

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

XV JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Madrid, España, del 28 al 31 de Mayo de 2012

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

Título: REGULACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS POR MEDIO DEL CUAL UNA PERSONA PUEDA DAR INSTRUCCIONES A LOS MÉDICOS RESPECTO AL TRATAMIENTO O NO TRATAMIENTO MÉDICO, CONOCIDO COMO “LIVING WILL” O DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA.

Autores: Notario Alicia Beatriz Rajmil

Notario Roberto Augusto Lucero Eseverri

Integrantes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – Segunda

Circunscripción con asiento en la ciudad de Rosario.

Entidades miembros del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>Sumario.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Introducción.	7
II. El derecho a la salud y a decidir sobre el propio cuerpo como derecho fundamental de todas las personas. Derechos personalísimos.	8
III. Libertad, igualdad y dignidad.	11
IV. Consentimiento informado.	15
V. Derecho de autoprotección: directivas anticipadas en materia de salud. 1 Concepto. 2. Su contenido. 3. La forma. 4. Necesidad de su registración.	20
VI. La cuestión en el derecho argentino.	31
VII. Capacidad y autonomía en la toma de decisiones concernientes a la salud.	35
VIII. Función notarial.	38
IX. Conclusiones.	40
Bibliografía.	41

PONENCIAS.

En el ámbito de la salud el Derecho plantea hoy dos cuestiones insoslayables: a) el acceso igualitario al sistema de salud y a los tratamientos más avanzados, responsabilidad prioritaria de las políticas públicas de cada país en este área, y b) el derecho de cada persona a decidir sobre cuestiones concernientes a su salud y a su propio cuerpo, tanto para consentir como para rechazar los tratamientos que se les propongan. El reconocimiento del paciente como agente moral autónomo y el respeto a su voluntad en relación con las decisiones que afectan al propio cuerpo ocupa hoy un lugar relevante en el esquema de salud y fundamenta la nueva doctrina del consentimiento informado que constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

El régimen de capacidad de las personas en el derecho argentino se encuentra profundamente reformado, con directa implicancia en el ámbito de la salud, por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nuestra legislación interna da cuenta de estos cambios a través de las leyes 26.061, (Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes), 26.529 (Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado) y 26.657 (Salud Mental).

En nuestro país, la Ley 26.529 del 21.10.2009 se opone claramente a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente y reconoce el derecho de este último a ser protagonista en toda decisión que involucre su salud. Asimismo recepta derechos fundamentales del paciente vinculados con su autonomía y dignidad en especial su derecho al consentimiento informado, el que supone que toda persona puede rechazar el tratamiento que se le indica, es lo que actualmente se conoce como “negativa Informada” permitiendo también la posibilidad de otorgarlo de manera anticipada. Los actos de

autoprotección, conocidos también en relación a la salud como directivas anticipadas, garantizan este derecho.

El derecho a tomar decisiones autorreferentes con respecto a la propia salud reconocido por la Ley Nacional 26.529, no debe encontrar escollos y menos aún detenerse ante interpretaciones restrictivas del Derecho, ya sea en atención a la edad o a la declaración judicial de incapacidad. Más allá de las medidas de apoyo que cada persona requiera en la toma de decisiones, nadie puede ser privado del derecho a ser oído en este ámbito.

Afirmamos que la escritura pública es el instrumento idóneo para plasmar anticipadamente, de manera fehaciente, la voluntad de las personas y sus decisiones con respecto a su salud ya que permite dotar al acto de autenticidad, seguridad y certeza garantizando además la voluntad bien deliberada, la intención y la libertad de su autor. El Notario desempeña un rol fundamental en los grandes cambios del mundo jurídico, y es por ello que las directivas anticipadas deben ser asumidas como un desafío en su doble función: como jurista en la interpretación de las leyes y como operador del derecho y creador de formas aptas para instrumentar válidamente la voluntad de los particulares.

Los principios de libertad, igualdad y dignidad cobran relevancia en este ámbito. El reconocimiento del Derecho de Autoprotección y su aplicación concreta en materia de salud significan el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de las personas, y sin dudas, propicia su ejercicio igualitario.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientes desarrollos tecnológicos y científicos, que a diario se registran en el ámbito de la salud, impactan en los sistemas de valores, plantean nuevos paradigmas y generan interrogantes y cuestiones problemáticas que involucran a los profesionales de la salud y a los profesionales del Derecho. Si bien se han multiplicado la cantidad y eficacia de tratamientos médicos y terapias diferentes en pos del sostenimiento de la vida, no siempre conllevan un mejoramiento de su calidad. También es necesario reconocer que en muchos sistemas de salud, los avances científicos y tecnológicos en la materia sólo están al alcance de minorías privilegiadas. Los principios de libertad, igualdad y dignidad cobran relevancia en este ámbito.

Una materia nueva pero en pleno desarrollo como la Bioética marca claros rumbos en la interrelación de la ciencia médica y la ciencia jurídica con los derechos fundamentales de los seres humanos. “Se trata, por cierto, de nuevos problemas que involucran el concepto de hombre que tenemos para nosotros mismos y para los demás; nuestro concepto de vida y de muerte y nuestro criterio y prudencia para que los avances tecnológicos sean usados para mejorar la calidad de vida y de muerte, y le otorguen prioridad al respeto a la persona humana y su dignidad”¹. El reconocimiento del paciente como agente moral autónomo² y el respeto a su voluntad en relación con las decisiones que afectan al propio cuerpo ocupa un lugar relevante en el actual esquema de salud y fundamenta la nueva doctrina del consentimiento informado.

El Derecho plantea así, entre otras, dos cuestiones insoslayables: a) el acceso igualitario al sistema de salud y a los tratamientos más avanzados, responsabilidad prioritaria de las políticas públicas de cada país en este área, y b) el derecho de cada persona a decidir sobre cuestiones concernientes a su salud y a

¹ Vid. HOOFT, Pedro Federico. “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 2.

² *Idem*, p. 19.

su propio cuerpo, tanto para consentir como para rechazar los tratamientos que se les propongan. En este tema, sensible y actual, centraremos el presente trabajo, haciendo especial referencia a su desarrollo en nuestro país.

Cabe analizar si el esquema médico-legal imperante es adecuado para afrontar los acontecimientos que caracterizan a los modernos tratamientos médicos y al estado actual de la investigación.

El reconocimiento del Derecho de Autoprotección y su aplicación concreta en materia de salud significan un avance trascendente en el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de las personas, y sin dudas, propicia su ejercicio igualitario.

