

# BREVE EXEGESIS DEL LLAMADO 'TESTAMENTO VITAL'

Por Armando S. Andruet (h)

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rep. Argentina),  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

*La enfermedad es el lado nocturno de la vida, una ciudadanía más cara. A todos, al nacer, nos otorgan una doble ciudadanía, la del reino de los sanos y la del reino de los enfermos. Y aunque preferimos usar el pasaporte bueno, tarde o temprano cada uno de nosotros se ve obligado a identificarse, al menos por un tiempo, como ciudadano de aquél otro lugar.*

Susan Sontag, La enfermedad y sus metáforas\*

## I.- INTRODUCCIÓN

Seguramente que los tiempos que corren, en donde los hombres además de estar sometidos a infatigables realizaciones más vinculadas con lo productivo que con lo especulativo; más impuestos de tener que atender un 'estar en el mundo haciendo cosas' que 'reflexionando acerca de las que acontecen en el mundo', no generen la oportunidad de interrogarse acerca de las cuestiones auténticamente trascendentales.

Ante la ausencia de la tan preciada pregunta, se subvierte su mismo rol de ser verdadero protagonista y organizador de la sociedad; para ser sin más en muchas ocasiones, y sin otro aditamento, un agente inconsultadamente organizado por la propia realidad totalizante que ha ido conformando y generando explosivamente como segunda naturaleza. Frente a ello, ha caído en la cuenta recién a finales del siglo pasado, de una auténtica y verdadera cuestión como es la de que ser hombre, importa no sólo vivir como tal, sino que también en morir como uno así.

A poco que transitemos esta idea, aparece incontestable la no menor cuestión que como problema no sólo trascendental sino claramente existencial y biográfico en cada uno de nosotros muestra el 'vivir'. Pues el vivir de cada hombre, lo es más o menos acorde a un paradigma que resulta ser esbozado como una represen-

tación ideal de una construcción si bien imaginaria lo más real posible, según cual sea el poder económico del que se disponga, y que se da en nombrar bajo un rótulo suficientemente amplio de 'calidad de vida'<sup>1</sup>.

Al hombre de hoy, en la reflexión antropológica no le resulta extraña la conjugación que el vivir se nutre, potencia y desgraciadamente desde nuestra perspectiva algunos también exacerban, de la misma realización de ¿conqué calidad de vida?. Entre los capítulos obvios que del vivir con cierta calidad, está presente el relacionado con el de la salud misma y si es ella, también tiene que existir alguna referencia a su infatigable compañera de ruta, como es la enfermedad<sup>2</sup> y el dolor físico que a ella como tal siempre entifica<sup>3</sup>; puesto que sólo la inventiva literaria<sup>3</sup> pudo elaborar una tesis de un mundo sin enfermedad.

<sup>1</sup> Vide en particular al punto Brock, D.; *Medidas de calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica en La Calidad de Vida, México, F.C.E., 1996, pág. 135.*

<sup>2</sup> Desde una perspectiva no médica, sino propiamente cultural-existencial se pueden revisar diferentes obras que trabajan de alguna manera la idea que venimos destacando; y todos ellos utilizan como núcleo la trama del dolor físico. Vide Jünger, E.; *Sobre el dolor: seguimiento de la moralización y fuego en movimiento*, Barcelona, Tusquest, 1995; Sánchez Ferlosio, R.; *Ensayos y artículos*, Barcelona, Destino, 1992; Morris, D.; *La cultura del dolor*, Barcelona, Andres Bello, 1994; Ocaña, E.; *Sobre el dolor*, Valencia, Pre-Textos, 1997.

<sup>3</sup> Samuel Butler en 1872 fabula un lugar llamado 'Erhewon' (anagrama inglés de no where), el país de ninguna parte donde la enfermedad se castiga como un crimen y el menor resfriado puede llevarle a uno a la cárcel, mientras que el asesinato se considera una enfermedad que merece solicitud y cuidados. Pues por caso se anota que el juez explica la sentencia a un hombre acusado de tisis pulmonar en estos términos:

\* *La enfermedad y sus metáforas y el sida y sus metáforas*, Madrid, Taurus, 1996, pág. 11.

No existe el hombre sano, sino homo infermus<sup>4</sup>. Tanto deviene puesto en el mundo, resulta inversamente proporcional a su crecimiento psico-físico su igual deterioro<sup>5</sup>; y si bien ello se mostrará con mayor entidad y fortaleza cuando la decrepitud de la naturaleza humana comience a ser percibida externamente y por lo tanto a nosotros mismos, no se puede ocultar que el reflejo exterior es en la mayoría de los casos, sólo un eco tardío de la verdadera conmoción ad intra del propio hombre<sup>6</sup>. Sin duda que dicha externación, es la del lento y permanente proceso del morir desde sus dimensiones físico-corporales, como también de aquellas otras psíquicas.

Destacamos, aunque no sería para escribir ahora la tesis, que sólo queda al margen de dicho proceso de deterioro, la dimensión espiritual e intelectual de la naturaleza humana; la que es en realidad una acerca de la cual, de ordinario no resulta ser utilizada para medir los patrones de salud-enfermedad que existen en los hombres. Por el contrario, en muchas ocasiones los hombres han sido y lo seguirán siendo, juzgados enfermos, solamente por pensar diferente<sup>7</sup>.

