

Testamento vital y voluntad de prevenir la propia incapacidad *

Por **Ezequiel Cabuli** y **Griselda J. Jatib**

Sumario: I. Introducción. II. Bioética y Derecho. III. El consentimiento informado. IV. El testamento vital. V. Los actos de autoprotección. VI. El poder médico para el cuidado de la salud. VII. Los impedimentos de la legislación nacional. VIII. Legislación internacional. IX. Conclusiones

“Nada nació... nada morirá... las cosas cambiarán”
Alfred Tennyson

I. Introducción

En derecho, los sistemas se agotan; consecuentemente, nuevas formas y modelos irrumpen constantemente en la organización de nuestras vidas y las conductas regidas por el conjunto de normas jurídicas mutan, se transforman, readaptándose a las nuevas exigencias emanadas de la sociedad, donde muy profundamente se producen cambios, cuya internalización el sistema jurídico se encarga de canalizar a través de instituciones que interpretan el sentir colectivo.

Una nueva “visión del mundo” será necesaria para comprender los fenómenos sociales a través de un enfoque multidisciplinario donde el ser humano, centro de imputación de normas, debe ser comprendido como un todo, o sea, desde el punto de vista físico, social y político.

* Publicado en *La Ley* Sup. Act. 12/04/2007, 1.

Con el avance de los procesos de globalización económica y revolución tecnológica de las comunicaciones, la sociedad en constante desarrollo demanda al derecho nuevas soluciones compatibles con el ordenamiento jurídico tradicional. El trabajo de la doctrina y la jurisprudencia son, en consecuencia, la causa fuente de evolución y adaptación del Derecho.

Con este nuevo enfoque multidisciplinario del Derecho, la jurisprudencia ha resaltado la importancia de preservar los derechos personalísimos, transponiendo fronteras y legislaciones, para proteger al hombre, a su entorno ambiental y, fundamentalmente, a su libertad.

II. Bioética y Derecho

La defensa de la dignidad humana y los valores ligados a ella son los pilares básicos del estudio de la Bioética, que tiene como propósito anticipar los problemas que se deriven de la aplicación de la ciencia o la tecnología sobre la vida humana, impidiendo su uso abusivo.

Henry Adams, famoso escritor e historiador estadounidense, dijo premonitoriamente hace mucho tiempo: “Algún día la ciencia puede tener la vida del hombre en sus manos y haciendo estallar el mundo, la especie humana puede incurrir en suicidio colectivo”.

En este estado del mundo, es hora de que los juristas “desciendan del paraíso de los conceptos”, como bien decía Ihering, y se sumerjan en la realidad e interactúen (cuando ello sucede, el fruto es enorme). Vimos después de los horrores y atentados contra la dignidad humana cristalizar los distintos Códigos (el de Nuremberg en 1948, Helsinki en 1964, Tokio en 1975 y Viena en 1983), sancionados para evitar abusos en la experimentación y genocidio, llevados a cabo por el nazismo contra seres humanos.

La Bioética comenzó, de manera incipiente, a reafirmarse y evolucionar, hasta transformarse en una ciencia multidisciplinaria que abarca el plexo jurídico, social y ético de nuestra vida.

La decodificación del genoma significó abrir el libro biológico del ser humano (su historia y antecedentes). Este dibujo del mapa genético generó infinitas e inconmensurables consecuencias debido a que todos los grandes temas que conciernen a la humanidad están presentes en este proceso, desde el origen mismo de la vida (la persona física, su capacidad y la apertura del gran debate sobre el “estatuto jurídico del embrión”), y la culminación del proceso vital.

La Bioética será la encargada de iniciar este recorrido humanizado de las ciencias, permitiendo que los juristas actúen interdisciplinariamente para preservar al ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, el encarnizamiento terapéutico, permitiendo la posibilidad de elegir libremente la forma de disponer sobre su persona.

Podemos citar a modo de ejemplo: el Convenio celebrado en Oviedo el 4 de abril de 1997, refrendado por todos los Estados miembros de la comunidad europea y otros Estados, la Convención de Asturias que recoge lo preceptuado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada por

la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (firmado el 4 de noviembre de 1950), la Carta Europea (del 18 de octubre de 1961), el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (del 16 de diciembre de 1968) y el Convenio para la Protección de las Personas respecto del tratamiento automatizado de datos personales (del 28 de enero de 1981), como asimismo el Convenio de los Derechos del Niño (del 20 de noviembre de 1989). Tales acuerdos consagran como bien supremo la primacía del ser humano, su integridad, el derecho a su identidad, la prohibición de todo tipo de discriminación y, fundamentalmente, la autonomía y libertad para decidir aun por sobre la sociedad y la ciencia ¹.