Se impone pues, analizar el rol que juega el Derecho en este ámbito y su eficacia en la búsqueda de nuevas formas e instrumentos jurídicos adecuados. Como notarios, depositarios de la fe pública, operadores del Derecho y asesores naturales de las personas, debemos brindar respuestas ágiles y eficaces que garanticen la vigencia y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

II. EL DERECHO A LA SALUD Y A DECIDIR SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TODAS LAS PERSONAS. DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

El reconocimiento del derecho de toda persona al más alto nivel de salud y a decidir sobre su propio cuerpo se vincula estrechamente con la protección de los derechos fundamentales de las personas. Integran aquellos derechos que han sido reconocidos desde hace tiempo como universales, inalienables e inherentes a todos los seres humanos, no obstante su sistemática violación a largo de la historia.

El mundo de la post-guerra, conmovido ante las devastadoras

consecuencias de los conflictos bélicos, promovió el desarrollo de los derechos humanos con su incorporación en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).³

Posteriormente desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados, se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos⁴, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad.⁵

Como resultado de esta evolución, hoy los derechos humanos no se refieren sólo a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos crueles e inhumanos, sino también a los derechos personalísimos, garantistas de la personalidad, y entre ellos cobra relevancia el derecho a la salud y a la toma de decisiones sobre el propio cuerpo, juntos a otros derechos fundamentales como la identidad, la intimidad, el trabajo, la vivienda digna, la educación, la no discriminación y la integración plena en la sociedad.⁶ Se reconoce de esta manera el rol trascendente del Derecho en la vida cotidiana de las personas y en la satisfacción de sus necesidades inmediatas.⁷

Es importante señalar que las nuevas normas internacionales otorgan primordial relevancia a la voluntad de las personas y su protagonismo en toda decisión que les afecte. Se reconoce en ellas al ser humano como sujeto pleno de sus derechos y no mero objeto de control o protección, más allá de la edad, la enfermedad, el sexo, la discapacidad o de cualquier situación de vulnerabilidad que lo afecte,

³ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p.14.

⁴ Especialmente a partir del Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966.

⁵ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., "Derecho de Autoprotección" en Revista del Instituto de Derecho e Integración, Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, p. 56.

⁶ Vid. CALO, Emanuele, "Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad", Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000, p. 55.

Las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)⁸ y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁹, responden a estos nuevos paradigmas.

La Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994, al igual que las constituciones más modernas, además de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y les otorga jerarquía constitucional. Por su parte la CDPD ha sido aprobada por nuestro país por ley 26.378, aunque aún no cuenta con rango constitucional.

En nuestro país LLAMBIÁS¹⁰ ha definido a los derechos personalísimos o derechos de la personalidad como derechos innatos del hombre, cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad.

Estos derechos presentan como caracteres los siguientes: son innatos, puesto que acompañan a la persona desde su concepción en el seno materno y durante toda su vida, por ello también se caracterizan por ser vitalicios. Son inalienables, en cuanto no son susceptibles de enajenación. Imprescriptibles, dado que no se pierden por su no uso o abandono, extrapatrimoniales y absolutos, toda vez que se ejercen *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que los lesione.

Santos CIFUENTES, clasifica estos derechos según refieran a la integridad física, la libertad e integridad espiritual. Dentro de los primeros encontramos el derecho a la vida, la salud y el destino del cadáver. En cuanto la libertad, abarcaría los derechos al movimiento, expresión del pensamiento, realización de los actos jurídicos, utilización de la fuerza física y espiritual. Por último, la

⁷ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *op. ult. cit.* p. 58.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989.

⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006.

¹⁰ Vid. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. p.183.

integridad espiritual supone el derecho al honor, la imagen, la intimidad y la identidad.¹¹

III. LIBERTAD, IGUALDAD Y DIGNIDAD.

La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son los derechos fundamentales más relevantes en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Este paradigma implica: a) el predominio de la Constitución, como centro del sistema jurídico, por sobre la voluntad libre del legislador; b) la preeminencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social y cotidiana de las personas y c) un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que significa también un mayor y decisivo protagonismo de los jueces.¹²

La libertad es la facultad de elegir o de determinarse. Por ella podemos hacer o no hacer, por ella el hombre se autodetermina, haciendo muchas cosas que no las haría si no las quisiese hacer. La conducta procede de la propia voluntad, sin que exista coacción insuperable.¹³

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad ha sido definida como la decisión de una persona derivada de sus propios valores y creencias, la cual, es intencional, planificada, se basa en un conocimiento y entendimiento adecuados y no está sujeta a coacción interna ni externa.

En materia contractual, la misma se encuentra plasmada en el art. 1197 del Código Civil argentino, y es justamente en los contratos, donde la autonomía tiene

¹¹ Vid. CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, p. 320.

¹² Vid. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, María Isolina, "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción*, Graficarte, N° 1, Año 1, Rosario, 2009, pp. 28-32.

¹³ Vid. CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954, p.346.

su mayor despliegue: *“las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”*, lo que implicaría, para las partes intervinientes, que el contrato constituye la ley que regirá esa relación contractual. Asimismo el Código Civil Cubano, en sus artículos 310 y 312, establece que el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, pudiendo éstas establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario. Similar norma contiene el Código Civil español que en su artículo 1.255, dispone: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

En cuanto a la exteriorización de la voluntad en forma unilateral, podríamos hablar de autodeterminación, que sólo encontraría límites en las normas de orden público. Es decir, que dicha autonomía no puede realizar actos contrarios o violatorios de las normativas señaladas, las cuales no pueden suplirse ni ser dejadas de lado.

Pero debemos advertir y comprender los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico con respecto a la autonomía y a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad de aquellos anteriormente ignorados por el Derecho, como los enfermos y los menores de edad¹⁴ La voluntad de la persona sin dudas cobra fundamental relevancia cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo y su salud.

El desarrollo del principio de igualdad y no discriminación es, quizás, la piedra angular en la evolución de los derechos humanos. Este principio se formaliza en el campo internacional a partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

¹⁴ CALO, Emanuele, *op. cit.* p. 285.

Originariamente se refiere a “la igualdad formal o igualdad ante la ley” con una visión abstracta del ser humano, pero el posterior desarrollo de los derechos sociales lo torna insuficiente, se comienza a hablar entonces de “igualdad de oportunidades”. Se demanda una mayor igualdad en los hechos y para ello es necesario partir del reconocimiento de las diferencias existentes entre los seres humanos.

La moderna Constitución española de 1978 reconoce claramente el principio de igualdad, gozando de jerarquía constitucional los tratados internacionales referentes a este principio. Así, su artículo 10 establece: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

La Constitución de la Nación Argentina refiere a la igualdad ante la ley en su artículo 16. La noción formal de igualdad, como dijimos, parte de una concepción abstracta del hombre. En ella no hay preocupación alguna respecto de las desigualdades físicas, psíquicas, culturales o económicas de los individuos. Este escenario ha llevado a considerar a todas las personas dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer la actividad conforme su propia voluntad¹⁵. Un concepto más sustancial de la igualdad como igualdad de oportunidades se incorpora en el artículo 14 bis, pero recién se expresa con mayor contundencia en el artículo 75 inc. 23 incorporado a la Carta Magna argentina en la reforma del año 1994, que se refiere a las medidas de acción positiva o como algunos las han llamado: de discriminación inversa. Son aquellas que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las

¹⁵ Vid. BARBERO, Dariel O. y DABOVE, María Isolina., *op. cit.*, p. 37.

personas con discapacidad.