En este orden reflexivo propedéutico, consideramos que el binomio salud-enfermedad; que en verdad habría que decir también que no es otra cosa que la continuidad empírica y abreviada del verdadero problema que el hombre como tal debiera asumir como el único auténticamente importante, como es el de vida-muerte; es a partir del cual el hombre avanzará progresiva e inagotablemente en la búsqueda por las respuestas definitivas que le expliquen, al menos: ¿quién es?, ¿en quién cree?,

---

*“Puede que Usted me diga que no es responsable ni de su nacimiento ni de su educación. Pero yo le digo que su tisis, ya sea o no culpa suya, es un delito, y mi deber es velar para proteger a la República contra delitos de esta naturaleza. Usted podría decirme que se ha convertido en criminal por desgracia; yo le digo que su crimen es ser un desgraciado” (Vide Bruckner, P.; *La euforia perpetua- Sobre el deber de ser feliz*, Barcelona, Tusquets, 2001, pág. 173).*

<sup>4</sup> Vide Mainetti, J.; *Homo infermus*, Bs.As., Quirón, 1983.

<sup>5</sup> Se puede considerar la reflexión que propone a partir de una tesis semejante Paul Virilio, en orden a la razón de las prótesis, sean ellas técnicas, estéticas, incluso más personales; vide *Estética de la desaparición*, Barcelona, Anagrama, 1998, pág. 12 y ss.

<sup>6</sup> Apunta en este orden E. Morin que “La vanguardia de la muerte es el envejecimiento, por lo que conocer el envejecimiento es conocer la muerte” (*El hombre y la muerte*, Barcelona, Kairos, 1999, pág. 334).

<sup>7</sup> En este sentido se podría recordar la compleja afirmación de Foucault cuando dice que “Cada cultura define de una forma propia y particular el ámbito de los sufrimientos, de las anomalías, de las desviaciones, de las perturbaciones funcionales, de los trastornos de conducta que corresponden a la medicina, suscitan su intervención y le exigen una práctica específicamente adaptada” (*Médicos, jueces y brujos en el siglo XVII en La Vida de los Hombres Infames*, La Plata, Altamira, 1996, pág. 21).

¿con quiénes más cree? y ¿qué acontecerá luego de haber vivido?.

Quien no se haya formulado alguna vez dichas interrogaciones, seguro que ha vivido en una pura banalidad, lo cual no importa decir que es bueno o malo dicho existir. Descriptivamente al menos está claro, que no ha tenido ni intentado saber: ¿porqué se vive?; lo cual sin duda que es bastante degradante y menosprecia a la misma naturaleza humana que deviene por ello, rigurosamente ultrajada.

Mas suponiendo que el hombre se interroga por ello, y que lo hace en un tiempo en donde todavía su cuestionamiento resulta fecundo; pues no puede dejar de encontrar que en la bisagra –si se nos permite lo metafórico– que entre el vivir y morir existe: se encuentran una serie de tópicos de notable aproximación fenoménica aunque de ineludible diversidad formal y que son ciertamente los que lo involucran en los temas en general de la bioética, en los que ningún hombre –atrevemos a afirmar– podría estar alejado, y en particular los que se refieren a la eutanasia, ortotanasia y distanasia. En esta última temática, se abre un capítulo especial y que es en definitiva a la que nos queremos referir ahora, como es la de los llamados testamentos vitales.

## II.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

En realidad que la aproximación conceptual a los nombrados testamentos vitales, sólo puede ser cabalmente comprendida, cuando se ubica una situación de contexto que como tal pueda explicar su misma génesis en la historia.

Quizás también a la luz de ella, sea posible recuperar un sentido originario que con el tiempo ha recibido una serie de notables aportaciones, que si bien es cierto han profesado sobre el mayor conocimiento externo del mencionado instituto bioético, también es cierto que han traído nuevas connotaciones a su sentido primitivo, deformándolo de alguna manera y dejando librada la utilización de ellos a ciertas prácticas médicas que en realidad no son las que el primigenio testamento vital quería impedir o promover, tal como luego indicaremos.

Hemos señalado más arriba, que la noción más emparentada con la de los testamentos vitales es la de distanasia, porque tal como se conoce, ello no es otra cosa que el conocido y nombrado encarnizamiento terapéutico que en verdad a veces se le endilga con cierta cuota de ligereza ser rigurosamente indigno; mas olvidando en dicha atribución denostadora, que en alguna manera es ello

fruto y resultado de un signo también de nuestro tiempo y al que de una u otra manera, médicos y no médicos han contribuido a conformar.

En esta línea de reflexión nos ha resultado sugestiva la conceptualización de contexto que se transcribe, pues “es –el encarnizamiento terapéutico- el resultado de un fenómeno cultural muy complejo y multifactorial derivado de la aplicación de la tecnociencia al ámbito médico, de las desmesuradas expectativas de curación que la medicina ha inculcado en la sociedad, del requerimiento de preservar siempre la vida biológica como un valor sagrado, de la desprotección jurídica del médico y de la falta de coraje para asumir la existencia de límites en las acciones médicas”<sup>8</sup>.

A los fines entonces de evitarse el hombre dicho tortuoso padecimiento, aunque paradójicamente hay que decir, se lo estén infringiendo al sólo efecto de curarlo; es que algunos indican que habrían advenido a la existencia jurídica, los conocidos testamentos vitales<sup>9</sup>. Lo cual también como sabemos, intenta colocar en un segundo plano, las ambiciones y sueños fáusticos que detrás de una mencionada actuación profesional pueda existir.