Es la muerte a su tiempo, sin acortar la vida ni alargarla artificialmente mediante medios extraordinarios o desproporcionados, el derecho con que cuenta todo ser humano para elegir o exigir para sí, o para otra persona a su cargo, una muerte digna ².

III. El consentimiento informado

Tanto el Derecho como todas las ciencias no pueden sustraerse al efecto arrollador de la tecnología y sus consecuencias inmediatas en el ser humano, el avance de la Medicina, la Biología y sus aplicaciones a los pacientes, con enfermedades terminales (o no), que han sido el motivo de profunda preocupación en la Convención de Asturias, cuyo artículo 5 preceptúa que no podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona, en materia de salud sin su consentimiento informado y libre, preservando además el derecho a la vida privada.

El consentimiento informado contempla, también, la posibilidad de expresar la voluntad anticipada en caso de incapacidad sobreviniente, y así tener la libertad de negarse a un tratamiento o intervención ³.

IV. El testamento vital

“Voluntades anticipadas en testamento biológico” y “directivas para prevenir la propia incapacidad” son las distintas acepciones para referirse a una sola premisa: “el testamento vital”, por el cual una persona, con todo el poder de su capacidad para decidir, pensar y ejecutar, resuelve dar directivas, para que en caso de discapacidad sobreviniente alguien se encargue de su patrimonio o, bien, directivas médicas para estipular determinados tipos de tratamiento, que eviten la maledicencia (encarnizamiento terapéutico).

Este documento legal le permite al otorgante no sólo elegir el médico que prefiera que lo atienda, sino también instruir a este profesional el tipo de medidas extraordinarias y su límite, para conservar la vida. Debe notarse que estas instrucciones no entrarán en vigor hasta que los médicos constaten que

(1) Art. 2 Convención de Asturias.

(2) www.bioetica.org

(3) Art. 9 Convención de Oviedo.

el paciente padece de una condición médica incurable o terminal irreversible y que la aplicación de estas medidas extraordinarias para conservar la vida sólo aplazaría, en forma artificial, su muerte.

En tal sentido, esta voluntad anticipada podrá incorporar especificaciones, “para que, en el supuesto de manifestaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte”⁴.

La Iglesia Católica también defiende este derecho a la autodeterminación de la voluntad, sosteniendo que “la interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados, puede ser legítima” y agrega que “interrumpir estos tratamientos es rechazar el ‘encarnizamiento terapéutico’. Con esto no se pretende provocar la muerte; se acepta no poder impedirla. Las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad, por las que tiene derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente”⁵.

V. Los actos de autoprotección

Las determinaciones sobre la propia salud constituyen decisiones fundamentales, que deben reposar más que en ningún otro caso en respeto absoluto de la libertad del individuo. En tal virtud, coincidimos en que “Los cuestionamientos morales y jurídicos más inquietantes se presentan cuando la persona, adecuadamente informada de la trascendencia y pronóstico de su mal, ha comprendido cabalmente su significado, riesgos, secuelas y limitaciones resultantes, analiza sus perspectivas y calidad de vida futura y resuelve no aceptar el tratamiento médico aun cuando ello derive en su muerte”⁶.

Coincidimos con la postura que señala que “prohibir a quienes se les ha diagnosticado una grave enfermedad la facultad de tomar sus propias decisiones es negar su condición y calidad humanas”⁷.

El propio límite del sufrimiento que está dispuesto a soportar cada paciente, previamente asesorado por los profesionales médicos, pertenece a la órbita de la autonomía de la voluntad y el respeto a esta decisión se impone por razones de humanidad, porque tal comportamiento no afecta el orden público.

En similar sentido, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2001 se ha concluido que: “Es menester garantizar a los pacientes terminales la facul-

(4) Merino Hernández, *Medidas de Protección de las Personas Mayores*, Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia, Zaragoza, Los Fueros, p. 70.