En la actualidad, las personas en situación de vulnerabilidad deben contar con las mismas oportunidades y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos que las demás personas. El principio de igualdad se vincula hoy de manera inescindible con el ejercicio pleno de los derechos y el respeto a la voluntad de las personas, más allá de sus circunstancias.

La dignidad hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad. La dignidad se explica en buena medida por la "autonomía" propia del ser humano. El sentido etimológico de la palabra digno deriva del adjetivo latino *dignus*, que se traduce por "valioso"; es el sentimiento que nos hace sentir valiosos, sin importar nuestra vida material o social.

La dignidad se basa en el reconocimiento de la persona de ser merecedora de respeto, más allá de sus características físicas, psíquicas o sociales.

La libertad, la igualdad y la dignidad son principios que deben regir toda decisión que se adopte sobre la salud y por consiguiente la vida de cada persona.

IV - CONSENTIMIENTO INFORMADO¹⁶.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de una suficiente información este decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. El

¹⁶ Epígrafe basado en el trabajo original "Directivas anticipadas en materia de salud", presentado por Roberto A. LUCERO ESEVERRI en coautoría con Mónica R. DE DIOS. IX Jornada

concepto comprende dos aspectos: que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el médico revele adecuada información al paciente¹⁷. BIDART CAMPOS entiende que se trata de conductas autorreferentes¹⁸, es decir que no afectan la moral, el orden público ni derechos de terceros y que partiendo de este presupuesto cada ser humano tiene derecho a decidir todo cuanto se vincula con su salud, su vida y su bienestar.¹⁹

La moderna doctrina del consentimiento informado nace, en los Tribunales norteamericanos, en cuyas resoluciones se destaca junto al fundamento jurídico, el carácter del postulado ético. Así, en el año 1914, el Tribunal de Nueva York dicta una de las resoluciones más emblemáticas e influyentes, con ocasión del caso “Scholoendorff vs. Society of New York Hospital”, al examinar un interesante supuesto, consistente en la extirpación de un tumor fibroide del abdomen de un paciente durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica, se trataba de una laparotomía explorada y en la que el paciente, había dejado expresamente aclarado que no quería ser operado. En el fallo, el juez Cardozo consideró que “todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacer con su propio cuerpo. Por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente los daños.” No obstante lo anunciado por la Corte, la sentencia fue absolutoria para el médico que había realizado la intervención quirúrgica con la oposición expresa del paciente, pues la demanda se había centrado en la responsabilidad del hospital por los daños causados por cirujanos que utilizaban sus instalaciones.

del Notariado Novel del Cono Sur – 30 de Agosto al 1° de Septiembre de 2007 – Punta del Este – Uruguay.

¹⁷. HIGHTON, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°1 *Daños a la Persona*, Ed. Rubinzal Culzoni, p.170.

¹⁸ La Constitución Nacional Argentina proclama en su art. 19 que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

A raíz de este fallo, en Estados Unidos se formó un importante cuerpo jurisprudencial que marcó las diferentes etapas que han presidido el desarrollo del consentimiento informado hasta adquirir los contornos actuales.

En el Derecho comprado el consentimiento informado es ampliamente reconocido. Es importante destacar, que ya desde el año 1986, España lo contempla en su ley nacional de sanidad (art. 10) y posteriormente en el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología”. Este documento, también conocido como Convenio de Oviedo, fue suscripto en 1997 por los Estados Miembros del Consejo de Europa y entró en vigencia el 1º de enero de 2000. En su art. 5º prohíbe llevar a cabo intervención alguna sin el consentimiento informado y libre del paciente.

La doctrina del consentimiento informado se desarrolló en base a dos valores: a) el principio de la autonomía de la voluntad y b) el principio de maximización de la salud. El otorgamiento de este consentimiento parte de una relación especial de confianza y de intercambio con el dador de salud quien acuerda realizar el tratamiento dentro de las limitaciones establecidas.

La tradición médica paternalista, basada en un saber médico incuestionable, desconoció a largo de la historia la voluntad del paciente y su participación a la hora de adoptar decisiones.

En efecto, durante siglos, la relación médico-paciente fue de tipo verticalista, esto es, el médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente. Podía ocultar información y resolver según su sabiduría pero también según sus propias creencias y valores. Al galeno competía la decisión desde el lugar del “poder-saber” y el paciente, al ser ajeno al conocimiento, no tenía participación alguna en dicho proceso. En el antiguo modelo se exigía del

¹⁹ Vid. BIDART CAMPOS, Germán J, “Por un derecho del bienestar de la persona” en Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética (cita 39), *cit. pos.* HOOFT, Pedro Federico, *op. cit.* p.19.

enfermo obediencia y confianza al médico, y éste por su parte cumplía con su deber al buscar el máximo beneficio para el paciente que generalmente se entendía como el sostenimiento de la vida a cualquier costo.

El principio de “beneficencia” que no se vincula en este caso a la caridad, significa extremar los posibles beneficios y minimizar los daños. La beneficencia, la autonomía y la justicia son considerados los tres principios de la Bioética desde el Informe Belmont (Comisión creada en Estados Unidos en el año 1974 para analizar las bases éticas de la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina)²⁰.

El desarrollo de la ciencia trajo como consecuencia la posibilidad de curar enfermedades y sostener la vida mediante tratamientos e intervenciones médicas, a veces cruentos e invasivos, y que no siempre favorecen el mantenimiento de su calidad. Por otro lado el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano y el respeto a su voluntad y autodeterminación introdujeron en el plano médico el protagonismo del enfermo, su derecho a conocer su situación, a obtener información auténtica y clara sobre la enfermedad que padece, los posibles tratamientos a seguir, sus consecuencias positivas y negativas, su pronóstico de vida, las diferentes alternativas que se le presentan y las posibles implicancias, derivaciones, posibilidades de éxito o de fracaso de la terapéutica que se le indica así como las consecuencias de rechazarla.

Debemos advertir también que la proliferación de juicios de mala praxis médicas planteó a los profesionales de la salud la necesidad de contar con el consentimiento previo del paciente ante cualquier tratamiento o intervención de la que pueda derivar un daño y por consiguiente una responsabilidad profesional. No en vano los seguros médicos son hoy práctica común en todos los centros de salud.