De allí, que la manera de colocar límites a dicha gestión profesional es mediante la realización de tales instrumentos jurídicos, nombrados como testamentos vitales en algunos casos y en otras legislaciones, donde ello no está propiamente reconocido, mediante la realización de directivas potestativas de una voluntad declarada y certificada en tal sentido, aunque también hay que decirlo, a veces de opinable obligatoriedad jurídica para terceros.

Corresponde indicar que aunque parezca obvio, que el polo generativo del instrumento testamento vital y que tal como se acaba de indicar, no sería otro sino el que resulta del propio enfermo que frente a una hipótesis de aguda situación sanitaria, en principio de carácter terminal, limita la actuación de los médicos sobre su propio cuerpo, haciendo primar con ello en grado preferencial una fuerte cuota de autonomía y por lo tanto, restringiendo con tal imposición las actuaciones de los médicos, definitivamente creemos que no es sólo de dicha manera.

En realidad y haciendo honor a la misma historia de los hechos, ello no es así. La génesis de los testamentos

<sup>8</sup> Gherardi, C.; *La dignidad de la libre decisión de los pacientes terminales* en Cuadernos de Bioética N° 1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 209.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin dice que ellos son “documentos que estipulan que algunos procedimientos médicos especificados no deberían ser usados para mantener al firmante vivo en ciertas circunstancias determinadas” (*El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 234).

vitales, lejos de estar en modo principal colocada en los mismos ‘testadores enfermos’, lo está, en los ‘testados médicos’ quienes mediante dicho instrumento encontraban una manera relativamente segura de evitar de ser perseguidos por acciones civiles<sup>10</sup>; y si bien ello puede parecer un tanto desagradable indicar, pues la historia demuestra que gran número de instituciones que hoy reconocemos como del derecho común no fueron sino, privilegios de grupos estamentales en estadios primitivos de la organización social, política y jurídica de los Estados<sup>11</sup>.

A fuerza de ser honestos en lo intelectual y en la pragmática que de ello se desprende, corresponde indicar que si los testamentos vitales no son otra cosa que instrumentos escritos que describen la voluntad declarada y así certificada, de cuáles tratamientos no podrán ser actuados sobre ese enfermo que técnicamente se describe como ‘terminal’<sup>12</sup>; a la vez también hay que indicar, que son instrumentos que en una situación de conflicto en la praxis médica como afectación a la ontogénica relación médico-paciente<sup>13</sup>, pueden ser de suficiente entidad como para desobligar de responsabilidades civiles y penales a los facultativos, para el supuesto caso, que familiares del enfermo terminal ya terminado, adviertan cierto cumplimiento deficitario o no diligente por parte del equipo de salud.

Haciendo entonces una mirada retrospectiva de la génesis de los mismos, en verdad no se puede afirmar en modo apodíctico, que la causa fin de los testamentos vitales haya sido el privilegio del enfermo frente al encarnizamiento terapéutico de los médicos; sino por el contrario, ha sido el interés de la comunidad médica en tener a su favor un instrumento que en caso de una litis por mala praxis profesional, por no haber obrado con la

<sup>10</sup> No se puede dejar de señalar el caso “Salgo vs Leland Stanford – University Board of Truste”, del año 1957 resuelto por el Tribunal Supremo de California, quien responsabiliza a médicos por haberse excedido en los límites del consentimiento que el enfermo había otorgado; como uno de los cuales abrirá la discusión al tema ulterior de los testamentos vitales.

<sup>11</sup> Hattenhauer, H.; *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel, 1987, passim.

<sup>12</sup> Si bien reconocemos que el calificativo de enfermo terminal importa una cuota de cosificación a la persona que padece una determinada enfermedad y por ello deviene de fuerte crítica la denominación, en verdad tampoco podemos desconocer la entidad que en la literatura médica ella posee, y en cuyo contexto requerimos que sea ubicada ahora. Vide en este sentido Sorokin, P.; *Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos terminales* en Cuadernos de Bioética N°1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 181 y ss).

<sup>13</sup> La ya mítica obra de Pedro Laín Entralgo sigue siendo faro suficientemente esclarecedor en los mencionados temas, vide *La relación médico-enfermo*, Madrid, Alianza, 1983.

totalidad de elementos, fármacos y aparatología existente, se puedan de alguna manera exculpar de responsabilidad civil mediante su acreditación<sup>14</sup>.

Lo cierto es que sin perjuicio de no poder otorgar una fecha precisa de su origen, se puede señalar que los mismos instrumentos primeramente nombrados desde su conceptualización inglesa de 'living will', o su par castellano de 'testamentos vitales' u otras denominaciones que han sido relativamente incorporadas a la literatura en general, tales como: 'Testamentos biológicos', 'Testamentos de vida', 'Esta es mi voluntad', "Directivas anticipadas", "Voluntades anticipadas", se inaugura formalmente y con trascendencia jurídica en el año 1976 en el estado de California (EE.UU.)<sup>15</sup>, con la adopción de lo que se dio en nombrar como 'Acta acerca de la muerte natural' ('natural death act')<sup>16</sup> que como tal, fue preparado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

A partir de la fecha indicada los "living wills" en Estados Unidos se encuentran reconocidos por Ley federal (Uniforml Rigths of the Terminally Act de 1985, revisada en 1989) que da la facultad de adoptarla o no, con o sin modificaciones por cada Estado de la Federación.

