente. Solamente para el caso de paciente incapaz o con imposibilidad de comprender por causa de su estado físico o psíquico, la información será brindada:

- a su representante legal o, en su defecto,
- al cónyuge que conviva con el paciente,
- a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo
- y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad

Casos de necesidad de representantes:

- paciente que no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación,

- que no haya designado persona alguna para hacerlo en los casos anteriores
- pacientes incapacitados legalmente o menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar

CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACION

El art. 6 LDP es donde se hace referencia a las personas mencionadas en el art. 21 Ley 24.193 modificada por la ley 26.066 en 2005 ley de trasplante de órganos-

Representantes del art.21-Ley trasplantes

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador;
- En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis.

Art 19 bis de la ley trasplantes nos dice:

ARTICULO 19 BIS: — La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

Por lo expuesto decimos que es confusa y compleja la legislación al respecto del tema de representantes, por ello es muy aconsejable afrontar el tema con anticipación y designarlos mediante directiva anticipada y/o poder sanitario (Art.60)

La CORTE S.J. de la nacion en el fallo DIEZ, donde no había directivas previas y solo se contaba con la expresión de las hermanas del paciente, dejo establecido:

- “En efecto, no se trata de que las personas autorizadas por la ley -en el caso, las hermanas de M.A.D.-, decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o de la provisión del soporte vital de su hermano en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que, como resulta claro del texto del artículo 21 de

la ley 24.193 al que remite el artículo 6° de la ley 26.529, ellas solo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquel a este respecto.”

- “Los términos del artículo 21 de la ley son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este .

- Es decir que no deciden ni "en el lugar" del paciente ni "por" el paciente sino comunicando su voluntad.”

- Veamos que el Código civil y comercial

en su art. 60, nos aporta cuatro cuestiones , entre ellas el mandato específico.

- 1) directivas médicas anticipadas
- 2) mandato sobre temas de salud para el caso de incapacidad
- 3) designación de quienes puedan prestar consentimiento médico y
- 4) designación del propio curador

La incapacidad del art. 60 Se interpreta en sentido amplio, no solamente la incapacidad declarada judicialmente; ello en base a lo previsto en las leyes antes vistas para casos de imposibilidad de participación y toma de decisiones del paciente.

Temas de salud.La postura doctrinaria estricta considera estos poderes solamente están previstos para cuestiones sanitarias, ya que así lo vemos en el texto del art. 60.

Poder sanitario, en sus versiones puede darse:

- El poder sanitario está vigente desde el momento de su otorgamiento y le permite al apoderado tomar decisiones sobre la salud del poderdante, tendientes a (indicar aquí las diferentes estipulaciones y deseos) , en cualquier situación en que no pueda manifestarse o a criterio del médico no pueda comprender .

- El poder no está vigente hasta tanto no se lo declare al poderdante con restricciones de capacidad parciales o totales;

- Del mismo poder deberá surgir también la forma en que se determinará la prueba de esa incapacidad, restricción o impedimento,- según se haya estipulado- de manera que se haga efectivo el poder.

Poder sanitario.CONFORMIDAD DEL REPRESENTANTE

Adherimos a la postura que si en el acto de apoderamiento no está plasmada la conformidad del representante, que es exigida por la ley especial, ello no le quita al Poder su validez y eficacia. Este poder se otorga en virtud de lo que dispone el CCyC en su artículo 60. Igual postura para las directivas anticipadas

España Ejemplos de poder preventivo

- pueden surtir efectos desde que el poderdante los otorga ante notario y prever en ellos una cláusula que diga expresamente que el poder subsiste si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad, artículo 256 CC, o
- pueden otorgarse solo para el supuesto de que en el futuro el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, artículo 257 CC.
- Los primeros se denominan usualmente
- “poderes con subsistencia de efectos”;
- los segundos son estrictamente los “poderes preventivos o de previsión”

En el artículo 257 CC dispone que “El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante”.

La notaria comunica de oficio el otorgamiento del presente poder al registro Civil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 para su constancia en el registro individual de la poderdante.

TENER EN CUENTA- Desde 2003 los poderes no caducan por incapacidad debido a la reforma del Código Civil si así lo tienen establecido.