Pero la realidad es que los actuales paradigmas internacionales en el ámbito de los derechos humanos que, como decíamos, priorizan la voluntad de las

²⁰ Vid. HOOFT, Pedro Federico, *op. cit.* p. 18 y ss.

personas y su decisión en todos los asuntos que les incumban, han impactado también la relación médico-paciente. Quizás en este ámbito es donde más claramente se evolucionó y se comenzó a otorgar relevancia a la voluntad de la parte más vulnerable, sin cuyo concurso disminuyen las posibilidades de éxito de cualquier tratamiento.

En la actualidad la voluntad expresada a través del consentimiento informado, es un presupuesto esencial en la relación médico-paciente, que se traduce en una significativa mejora de la calidad asistencial. Ha llegado a la medicina desde el Derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que éste ha realizado a la ciencia médica por lo menos en los últimos siglos. Hoy, constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

Las más recientes leyes sobre salud reconocen una amplia gama de derechos esenciales del paciente que deben ser respetados por los profesionales de la salud, entre otros, derecho a ser asistido sin discriminación alguna basada en creencias religiosas, ideas políticas, condiciones socioeconómicas, credos o religiones, ideas políticas, razas, sexo, edad, orientación sexual u otras circunstancias de su vida; el derecho a un recibir un trato digno y respetuoso; el derecho a la intimidad y a la confidencialidad, y especialmente la autonomía de su voluntad en el sentido de aceptar, condicionar o rechazar determinados tratamientos. El médico pone su saber y su idoneidad a disposición del enfermo, pero en último instancia compete al paciente el derecho a decidir.

La regla del consentimiento informado supone, y quizás cobra aquí su real dimensión, que toda persona puede rechazar el tratamiento que se le indica, es lo que actualmente se conoce como “negativa Informada”. Por ello se ha dicho que la exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno. El consentimiento es, por tanto, la justificación misma de la legitimidad del acto médico, basado en el derecho del paciente a su autonomía y autodeterminación.

Se podría decir que existen dos puntos de vista diferentes respecto al deber de informar del médico, por un lado tenemos el deber de información como presupuesto del consentimiento informado y por otro el deber de información como presupuesto indispensable para llevar a cabo un tratamiento determinado, de esta manera, la información como derecho autónomo del paciente se configura como aquel derecho a conocer la información disponible para su diagnóstico y tratamiento, sin estar orientado a otra finalidad que el conocimiento por el paciente de su estado de salud.

Existen situaciones límites en las que diferentes derechos de igual entidad entran en colisión. El ejercicio de la autonomía de la voluntad puede en ocasiones oponerse al sostenimiento de la vida (*V. gr.* negativa a ser tratado en virtud de creencias religiosas). Cada caso merecerá seguramente un análisis particular y un juicio de ponderación²¹, pero debemos admitir que “no todo lo posible resulta éticamente aceptable”²². En estos casos, creemos en el respeto a la voluntad libremente expresada del paciente, cuando cuenta con información clara y suficiente y con pleno discernimiento para comprender las consecuencias de su decisión.

En cuanto a la forma de exteriorización del consentimiento informado, no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del mismo, no obstante ello, es importante advertir la necesidad de instrumentar por escrito el consentimiento del paciente, fundamentalmente considerando la corriente jurisprudencial mayoritaria en Argentina, que pone en cabeza del médico la carga de tener que probar haber obtenido el correspondiente consentimiento informado por parte del paciente.

²¹ “...cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Sobre los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso Español *vid.* BARBERO, Dariel en Revista N°2 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe 2ªCircunscripción. P. 101 y ss.

²² AZVALINSKY, Alejandro en “Jornada Provincial de Reflexión: Derechos y Deberes de los Pacientes en la Relación Médico Asistencial” – Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe, 13.09.2006.

Frecuentemente se presentan situaciones en las que la intervención del médico debe hacerse con suma urgencia, cuando la mínima demora puede ocasionar la muerte del paciente o lesiones irreversibles y no hay posibilidades de recabar su consentimiento o la de sus familiares. Este caso, conocido como privilegio terapéutico, permite al médico actuar lícitamente en esa forma, amparado por el estado de necesidad, hasta regularizar la salud del paciente. Debe evaluarse restrictivamente a fin de evitar que se invoque ante situaciones en las que no corresponden.

El paciente puede retirar su consentimiento en cualquier momento, y esta decisión debe respetarse una vez que haya sido completamente informado de sus consecuencias.

V. DERECHO DE AUTOPROTECCION: DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN MATERIA DE SALUD.

1. Concepto.

El Derecho de autoprotección, definido claramente como “un derecho”, es el de todo ser humano a decidir libremente sobre su vida y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. La dignidad inherente a toda persona, cualesquiera sean sus circunstancias, y la igualdad en el ejercicio de sus derechos dan sustento incuestionable a estas decisiones²³. Se ejerce a través del acto jurídico denominado “acto de autoprotección” en el cual una persona deja plasmada su voluntad de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma.

En el ámbito de la salud suele hablarse de directivas anticipadas o voluntad anticipada. Parte de la doctrina se ha referido a “testamento vital”, término que consideramos erróneo ya que se trata de disposiciones para la vida y no para la muerte²⁴; “mandatos para la propia incapacidad”²⁵, término también equívoco en la actualidad en la legislación argentina. La expresión “autoprotección” nació a propuesta de la delegación española en las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz en 1998, y si bien también ha sido criticada por demasiado amplia, con esa denominación se han creados los registros pertinentes en nuestro país y es la terminología más empleada en nuestro medio.

La enfermedad, la discapacidad, la edad avanzada u otras circunstancias pueden enfrentarnos, a lo largo de nuestra vida, con la imposibilidad de gobernarnos a nosotros mismos o a nuestro patrimonio, poniéndonos en situación de vulnerabilidad.²⁶

Estas situaciones dificultarán o impedirán la auténtica expresión de nuestra voluntad así como nuestra participación en las decisiones que nos afecten, frecuentemente vinculadas con nuestra salud y atención médica. Otras personas deberán decidir entonces sobre nosotros. Los actos de autoprotección pretenden que, llegada esa instancia, nuestra voz sea escuchada y se respeten nuestra voluntad, deseos y valores. Procuran evitar de esta manera que se nos prive de nuestra condición de sujetos de derechos para convertirnos, ante la pérdida de nuestro discernimiento, en meros objetos de protección.

²³ Vid. LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia Beatriz, *Derecho de autoprotección*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 6.

²⁴ Vid. Art. 3607 Código Civil argentino.

²⁵ Vid. Art. 1963 Código Civil argentino “El mandato se acaba: ...4º por incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario” Cfr. 1732 del Código Civil español, el cual establece: “El mandato se extinguirá también por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que el mismo hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor.”

²⁶ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, op. cit. p.3.