En 1991, se contabilizaban hasta cuarenta y cinco de los Estados federales que contaban con legislación propia en la materia, reconociendo la validez de los testamentos vitales y ello dio lugar a una ley federal propiciatoria de los mismos que creó un registro general de todos ellos, estableció su validez por períodos de cinco años y permitiendo la designación de un representante que pueda decidir en lugar del declarante cuando llegue el caso y permitiendo la variación de su contenido cuantas veces se, desee.

### III.- QUÉ SON LOS TESTAMENTOS VITALES

Dicho instrumento consta entonces de directivas que son dadas por una persona mayor y en pleno uso de sus facultades mentales, donde indica que determinados

<sup>14</sup> Para algún autor, al menos en EE.UU. es sólo el último carácter el que como tal, tiene valor, cfr. Escobar Triana, J.; *El morir como ejercicio final del derecho a una vida digna*, Bogotá, El Bosque, 1998, pág. 144.

<sup>15</sup> Se atribuye la expresión inglesa de 'living will' a un abogado de Chicago, Louis Kuener para el año 1967; siendo el primer modelo redactado de testamento vital del año 1969 y fue ofrecido por el Euthanasia Educational Council.

<sup>16</sup> Cfr. 'California Natural Death Act', en California Health and Safety Code (1976), art. 7185 s; en Ley del Cuerpo Legislativo 3060, firmada por el Gobernador Edmund G. Brown el 30.VIII.76 y entró en vigor el 1.I.77.

tratamientos no deben ser iniciados o si lo fueran, deberán ser interrumpidos para el caso de que la misma esté afectada de una enfermedad incurable en fase terminal y que por ello, no está en condiciones de tomar por sí misma dicha decisión. También se han definido ellos como las "declaraciones escritas, en previsión de la eventual incapacidad del declarante -estado de coma irreversible, condición terminal- en el cual se ordena a los familiares y médicos del futuro paciente, si el tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o discontinuado"<sup>17</sup>.

Corresponde decir, que si bien la situación del 'testador vital' en su origen atendía a su estado terminal, la realidad de los tiempos han ido progresivamente avanzando, intentando y desde ya logrando instalar que se trata de una realización que puede ser requerida por el individuo en cualquier situación que de enfermo se trate. Pues lo que califica e impone la utilización de dicho recurso, no debe ser en verdad la calidad de enfermo terminal que se pueda tener, sino el de los métodos terapéuticos que se puedan infringir al mismo y que devienen ellos desproporcionados.

La nombrada apreciación no puede ser tomada ligeramente, en realidad es ello lo que cualifica y otorga la misma esencia a la necesidad y posibilidad de utilización de los testamentos vitales; iteramos, no por el hecho de estar el enfermo en fase terminal es que puede utilizar de ellos, aunque su elaboración haya sido anterior a dicho estado físico; sino porque los medios que se habrán de utilizar sobre el mencionado enfermo, devienen en dicho contexto desproporcionados. Vale la pena recordar también, que el mencionado carácter de extraordinariedad o desproporcionalidad de los medios, no es en manera alguna objetivo o absoluto, sino que es siempre subjetivo al enfermo y por lo tanto, a sus mismas circunstancias históricas, personales, sociales, económicas y familiares.

En definitiva, el método terapéutico no puede anular el sujeto pasible de la terapéutica, dicho reduccionismo que se cometería para el caso de no mirar el problema así, sólo puede ser sorteado bajo un criterio dinámico de la noción de medios proporcionados o no y que sólo él podrá -mutatis mutandi- si es jurídicamente capaz, calificar la presunta<sup>18</sup> desproporcionalidad del acto médico que se le proponga.

<sup>17</sup> Silva Ruíz, P.; *El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital* en Revista General de Derecho N° 592-593 (enero-febrero 1994), Puerto Rico, pág. 435.

<sup>18</sup> Gherardi, C.; *La dignidad de la libre decisión de los pacientes terminales* en Cuadernos de Bioética N° 1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 205.

De pronto cabe señalar, que habrá enfermos que en rigor de verdad no están dispuestos a sobrellevar una vida en un estado que no juzgan digno, u otros que no consienten que para conservar la misma vida, deban someterse a tratamientos, terapéuticos, que aparecen fuertemente contrarias a su misma voluntad, consciencia o creencias; todo lo cual hace cobrar una entidad distinta a un tema obviamente preterido como es el de la dignidad de la muerte, que es también continuidad de la dignidad de la vida<sup>19</sup>.

No admitir en nuestro parecer un criterio de este tenor, bien podría arrastrar a generar situaciones claramente discriminatorias entre unos enfermos (terminales) y otros enfermos (no-terminales); y que como tal, vendría a afectar el mismo sustento no sólo ético sino también jurídico en el cual la misma existencia de los llamados testamentos vitales está centrada, como es sin más, en el propio derecho personalísimo que el hombre ejerce y que en función del cual y aun en contra de sus propios intereses vitales, es que puede negarse a recibir una determinada terapéutica.

Porque si bien es cierto, que el médico tiene asignado un deber profesional y también deontológico de ayudar a la recuperación de la salud en general de sus enfermos, pues tampoco pueden avasallar en orden a su cumplimiento con aquél otro que le concierne como derecho al enfermo y como deber de respeto al médico, de someterse a la decisión autónoma y ponderada del enfermo, jurídicamente capaz para tomar ella. En realidad el art. 19 inc. 3° de la ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en el orden nacional, preceptúa que deberá respetarse la voluntad del paciente “en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”.