(5) www.bioetica.org

(6) Bertoldi de Fourcade, María Virginia - Stein, Patricia, “Manifestaciones del derecho a disponer del propio cuerpo. Consideraciones acerca de la salud reproductiva, graves enfermedades y donación”, en *La Ley*, 2004-F, 1227.

(7) Pacella, Miguel A., “Ligadura de trompas de Falopio. Medida autosatisfactiva”, *Dossier Doctrina de la Revista FAM*.

tad de autodeterminarse. El reconocimiento de dicho derecho conlleva la facultad de previsión de la propia incapacidad y la plena validez y eficacia de las manifestaciones de voluntad que por escrito realice dicha persona, cualquiera sea la denominación que se otorgue a tales documentos”⁸.

“Las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica de consentimiento informado y deben ser admitidas en todos los casos en que el paciente eventualmente no pueda expresar su voluntad, no sólo en los casos de enfermedad terminal. Los denominados ‘testamento vital’ y ‘poder para el cuidado de la salud’ o ‘mandato de autoprotección’ son medios idóneos para la formulación de tales manifestaciones anticipadas de voluntad...”

La jurisprudencia argentina ha receptado tales preceptos, fundamentando que “... se está ante un eventual conflicto entre valores, principios y normas, todos ellos constitucionalmente reconocidos, que no pueden ser todos mantenidos maximalmente al mismo tiempo, centrados en esencia y en última instancia en la dignidad (como valor, principio y derecho), íntimamente asociados al respeto de la esfera de la autonomía personal e integridad de la persona humana, respecto de la vida como derecho y valor fundamental, cuya prolongación temporal, mediante intervenciones invasivas no deseadas y, más aún, rehusadas por la paciente, y que en concreto importarían una grave e ilegítima afectación a la dignidad, derecho-valor fundante al cual la propia persona eventualmente afectada asigna prioridad absoluta mediante una decisión meditada y libre y que encuadra en la esfera de las conductas autorreferentes tuteladas en el art. 19 de la Constitución Nacional, decisión personal que por otra parte resulta congruente con el sistema interamericano de los derechos humanos, en cuanto reconoce primacía a la dignidad de la persona humana...”⁹.

Sólo cuando el paciente no lúcido no ha manifestado antes su decisión debe estarse a la voluntad de los parientes, pues éste parece ser el mejor vehículo para conocer lo que la persona hubiera preferido, de poder expresarse.

VI. El poder médico para el cuidado de la salud

Las directrices médicas, como vimos, sólo contemplan la decisión en cuanto a si se debe utilizar o retirar el uso de medidas extraordinarias para conservar la vida cuando su muerte es inminente; mientras que el alcance de un poder médico es más amplio, e “identifica a la persona que se apodera a tomar decisiones a nombre suyo”.

Sin embargo, y de acuerdo con nuestra legislación vigente, la figura del mandato con estas características choca con el impedimento del artículo 1963, inc. 4° del Código Civil, que establece que el mandato se extingue por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario. Se proclama una modi-

(8) Conf. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 2001. Conclusiones de la Comisión N° 1, punto 10.

(9) JCrim. y Correc. de Transición N° 1 Mar del Plata, 2005/07/25.— M.

ficación legislativa a efectos de extender al artículo referido, para los supuestos de incapacidad sobreviniente, en forma análoga a los artículos 1977, 1982 y concordantes del Código Civil ¹⁰.

¿Qué sucede si el médico no quiere acatar a las directrices?

Se discute si el médico está obligado a cumplir con las directrices dejadas por su paciente; consideramos que su propia experiencia y sentido común implican que deberá decidir acerca de su intervención. En el caso de negarse, deberá tomar toda medida necesaria y razonable para trasladar el caso a otro médico dispuesto a cumplirla. Por ello se recomienda que en el testamento vital se designe también el médico que va a intervenir a efectos de contar con su predisposición anticipada. Esta decisión profesional deberá estar acompañada con un sustento legal que deba amparar su accionar.

VII. Los impedimentos de la legislación nacional

Uno de los obstáculos más comentados sobre la materia de testamento vital es la imposibilidad que tiene el sujeto capaz: por un lado, de designar su propio curador en caso de incapacidad sobreviniente y, por otro, el instruir con anticipación al eventual curador que se le imponga sobre las determinaciones en cuanto a la administración de los bienes, derechos y cuidados que una persona física aspire para sí.