El avance de la tecnología y de la ciencia médica así como un mayor conocimiento de las personas sobre las enfermedades y sus consecuencias plantean nuevas inquietudes con respecto al futuro. El éxito obtenido desde la medicina en la prolongación de la vida es un gran aliciente, pero también una creciente preocupación. Sabemos que el ser humano en la actualidad vive más años, pero también sabemos que ello no significa que pueda sostener en ese tiempo el ejercicio de su autonomía y dignidad. Enfermedades degenerativas, antes desconocidas, tratamientos y terapias médicas invasivas que en pos de sostener la vida atentan muchas veces contra su calidad, constituyen consecuencias indeseadas de este progreso. Pero este conocimiento nos brinda la oportunidad de planificar nuestro eventual futuro, anticipándonos a esa situación.

Por otro lado la familia se ha fragmentado, muchas personas viven solas, aún en compañía y comprenden que las decisiones sobre su vida, si en algún momento no pueden tomarlas por sí mismas, estarán en manos de seres que ignoran sus sentimientos y deseos.

Los actos de autoprotección anclados en los nuevos paradigmas a los que hemos hecho referencia al comienzo del presente trabajo, rescatan la voluntad humana como soberana en las decisiones autorreferentes. En ellos la persona establece directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro. Involucran tanto decisiones respecto de su vida como de sus bienes y cobran sin duda, especial relevancia en cuanto a las decisiones sobre salud.

Originariamente se fundó la legitimidad de este derecho en normas constitucionales, en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y en sus principios. El camino recorrido desde entonces en nuestro país nos permite afirmar que una incipiente legislación provincial y nacional²⁷, la jurisprudencia y la doctrina más recientes, diferentes proyectos de leyes que se tratan en las legislaturas del país, contundentes conclusiones de congresos y reuniones científicas avalan y reafirman su vigencia y validez.

En Argentina estos actos, si bien sustentados en la normativa mencionada, han nacido en el ámbito notarial y se vinculan con su esencia ética, humanística y social. Los Dres. María Isolina DABOVE y Daríel BARBERO nos dicen: “... esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos”.²⁸

Ante la posibilidad de enfrentarnos a nuestra propia vulnerabilidad, los actos de autoprotección constituyen una herramienta que permite proyectar con equilibrio el futuro.

Con diferentes denominaciones y matices se amplía la recepción de esta figura en el Derecho Comparado. Estados Unidos (considerada como la cuna del Living Will), Alemania, Italia, España, Francia, Austria, México, Uruguay, entre otros países, con diferentes regulaciones reconocen el derecho de las personas a prever su futuro e impartir directivas para ello.

En Argentina, a partir de la reciente ley nacional 26.529, estas directivas anticipadas gozan de pleno reconocimiento legal, pero aún antes de su sanción, la doctrina ya se había expresado a favor. Así, Gustavo CARMELO DÍAZ sostuvo que las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica del consentimiento informado y que la eficacia de las mismas debe ser admitida en todos los casos en que el paciente no puede expresar su voluntad en materia de tratamientos médicos y no solo en casos de

²⁷ Ley Nacional 26.529; leyes 4.263 y 4.264 de la provincia de Río Negro; 2.611 de la provincia del Neuquén; 6.212 de la provincia del Chaco y ley 14.154 de la provincia de Buenos Aires.

²⁸ Disertación antes de la sanción de la ley 26.529 en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2da. Circunscripción – 08/10/08.

enfermedad terminal, la finalidad de ellas es preservar la inviolabilidad de la persona y el respeto de su dignidad y convicciones²⁹.

Asimismo, la jurisprudencia argentina da cuenta de fallos, aún anteriores a la mencionada ley, en los cuales se reconoció la validez de estas decisiones. Así los antecedentes del fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, “S.M. de C Insanía 9-2-05”) revelan que el Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro rechazó la demanda del curador que había solicitado autorización para interrumpir la alimentación e hidratación artificiales que la paciente recibe a través de una sonda de gastrostomía. Se hallaba en estado vegetativo permanente e irreversible, pero no era una enferma terminal. Todas las decisiones quedaron en manos de familiares y médicos hasta el momento en que su marido propone suspender el soporte vital. Al haberse presentado desacuerdos familiares, la responsabilidad final recayó en la instancia judicial. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la resolución de grado, desestimando el pedido formulado por el cónyuge de la enferma. Pese al rechazo de la demanda, es interesante analizar los votos de los doctores Roncoroni y Kogan, el primero de ellos se expresó: “si el enfermo no dejó instrucciones ni mandas, ni tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de interrumpir o negarse a recibir tratamientos de sostén, ya que tratándose del derecho a la vida –derecho personalísimo e inherente a la persona- sólo puede ser ejercido por su titular”. La Doctora Kogan, rechazó el pedido basándose en que “el enfermo no se manifestó expresamente en tal sentido de manera previa y conciente”. Del análisis de estos votos se puede concluir que en caso de haber existido directivas anticipadas expresadas en forma fehaciente, el mismo hubiese sido diferente.

En el caso de la Sra. “M”, tramitado ante el Juzgado Criminal y Correccional de Transición N° 1 de la ciudad de Mar del Plata en fecha 25.07.2005, se promovió acción constitucional de amparo tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un acto de autoprotección, con relación a la persona de “M”

²⁹ Vid. CARMELO DIAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de*

quien había expresado su opinión contraria al recurso de los denominados medios artificiales a permanencia frente a la evolución progresiva de su enfermedad. Cabe aclarar que la Sra. “M” había otorgado Escritura Pública de Autoprotección en la cual expresó su voluntad inequívoca de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia. Así el juez Hooft resolvió hacer lugar a la acción entablada resolviendo sean respetadas en el futuro la directivas anticipadas emanadas –actos de autoprotección- ya que se trata de una decisión adoptada libremente, con pleno discernimiento y con capacidad para autodeterminarse.

El reconocimiento de las directivas anticipadas en materia de salud encuentra su fundamentación en los principios de igualdad, libertad y dignidad, a los que ya hemos hecho referencia. También respaldan plenamente su validez los nuevos paradigmas que otorgan prioritaria relevancia a la voluntad de las personas y a su derecho a participar y a expresarse en toda cuestión que le concierna, sin discriminación de ninguna naturaleza.

Escribió Borges: “...conversé con filósofos que sintieron que dilatar la vida de los hombres era dilatar su agonía y multiplicar el número de sus muertes³⁰; así también se expresó Juan Pablo II poco antes de su muerte: “No quiero más tratamientos terapéuticos, quiero morir dignamente”.

Sin perjuicio de las convicciones personales de cada uno, no cabe duda, que si el enfermo dejó expresamente determinado de manera anticipada, su voluntad de vivir, aún por medios artificiales, o de evitar dichos tratamientos, deberá siempre respetarse ésta, como expresión máxima de la libertad humana.