Con ello se resguarda el arbitrio único e irremplazable de ser cada persona dueña de su cuerpo y que en la medida que las consecuencias negativas que se puedan seguir de dicha actuación, recaigan excluyentemente y por ello sean autorreferentes al mismo enfermo, no podrán ser decididas en contra de su misma voluntad<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> “La dignidad de la muerte se vincula con la libre decisión tomada respecto de la continuación o no de un tratamiento intrusivo o invalidante, con la externación hospitalaria para permitir que la muerte de un hombre acaezca estando éste rodeado de las cosas y los afectos familiares o en un lugar aséptico, con el testamento de vida aceptando la mitigación del dolor o rechazando padecimientos inconducentes y extensos, la opción por los cuidados paliativos. Si no es pensable la vida sin dignidad, la muerte sin dignidad tampoco lo es. Vida y muerte tienen en común, en este planteo, el profundo respeto al hombre” (Mackinson, G.; *Calidad no implica dignidad* en Salud, Derecho y Equidad, Bs.As., Ad Hoc, 2001, pág. 70).

<sup>20</sup> Cifuentes, S.; *Derechos personalísimos*, Bs.As., Astrea, 1995, pág. 327. En contra se puede apuntar la afirmación de Carnelutti quien

Bien ha indicado Bidart Campos ya, que “el deber de cuidar y atender la salud propia no es un deber jurídico cuando estamos ante una conducta autorreferente. El deber deviene jurídico y exigible sólo cuando el que no atiende a su salud compromete a otros o, más claramente, cuando daña o pone en riesgo a terceros”<sup>21</sup>.

De cualquier manera se debe señalar con total firmeza, que en modo alguno puede ser equiparada dicha realización con una actuación proscripta por la ley como es la de tener un claro instinto suicida; porque quien se niega a recibir un tratamiento desproporcionado no quiere matarse, sino que reclama un tratamiento que reconoce digno para lo poco de vida que le pueda quedar, aun cuando se pueda afirmar –lo que siempre es dudoso- de que la terapéutica que rechaza le pueda asegurar un establecimiento sanitario de la persona.

Huelga señalar, que deviene inaplicable la aceptación de la decisión autónoma de la persona a no someterse a tratamientos desproporcionados, cuando de ello se sigue un daño a una tercera persona; pues por supuesto, entendemos que aun cuando existiera un testamento vital brindado acorde a las exigencias legales y la persona fuera una mujer embarazada, en tal caso aun siendo desproporcionado el medio habría que utilizarlo y por lo tanto, contraviniendo el mismo instrumento, en razón de que el compromiso de vida ya no es autónomo del testador vital, sino que arrastra a otra persona que no tiene porque ser asimilada en la consecuencia de igual desenlace letal<sup>22</sup>; más aun ello hoy, cuando hoy conocemos casos de nacimientos de hijos de madres comatosas<sup>23</sup>.

En cuanto a los aspectos formales que deben cumplirse en los testamentos vitales, al menos dentro del

---

*sostuvo que el médico puede intervenir quirúrgicamente –y que hoy se podría extender a métodos terapéuticos distanásicos- aun en contra de la misma voluntad –expresa o presunta- del paciente, siempre que se demuestre que está amenazada la vida misma del enfermo (vide Probleme giuridiche delle transfusione della sangue en Foro Italiano T. IV (1938), col. 91-92).*

<sup>21</sup> Cfr. *La salud propia, las conductas autorreferentes, y el plexo de derechos en el sistema democrático* en *El Derecho* T. 165-360.

<sup>22</sup> Sin duda alguna que ahora no solo que estamos frente a un dilema médico, sino también jurídico; por lo cual la síntesis reflexiva de la filosofía del derecho y la ética médica deviene primariamente esclarecedora, en este sentido la obra dirigida por los Prof. Dominique Folscheid, Brigitte Feuillet-Le Mintier y Jean Francois Mattel, *Philosophie et droit de l'éthique médicale*, París, P.U.F., 1997, resulta inspiradora.

<sup>23</sup> Tenemos información que durante el año 2000, se produjo el nacimiento en Nueva York de la niña Alexis Michelle Cooper, en el Hospital de Cincinnati, cuya madre quedó en dicho estado comatoso desde el primer mes de gestación. El caso, se suma a los otros ocho conocidos en EE.UU. para los últimos 25 años. La gestación fue relativamente normal y el alumbramiento fue inducido y vaginal.

ámbito de la legislación estadounidense y europea que es en donde más se ha avanzado en el tema, sin perjuicio que la cantidad de individuos que utilizan del mismo aun no sea realmente significativo; se destaca que para la validez jurídica y oponibilidad a terceros del instrumento; es que debe ser dado el mismo frente a testigos, como también que es revocable en cualquier momento. En algunos casos se le otorga un término desde su redacción, para que comiencen a tener vigencia y también poseen un plazo de caducidad de cinco años. Además de ello, el estado de enfermedad en fase terminal debe ser confirmado por un diagnóstico de dos médicos<sup>24</sup>.

#### IV.- MODELOS BÁSICOS

Sin embargo y tal como se indicó al inicio, a lo largo de los años la premisa originaria de cuál era sin más el objetivo al que los testamentos vitales venían a remediar y que en breve síntesis puede ponerse en clave de señalar el evitar ser el enfermo sujeto pasivo de tratamientos desproporcionados o extraordinarios en casos de enfermedades terminales –dejando de lado la cuestión vinculada con el eventual reclamo de mala praxis-; pues subrepticamente fue mezclándose con ello, que no sólo se trataba el mismo de una directiva de interrupción o de no-iniciación de tales tratamientos, sino de autorización e indicación de realización de aquéllos otros actos médicos, que en definitiva tienen el propósito excluyente de acelerar el proceso de muerte evitando el sufrimiento.