Sin adentrarnos en un análisis más profundo, coincidimos en que tales disposiciones requieren de una urgente reforma legal que sea el resultado, como antes mencionamos, del estudio interdisciplinario que deberá implementarse a efectos de actualizar la legislación vigente, tal como el Código Civil de Québec de 1994 y la reforma al Código Civil alemán.

VIII. Legislación internacional

En primer lugar debemos mencionar el Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del 4 de abril de 1997. Este Convenio tiene una importancia capital ya que, a diferencia de las primeras declaraciones internacionales que lo han precedido en el tiempo, es el primer instrumento internacional con carácter vinculante para los países que lo suscribieron y establece un marco común para la protección del derecho de los pacientes, donde prescribe con detenimiento el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas.

El Registro de Voluntades anticipadas de Andalucía, España, un instrumento modelo que hace posible que los ciudadanos puedan dejar directivas sobre la asistencia sanitaria que desean recibir, fue seleccionado por la Comisión Europea como una de las mejores prácticas en administración electrónica en el ámbito de la Unión Europea ¹¹.

(10) Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Ed. Astrea.

(11) Diario *El País* 3/10/2005.

En Cataluña se instrumenta el Testamento Vital ante notario o ante tres testigos sin relación de parentesco o patrimonio. El documento puede hacerse llegar al médico responsable o al centro sanitario que atiende al interesado para que se incorpore a su historia clínica (debe asimismo inscribirse en el Registro de la Generalitat).

En Estados Unidos, país pionero del Testamento Vital o *Living Will*, existen en casi todos los Estados quienes adoptan varios tipos de directivas anticipadas, aunque no se registran con frecuencia.

Holanda posee la Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, promulgada por el Senado en 2000-2001, N° 137, donde se permite a petición del paciente por escrito y con libertad de formas, la decisión de finalizar su vida. La ley modifica el Código Penal¹² y establece que “el médico ha llegado al convencimiento de que la petición es voluntaria y bien meditada”; “ha llegado también al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejoría y ha llegado con el paciente a la conclusión de que no existe otra solución razonable”. En caso de que el paciente sea menor de edad, sus padres o quienes ejerzan la tutela redactarán un documento donde conste la petición de terminación de vida.

Francia admite las directivas anticipadas y el derecho de los pacientes a prever su tratamiento médico y no despenaliza la eutanasia^{13 - 14}.

IX. Conclusiones

Es necesaria una evolución legislativa en nuestro país, a efectos de incorporar disposiciones que regulen el testamento vital y el apoderamiento médico para el cuidado de la salud. Esta reforma deberá ser el resultado de un minucioso estudio interdisciplinario, conforme a los preceptos enseñados por la Bioética.

Consideramos importante la instrumentación del testamento vital ante escribano público o testigos, por los siguientes motivos: a) Resulta trascendental el juicio de capacidad, que va a asegurar que la voluntad del paciente ha sido suficientemente deliberada, con discernimiento, intención, libertad y la voluntad de exteriorizar y llevar a cabo tal directiva. b) En segundo lugar, consideramos de vital importancia, y con los elementos que se consideren convenientes, ratificar si al paciente se le ha dado la información necesaria (para lo cual se recomienda la participación de su médico de confianza en el acto), sobre todo acerca de si el tratamiento que eventualmente se le realizará es acorde a la enfermedad progresiva que padece y es conocida por él, o bien, conoce que pueda padecer algún día (este es el caso del testamento vital a personas sanas, pero propensas a padecer determinada enfermedad debido a sus antecedentes genéticos).

Debe considerarse, también, que el paciente siempre tiene el derecho de

(12) Art. 293.

(13) La última ley corregida es la N° 96.

(14) Se puede consultar en <http://www.senat.fr/nouveau.htm>

cancelar toda directriz que haya firmado hasta cuando se encuentre en las últimas etapas de una enfermedad mortal.

Se consagran fundamentalmente la autonomía de la voluntad y la autodeterminación, que sólo se ejecutan con libertad, discernimiento e intención (art. 900 del Código Civil); es, por lo tanto, el Derecho Humano de “elegir”, como la fábula de Er ¹⁵, y con libre albedrío la persona puede planificar su vida y su muerte, adoptando a tiempo las prevenciones debidas para proteger su salud y también su patrimonio.

(15) Platón, *La República*, Ed. Juventud, Barcelona, 1990, p. 375.