2.- Su contenido.

Diferentes circunstancias de la vida a las que hacíamos referencia, como la vejez, la soledad, dolencias físicas o psíquicas y conflictivas relaciones

Derecho Civil, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p.67.

familiares, plantean en las personas acuciantes inquietudes sobre su futuro , en el que desean intervenir de manera protagónica y no simplemente esperar su llegada. La vida de cada persona, sus valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos, así como la realidad que la circunda, convertirán al acto de autoprotección que otorgue en único, diferente y especial. Es por ello que su contenido suele referirse a cuestiones de lo más variadas: directivas sobre su vida cotidiana, el lugar de residencia, cuidados personales, higiene, alimentación, el cuidado de mascotas, la compañía de personas allegadas, administración y disposición de bienes, la designación del propio curador para el caso de un futuro proceso judicial de incapacidad, entre otras.

Como vemos las alternativas son múltiples y es imposible incluirlas en una fórmula general. No obstante, podemos afirmar que la preocupación por la atención futura de la salud suele ser una constante, cuando ya se reconoce sin lugar a dudas la autonomía y relevancia de la voluntad personal en este ámbito y cuando la ciencia ha multiplicado la cantidad de tratamientos médicos y terapias diferentes.

Ya nos referimos a la importancia del consentimiento informado. Pero si el paciente se encuentra inconsciente o privado de discernimiento en el momento de establecer el criterio a seguir respecto de su tratamiento médico, decidirán los familiares más cercanos, de acuerdo a sus propios criterios, o los médicos en razón del principio bioético de beneficencia, aplicarán la terapéutica que consideren más conveniente para sostener la vida del paciente³¹. Cuando se trata de enfermedades terminales, la familia, normalmente no estará conforme con la forma que se llega al final de la vida, lo que trae habitualmente confrontaciones con y en el equipo de

³⁰ Vid. BORGES, Jorge Luis, "El Inmortal", en *El Aleph*, 1949.

³¹ Conforme con el art. 9° de la ley argentina 26.529: "El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y *no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales*. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

salud³². Las decisiones adoptadas no siempre respetarán la voluntad del enfermo. Se procura soslayar estas situaciones por medio de la instrumentación de las directivas anticipadas médicas, a través de un acto de autoprotección.

De esta manera se deja asentada anticipadamente la voluntad con respecto a la aceptación o negativa de determinados tratamientos médicos, la indicación de los médicos de confianza, los nosocomios e instituciones de salud, los datos de la obra social y demás indicaciones que el otorgante considere pertinentes para recibir el tratamiento en salud que considera adecuado y para evitar futuros conflictos.

En ocasiones las directivas anticipadas en materia de salud son generales y expresan preferencias, valores, deseos. Pero frecuentemente la persona en conocimiento del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad desea preservar su dignidad, evitar el encarnizamiento terapéutico y ahorrarles a sus seres queridos dolorosas decisiones. En estos casos las indicaciones son más concretas y específicas. Las directivas así vertidas constituyen un verdadero consentimiento informado adelantado. Es fundamental el asesoramiento médico adecuado que permita a la persona tomar sus decisiones con el conocimiento previo suficiente sobre sus alcances y consecuencias.³³

Es frecuente también que el otorgante designe a una o a varias personas para que lo representen llegado el caso ante los profesionales de la salud y ante ellos exprese e interprete la voluntad del enfermo, de acuerdo a sus instrucciones. Situación, actualmente admitida por la legislación y la jurisprudencia a pesar de tratarse del ejercicio de derechos personalísimos.

3.. La forma.

³² Vid. HUTT, Efraín, "Pacientes Terminales" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009, p. 5.

³³ El otorgamiento de directivas anticipadas en materia de salud está expresamente previsto actualmente en el art. 11 de la ley 26.529. Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *op. ult. cit.* p. 26 y ss. De los mismos autores: "Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)" en *La Ley del 1/12/2009*. p. 1.

La escritura pública es el instrumento idóneo para plasmar de manera fehaciente la voluntad de las personas y sus decisiones con respecto a su salud y a su vida. Debemos comprender que estas directivas serán consideradas cuando la persona no pueda expresarlas por sí misma, por ello es necesario dotar al acto de las mayores garantías de autenticidad, seguridad y certeza.

La escritura pública confiere fecha cierta y matricidad. Asimismo es la herramienta adecuada para garantizar la voluntad bien deliberada, la intención y la libertad de su autor. Resultan fundamentales las entrevistas previas, que servirán al escribano para interpretar cabalmente la voluntad de su requirente y le permitirá a su vez brindarle el asesoramiento necesario sobre el alcance y las consecuencias del acto a otorgar.

4. Necesidad de su registración.

La publicidad de los actos es una necesidad imperante en un mundo globalizado como el que vivimos. Qué sentido tiene estipular algo que no llega a conocimiento de quienes deben aplicarlo. De este modo, la registración de los actos jurídicos pasa a ser de vital importancia.

La Registración nos permite conocer: a) la existencia de un acto de autoprotección; b) los datos que permiten individualizar la respectiva escritura pública; c) el lugar de guarda de la primera copia; d) su vigencia; e) la legitimación del peticionante³⁴.

En la actualidad contamos en nuestro país con una creciente tendencia a la Registración de los Actos de Autoprotección. En Marzo de 2005 fue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la entidad pionera en la creación de un

³⁴ Vid. TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., "Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires" en *Revista del Notariado*, N° 880, Buenos Aires, 2005. p. 312.

Registro de Actos de Autoprotección, seguido por los Colegios de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Chaco, Córdoba y Entre Ríos.

El Consejo Federal del Notariado Argentino en reunión de Junta Ejecutiva realizada el 15 de mayo de 2009 aprobó la creación de la Comisión de Autoprotección, con el fin de difundir el tema en las distintas provincias argentinas, responder a las inquietudes de los colegas que manifiesten su interés y colaborar con los colegios notariales para la creación de los registros de autoprotección en todas las jurisdicciones del país.

A través de ésta Comisión, el Consejo Federal del Notariado Argentino brindó charlas y talleres en casi la totalidad de las Provincias Argentinas, lo que motivó que durante el año 2009 se crearan Registros de Autoprotección a cargo de los Colegios de Escribanos de las Provincias de San Juan, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en Asamblea General de fecha 17 de Diciembre de 2009, aprobó por unanimidad y aclamación la creación del Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección con el objeto de reunir y mantener actualizada la información con respecto a los actos de autoprotección inscriptos en los registros de los colegios notariales de todo el país, que permite de manera ágil y eficaz obtener información segura sobre la existencia de un acto de autoprotección otorgado en cualquier localidad de la República Argentina.