Con lo cual, el testamento vital, desde esta conformación que se podría nombrar utilitaria y pragmática, es el postulado más visible de una cultura que profesa activamente la misma eutanasia, entendiéndolo por ello el dar muerte a un enfermo con la obvia intención de ello, a los fines de evitarle el sufrimiento que como tal padece<sup>25</sup>. Al respecto deviene evidente y claro, que detrás del mismo concepto jurídico ‘testamento vital’, se ha ido produciendo una suerte de ensanchamiento de su contenido, avanzando de la misma postulación no-distanásica o de la oposición al encarnizamiento terapéutico, a la pretensión eutanásica.

Resulta suficientemente elocuente de lo dicho, las lecturas que se pueden formular de dos modelos hoy

vigentes de testamentos vitales<sup>26</sup> y que como tal, reflejan cada uno de ellos una determinada construcción ideológica. Por una parte, se ordenan aquéllos que aparecen claramente ortotanásicos y por el otro, los que reflejan una posición pro-eutanásica. Además debemos indicar, que dichos rótulos resultan también estar reflejados en distintas Organizaciones o Instituciones civiles, públicas, religiosas que los difunden y promueven, pues por caso, nosotros recordamos para el primer caso, el que ha sido promovido por la misma Conferencia Episcopal Española<sup>27</sup> en ocasión de haberse aprobado la reciente ley catalana de testamento vital el pasado 22.XII.00; y para el restante, el que ha sido proclamado por la también española Asociación Derecho a Morir Dignamente.

Otros autores prefieren realizar una clasificación tripartita, destacando que además de las dos anteriores habría aquellos testamentos vitales que tienen su origen en determinados grupos profesionales, por caso la importante Asociación Americana de Salud Pública; destacándose en ellos, que suele haber una explicación más detallada desde el punto de vista médico de cuáles cuidados o tratamientos no iniciar o eventualmente suspender<sup>28</sup>. En ellos también se advierte con alguna mayor evidencia, la cláusula liberadora de responsabilidad civil y penal al médico que cumple con la voluntad del testador vital, lo cual como es obvio, no podía ser descuidado en atención a quien promueve el mismo documento.

En nuestra opinión, la mencionada categoría no es en manera alguna autónoma puesto que, en términos generales las indicaciones y detalles de cuáles terapéuticas sí y cuáles otras no, en verdad se resuelven siempre bajo un criterio finalista como es el de admisión a procedimientos en virtud de los cuales se promociona intencionalmente el fin de la vida, o por el contrario se rechaza

<sup>26</sup> Se ha señalado con precisión dicho criterio, afirmándose que: “... me limito a señalar dos grandes tipos de living will: un primer tipo en el cual el interesado expresa la voluntad de ser sometido a eutanasia pasiva, y un segundo en el que se pide sólo no ser sometido a terapias intensivas que constituirían nada más que obstinación terapéutica” (Ciccone, L.; *Eutanasia- ¿Problema católico o problema de todos?*, Bs.As., Ciudad Nueva, 1994, pág. 73).

<sup>27</sup> A su vez se puede indicar que los testamentos vitales de corte claramente confesional católico, se encuentran inspirados en la misma Declaración sobre la Eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del año 1980, como así también la Nota sobre la Eutanasia de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe del 15.IV.86.

<sup>28</sup> Para Javier Elizari Basterra, existen modelos de inspiración religiosa, otros que tiene su origen en grupos profesionales y finalmente los que se originan en preocupaciones educativas que a su vez, pueden tomar un camino de carácter muy general y en líneas generales de tipo ortotanásico y otros más ubicados en la perspectiva eutanásica sin más (cfr. *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 188).

<sup>24</sup> Cfr. Baudouin, J. y Blondeau, D.; *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Barcelona, Herder, 1995, pág. 98 y ss.

<sup>25</sup> Un repaso por el siempre inagotable análisis de los tipos y formas de ella, puede ser visto en Lecuona, L.; *Eutanasia: algunas distinciones en Dilemas Éticos*, México, F.C.E., 2000, pág. 97.

el encarnizamiento terapéutico y se aspira un digno proceso de muerte.

Lo cierto sin embargo es que desde la década del 70 en EE.UU. los testamentos vitales han tenido un fuerte crecimiento al nivel de reconocimientos jurídicos al punto tal que hoy se puede afirmar que la mayoría de los Estados les han dado un estatuto legal concreto; ello, reiteramos, no sólo por la fuerte impronta del nombrado principio de autonomía de la bioética y que como tal promueve, la toma de decisiones del enfermo como un sujeto racional y libre<sup>29</sup>; sino por ser ellos también, un fuerte valladar para promociones judiciales vinculadas a la mala praxis médica<sup>30</sup>.

Y si bien se ha ido extendiendo con firmeza a otros países no sólo de América, como es Canadá, también lo ha sido a otros europeos, por caso: Inglaterra, Francia, Suiza y recientemente España. En América Latina en general no tiene real difusión y mucho menos algún tipo de reconocimiento o atención en la doctrina jurídica; quizás la sola excepción a ello sea el caso de Puerto Rico.