En el año 2010, las Provincias de Mendoza, Formosa y Salta crearon Registros de Autoprotección en sus demarcaciones, continuando así con la idea de poder conocer la existencia de un acto de autoprotección en cualquier punto del país; sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios, brindando respuesta eficaz y concreta a nuevos y cada vez más pertinentes requerimientos de la sociedad ante las actuales inquietudes que plantea en las personas su preocupación por el futuro.

Los registros prevén un sistema de información restringido, protegiendo la privacidad del acto, y en general sólo posibilitan la expedición de certificaciones a: a) los escribanos que hubieran intervenido en el otorgamiento del acto registrado, sus reemplazantes legales o miembros del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos; b) el otorgante del acto por si o a través de apoderado con facultades expresas conferidas a esos fines en el instrumento público respectivo; c) las personas designadas por el otorgante en el texto de la escritura de otorgamiento a los fines del cumplimiento de las directivas contenidas en el mismo; d) juez competente; e) Funcionarios del ministerio público; f) Representantes de los centros de salud.

La posibilidad de consulta por parte de los representantes de centros de salud, es una importante herramienta a la hora de tomar conocimiento sobre la aceptación o negativa de su paciente a someterse a un determinado tratamiento o utilización de soportes vitales.

La creación de estos registros constituye un trascendente avance en la protección de los derechos fundamentales de todas las personas y especialmente de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, consideramos necesaria la creación de registros similares en otras jurisdicciones, junto con la creación de un sistema informático que permita la consulta interjurisdiccional.

Es nuestro deber como notarios hacer conocer a la comunidad sus derechos, como así también buscar las herramientas jurídicas necesarias para poder cumplir con este objetivo.

VI. LA CUESTION EN EL DERECHO ARGENTINO.

La fuente de autorización primaria de la decisión de tratar o no tratar emana del paciente. Este derecho para autorizar el tratamiento, es independiente de la naturaleza de la enfermedad y de su estado evolutivo³⁵.

En Argentina, el primer reconocimiento del consentimiento informado, emergió de la ley de ejercicio de la medicina N° 17.132 donde se establecieron pautas claras en relación al deber de informar de los profesionales de la salud, disponiendo en el art. 19 inc. 3° que éstos *“están obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, tentativas de delito o suicidio. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alineación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”*.

La Ley Nacional N° 24.193 de trasplantes de órganos incorporó el deber de información con respecto a los riesgos de la operación, sus secuelas físicas y psíquicas, asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido la información suministrada.

La Ley N° 24.798 de lucha contra el sida, en su art. 6°, establece que el profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento.

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, en su art. 19 señala: *“Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana.”*

La ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sancionado la ley básica de salud (Ley 153) en la cual en su art. 4° inc. h, establece concretamente el derecho de las personas a la solicitud por parte del profesional actuante de su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos.

La Ley N° 3.076 de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, la cual, en su artículo 2° establece que todo paciente tiene derecho a *“que se le brinde toda información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente”, “que, previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informe sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de discapacidad, etcétera, para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia”* y finalmente establece expresamente la posibilidad de *“rechazar el tratamiento propuesto”* y de *“morir con dignidad”*.

En la Provincia de Tucumán, se ha sancionado la Ley N° 6.952, que establece los derechos del paciente y especialmente reconoce el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, a morir con dignidad, estableciendo el art. 1° inc. 18 el derecho a manifestar su conformidad o disconformidad por la atención recibida.

En los casos de operaciones mutilantes, ya el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa (por escrito) del enfermo. Así, en su art. 15° determina que el médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración) sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles.

³⁵ Vid. Recomendaciones del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, *cit. pos* GHERARDI, Carlos R. en *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001, p.387.

Sin lugar a dudas, fue trascendente en la materia la sanción de la Ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado” de fecha 21.10.2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20.11.2009.

La Ley se opone claramente a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente y reconoce el derecho de este último a ser protagonista en toda decisión que involucre su salud³⁶, enunciando en su artículo 2 como derechos del paciente los de: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

El inciso e) del artículo 2, al referirse a la autonomía de la voluntad expresa: *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimiento médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.”*

El artículo 5 de la mencionada ley define el consentimiento informado como *“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”*.

Cabe destacar, el artículo 11 de la Ley 26.529 que reconoce el derecho de toda persona a disponer directivas anticipadas de salud. Establece dicho artículo:

³⁶ Vid. RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio, comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010, p. 220.

"Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

Las provincias de Río Negro (Ley 4.263 y 4.264) y Neuquén (Ley 2.611), , prevén el derecho de las personas competentes ("mayor de edad, capaz y libre") para dictar instrucciones anticipadas en materia de salud.

En la provincia del Chaco se sancionó la ley 6.212 que modifica el C.P.C.C. de esa provincia, reconoce el Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano.

En la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.154 el 14/07/2010 que modifica la ley orgánica del notariado de la provincia y dispone que el colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad y regula a continuación su funcionamiento.

Hemos hecho referencia a la jurisprudencia que recepta estos actos y a la creación en nuestro país de los Registros de Actos de Autoprotección. En la actualidad diversos proyectos legislativos en la materia están siendo analizados en las legislaturas.

VII. CAPACIDAD Y AUTONOMÍA EN LA TOMA DE DECISIONES CONCERNIENTES A LA SALUD.

Los cambios operados en el Derecho en relación con la capacidad jurídica de las personas y la autonomía de la voluntad, cobran superlativa importancia cuando se trata de adoptar decisiones en el delicado ámbito de la salud.

Una primera y fundamental cuestión a dilucidar es la aptitud requerida para ello. La más reciente normativa internacional adoptada en el proceso de especificación de los derechos humanos, reconoce cabalmente que todas las personas tienen derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les conciernan. Por cierto que las referidas a la salud no constituyen una excepción y podemos afirmar que así es aún en el caso de aquellas personas sujetas a un régimen legal de protección, como los niños o las personas con discapacidad.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, opinión que deberá ser tomada en cuenta en función de su edad y madurez (art 12).Y su artículo 5 nos habla de la responsabilidad de los padres y de la comunidad de impartirle al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención entre los cuales se encuentra por supuesto, su derecho a la salud.

En nuestro país la ley nacional 26061 recepta este postulado y lo profundiza aún más. Así, se establece que el interés superior de la niña, niño y adolescente significa la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías. La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifieste, en todos los ámbitos. Sin dudas es de plena aplicación en el ámbito de la salud.

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana. El artículo 24 declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez.

La ley argentina 26.529 sobre los Derechos del Paciente frente a los Profesionales de la Salud, como lo hemos señalado, reconoce en su artículo 2 inciso e) el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Receta de manera clara el espíritu y la normativa de la CIDN y de ley 26.061.

En igual sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en el artículo 3, como el primero de sus principios, el respeto a la dignidad inherente, a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y a la independencia de las personas con discapacidad. El artículo 25 en su inciso d) exige a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un *consentimiento libre e informado*.

El artículo 12 de dicho pacto internacional afirma que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, que se les debe proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, asegurar que no haya conflicto de intereses ni

influencia indebida y deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Desde la Bioética se habla de competencia o autonomía moral en relación a la aptitud de las personas para arribar a una deliberada, reflexiva y madura decisión con respecto a su propia salud, con comprensión cabal de su significado y sus consecuencias, aunque padezca limitaciones de otra índole.

Debemos comprender que este concepto se contrapone al rígido régimen de capacidad jurídica de las personas regulado en la legislación que se enmarcó en el positivismo legalista del Código Civil francés de 1.804, fuente de inspiración del proceso de codificación del siglo XIX. Su expresión fue el binomio capacidad-incapacidad y se tradujo en la sustitución de la voluntad de las personas consideradas incapaces por la ley por la de su representante legal en todos los actos de la vida civil. Estas disposiciones, vigentes aún países que han aprobado las referidas convenciones, como es el caso del Código Civil Argentino, exigen hoy una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados en la materia.

Sabemos que si bien en ocasiones la sustitución de la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad se sostiene en el afán de protegerlas, al mismo tiempo implica otorgar a éstas el estatuto de un objeto y privarlo con ello de su jerarquía de ser humano, dueñas del derecho a disfrutar de su vida y de su autonomía en todo aquello en que las circunstancias lo permitan.³⁷

Los nuevos derechos, como los llama Emanuel CALÒ³⁸ importan pues, más allá de la edad, la enfermedad o la discapacidad, , la participación del paciente, en la mayor medida posible, en la toma de decisiones sobre terapias y tratamientos médicos, y la obligación para ello de brindarle información adecuada, con el concurso de sus representantes legales cuando sea necesario.³⁹

³⁷ Vid. RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio, *Derecho de Autoprotección*, op. cit., pag.3

³⁸ CALO, Emanuele. op. cit. p. 285

³⁹ Ley N° 18473 de Uruguay sobre Voluntad Anticipada (art. 7°):“...cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez

Quien puede expresarse en cuestiones que afectan su propio cuerpo o su salud, es lógico que pueda hacerlo anticipadamente plasmando de manera fehaciente su voluntad en documento idóneo.

El derecho de toda persona a expresar su opinión y a que la misma sea tenida en cuenta en toda decisión que le concierna de acuerdo a su madurez y desarrollo no debe encontrar escollos en el ámbito de la salud y menos aún detenerse ante interpretaciones restrictivas del Derecho, ya sea en atención a la edad o a la declaración judicial de incapacidad.

Por los motivos expresados no acordamos con las leyes⁴⁰ que exigen la mayoría de edad y la capacidad jurídica del sujeto como requisito para otorgar directivas anticipadas sobre su salud. Cada caso amerita un análisis particular, pero según nuestro criterio, tratándose de actos autorreferentes de carácter personalísimo, basta la aptitud para comprender cabalmente las consecuencias de la decisión adoptada, más allá de las medidas de apoyo que cada persona requiera en la toma de decisiones. Nadie puede ser privado del derecho a ser oído en este ámbito.

VIII. FUNCION NOTARIAL

El tema analizado en el presente trabajo se vincula estrechamente con el notariado latino y su función. El trato personalizado con sus requirentes, la ética y la idoneidad jurídica, características de la labor diaria del escribano, aseguran su eficacia en la búsqueda y diseño de estrategias y herramientas jurídicas que garanticen la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas.

suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante”. Ley N° 2611 de la provincia de Neuquén, República Argentina (art. 11, último parr): “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

El derecho de autoprotección requiere, quizás más que otros, de la labor artesanal y personalizada del notario, como intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, como asesor natural y calificado, como creador del documento válido y eficaz que recepte cabalmente esa voluntad, para que sea respetada cuando el sujeto no pueda expresarse por sí mismo. El escribano es el profesional idóneo para da respuestas adecuadas a esta inquietudes que se presentan cada vez con mayor pertinencia en nuestra sociedad.

El notariado desempeña un rol fundamental en los grandes cambios del mundo jurídico, es el primer intérprete de las reformas legislativas, brega por las modificaciones necesarias, pero también implementa y aplica los nuevos criterios en su diaria labor.

Resulta pertinente recordar que el escribano, por delegación del Estado, da fe de los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran, garantiza la fecha cierta de dichas declaraciones y les otorga matricidad, lo cual permite contar con el instrumento en el momento oportuno y salvaguardarlo de alteraciones, pérdidas o subtracciones.

Estas directivas anticipadas, nuevas en cuanto a su desarrollo por responder a necesidades e inquietudes de la vida actual y el progreso, deben ser asumidas como un desafío por el notario, en su doble función: como jurista en la interpretación de las leyes y como operador del derecho y creador de formas aptas para instrumentar válidamente la voluntad de los particulares.

De esta manera debe el escribano actualizarse y capacitarse para ofrecer respuestas idóneas ante este nuevo requerimiento de la sociedad.

⁴⁰ La misma Ley 18473 de Uruguay, por ejemplo, requiere que la persona sea mayor de edad

IX.- CONCLUSIONES.

En primer lugar debemos concluir en que la vigencia y validez del derecho de autoprotección en el ámbito de la salud resulta incuestionable. Normas internacionales, constitucionales y nacionales hoy no dejan lugar a dudas sobre su legitimidad, que se reconoce ampliamente en el Derecho Comparado.

También debemos destacar que el tema se vincula con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas, aquellos inherentes a la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos más allá de su edad, sexo, discapacidad, enfermedad o cualquier otra circunstancia. En esta materia nadie puede considerarse excluido de responsabilidad.

El escribano desde su actividad diaria debe contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, no sólo aquellos que protegen sus intereses patrimoniales sino también y fundamentalmente sus derechos personalísimos, con herramientas jurídicas, ágiles y eficaces. Los actos de autoprotección constituyen una respuesta válida y adecuada en este camino.

y psíquicamente apta.

BIBLIOGRAFIA.

- BARBERO, Dariel O. y DABOVE, María Isolina, “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción*, Graficarte, N° 1, Año 1, Rosario, 2009.
- BORGES, Jorge Luis, “El Inmortal”, en *El Aleph*, 1949.
- CALO, Emanuele, “Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad”, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000.
- CARMELO DIAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995.
- GHERARDI, Carlos R., *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001.
- HIGHTON, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°1 Daños a la Persona*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- HOOFT, Pedro Federico. “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005.
- HUTT, Efraín, “Pacientes Terminales” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010,
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., “Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires” en *Revista del Notariado*, N° 880, Buenos Aires, 2005.