De cualquier manera no se puede dejar de señalar, que en la mayoría de los países de Europa donde es práctica más o menos común la de realizar testamentos vitales, con la sola excepción muy reciente de España en las Comunidades Autónomas de Cataluña<sup>31</sup> y también Galicia<sup>32</sup> donde se ha regulado por ley los efectos de los

<sup>29</sup> En realidad se debería diferenciar para una cabal comprensión del problema, los ámbitos de la autonomía reducida y competencia disminuida tal como postulan Beauchamp, T. y McCullough, L.; *Ética médica- Las responsabilidades morales de los médicos*, Labor, Barcelona, 1987, pág. 125.

<sup>30</sup> Un repaso por los principales capítulos que han formado parte de los pleitos por mala praxis puede ser consultado en la obra colectiva *La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, Bs.As., El Derecho-Depalma, 2000.

<sup>31</sup> Se trata de la que fuera ley pionera en España sobre el tema, y resultó ser aprobada por el Parlamento de Cataluña el 21.XII.00 después de un arduo proceso de negociaciones y discusiones. La misma entró en vigencia el 12.I.01. La mencionada norma permite a cualquier persona adulta mentalmente capaz, a redactar ante notario o con la presencia de tres testigos, dos de los cuales no tengan parentesco ni relación patrimonial con el firmante, un documento en el que exprese anticipadamente las actuaciones médicas de las que no quiere ser objeto en caso de no poder decidir por sí mismo. La enfermedad que debe padecer tiene que ser incurable, dolorosa y mortal y la voluntad expresa puede ser la de oponerse a ser mantenido en vida por medios artificiales. Cabe señalar que acorde lo que informa la prensa extranjera las fuerzas políticas han brindado informaciones contrarias respecto a la misma ley, para los partidos de izquierda constituye ella una despenalización de la eutanasia pasiva, mientras que para el Partido Popular no implica nada más que una manera de evitar el encarnizamiento terapéutico.

<sup>32</sup> En la Ley de la Junta de Galicia sobre Consentimiento informado, la cual en sus artículos 4 bis y 4 ter se ocupa respectivamente de las llamadas 'voluntades anticipadas', como así también del otorgamiento del consentimiento por sustitución.

mismos; en el resto, no están sancionados jurídicamente y por lo tanto carecen de valor legal en estricto sentido, aunque de hecho tienen algún reconocimiento y como tal orientan una definición en dicho sentido al equipo médico.

Es decir que si el mencionado instrumento goza de las formalidades extrínsecas que al menos le den la suficiente entidad de un instrumento público; no dudamos en considerar que habrá de orientar a una fuerte disminución en el equipo médico a tener actitudes profesionales que puedan ser por acaso consideradas distanásicas, para el caso de que dicho equipo sanitario pueda ser naturalmente considerado predispuestos a dispensar los mencionados tratamientos médicos a enfermos terminales.

De igual manera nos parece valioso ponderar en esta misma construcción, que pensando en una hipótesis de conflicto judicial; sin duda que demostrado el hecho objetivo de la existencia de encarnizamiento terapéutico por parte del equipo de salud y acreditado también, que tomaron conocimiento oportuno del mencionado instrumento y sin embargo en modo alguno modificaron su opus profesional, pues podrá ser un elemento de meritua-ción que agrave su misma situación procesal en concreto ante un conflicto de intereses que se puedan generar con los familiares del enfermo.

## V.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Cabe señalar que en la República Argentina no existe con implicancia jurídica alguna, el reconocimiento de los nombrados testamentos vitales; sin perjuicio de que ellos puedan ser utilizados en un modo más o menos corriente y que también en definitiva, y por ese carácter de hecho más no de derecho, tengan algún tipo de incidencia subjetiva en el propio médico en el ámbito de su misma moralidad o del ethos profesional en su defecto; antes que por un carácter prescriptivo preciso que reiteramos no tiene.

Reiteramos la figura no tiene reconocimiento normativo alguno; sin embargo y como se podrá advertir, ello no empece a que no pueda ser recogido su aporte desde las ya existentes instituciones jurídicas, no necesitando de una nueva plataforma jurídica ella. Creemos que esto último es lo que acontece.

Resulta también una experiencia novedosa, la que ha tenido el Ayuntamiento de Vitoria (España) que es el primer municipio que ha abierto un registro de testamentos vitales, por el cual pone a disposición de los ciudadanos de la capital alavesa mayores de edad, con capacidad jurídica y de obrar, la custodia del documento que el demandante quiera redactar como deseo en caso de enfermedad (cfr. Diario *El País*, Madrid, 3.XI.01).

Sin embargo y a pesar de lo dicho, de lo que no se puede dudar, es que cada vez es mayor el número de personas, sobre todo vinculadas a posiciones económicamente medias o altas; que no dejan de ver, que en determinados estadios la medicina privada se encuentra excesivamente comercializada y a la vez emplazada en una actitud defensiva por la llamada mala praxis profesional; y en función de dicho contexto, es que muchas personas entienden valioso realizar una previsión en concreto, para cuando vayan a ser tomadores de servicios médicos en situaciones terminales, y en cuya ocasión no podrán discutir y/o negociar en igualdad de condiciones el servicio profesional requerido.

Ante ello, utilizan de esta vía, como medio relativamente seguro de que no se verán expuestos a situaciones indiscutidamente distanásicas, y que de tener capacidad de conciencia mostrarían oposición y resistencia a ser sujetos pasivos de ellas.

No importando en esta ocasión describir si la etiología de dicha visión de la medicina contemporánea, como medicina defensiva<sup>33</sup>, es debido a que a su vez, se ha generado un crecimiento desmedido de la industria del pleito por mala praxis profesional y por ello los médicos, a manera de escudo protector realizan y solicitan, estudios e intervenciones que devienen claramente excesivos, desproporcionados, extraordinarios y por ello también fútiles en el caso concreto; o porque resulte que la pérdida de un enfermo, en determinado centro de salud y acorde a una mentalidad exitosa y triunfalista que de la medicina el mismo hospital pueda tener, importa un fracaso para el equipo médico y genera una imagen devaluada y de menor interés para los tomadores de servicios médicos.

Mas lo cierto es que aquéllos con mejores recursos económicos y que acceden a una medicina privada, utiliza de dichos mecanismos que se reflejan en los testamentos vitales. El universo de casos de cualquier manera, no es suficiente para declarar fuertemente una tendencia, sino sólo para hacer una afirmación si bien acreditable empíricamente, todavía provisoria.

<sup>33</sup> "La American Medical Association define la medicina defensiva como 'la realización de métodos complementarios de diagnóstico y procedimientos terapéuticos que no se hubieren llevado a cabo si no fuera por la amenaza de un juicio por mala praxis'. Esta estrategia de atención médica que coincidió en el tiempo con la aparición de sofisticados y costosos métodos complementarios de diagnóstico (tomografía computada, resonancia magnética nuclear, videoendoscopías, marcadores serológicos, etc.) han representado en EE.UU. en los últimos años un sobregasto de 15.000.000.000 de dólares en el costo de salud anual" (Medone, A. y Califano, J.; *Mala praxis médica- Efectos y prevención*, Bs.As., La Prensa Médica Argentina, 1995, pág. 94.

De todas formas no se puede dejar de apuntar, que en el año 1996 se propuso ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley intitulado *Régimen de los derechos de los enfermos terminales*<sup>34</sup>, que tenía como objeto principal de aplicación el de regular los derechos de los enfermos que padecieran una enfermedad irreversible y se encontraban en estado terminal; y si bien pues en ella no se menciona en oportunidad alguna el tópico de los llamados testamentos vitales, no se puede obviar de su lectura, que los mismos devenían como un supuesto posible y de alguna manera incitado. Apuntamos dicha propuesta legislativa, porque en verdad que consideramos que fue la aproximación más efectiva a ellos que existió entre nosotros.

De tal manera que la realidad en el horizonte jurídico nacional indica que la institución de 'testamentos vitales' no tiene presencia legislativa; pero de cualquier forma y tal como diremos, ello no afecta a que pueda tener andamiaje jurídico un instrumento que en términos generales refleje dicho concepto. En rigor de verdad creemos que la posibilidad jurídica claramente existe, y ello, a partir de las mismas reglas de derecho vigentes como así también, de la misma orientación jurisprudencial que respecto a los llamados derechos personalísimos en términos generales se viene consolidando desde largo tiempo atrás<sup>35</sup>.

A efectos de intentar hacer una exégesis del problema, y que como conclusión adelantamos que nos acerca a la afirmación de la procedencia jurídica desde nuestro derecho positivo de los mencionados testamentos vitales; presupone en primer lugar otorgar un tratamiento a la institución que resulte ser la más adecuada posible a nuestro mismo sistema jurídico, para lo cual, la nominación con la cual se conoce el instituto de 'testamentos vitales', aparece como un manifiesto despropósito.

Se impone abandonar la conceptualización 'testamento vital', porque en rigor de verdad, el testamento es un instrumento que rige la voluntad de la persona para después de su muerte por lo cual, afirmar que hay cumplimiento de testamento con vida –aunque sea ella en

<sup>34</sup> Cfr. *Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 1996, Orden del día N° 931 (impreso el día 23.X.96) pág. 3961 y ss.*

<sup>35</sup> Podemos apuntar, sin perjuicio de no compartirla integralmente, la definición que de ellos ha indicado Santos Cifuentes, como: "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tiene por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical" (*Derechos personalísimos*, Bs.As., Astrea, 1995, pág. 200). A los efectos de tener una visión histórica integral del mencionado problema, puede leerse con gran interés Diez Díaz, J.; *Los derechos físicos de la personalidad- Derecho somático*, Madrid, Santillana, 1963.

estado vegetativa y/o comatosa-, aparece como un claro contrasentido. Recuerda el art. 3607 del Código Civil: “El testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

El testamento entonces es una disposición de última voluntad y en función de ello es que los efectos jurídicos que como tal del mismo resultan,<sup>36</sup> no son sino, para después de la muerte del otorgante. Como se puede advertir fácilmente, los testamentos vitales en modo alguno se pueden orientar como disposiciones de última voluntad, toda vez que precisamente se indican en los mismos, es más esa es la única finalidad que tienen, de cuáles maneras, de qué modo y cuáles realizaciones habrán de tener que realizarse u abstenerse aquéllos que estén manipulando los confines de la vida, pero vida al fin.

Además de ello habría que agregar y tal como la doctrina lo tiene largamente acreditado, los testamentos importan por regla general un acto de disposición de bienes, sin perjuicio de que puedan encontrarse en el mismo cláusulas de otro orden, tales como las honras póstumas, las relacionadas con el cuerpo del causante o sufragios a favor de su alma, etc. y que son ellas verdaderas disposiciones de última voluntad aunque no estén comprendidas en los términos del artículo ya citado<sup>37</sup>.

Por todo lo que ha sido indicado entonces, definitivamente que habrá sin duda que buscar otro instituto jurídico que aparezca más adecuado a la propia realidad jurídica a la que se quiere regular. En dicho orden es que consideramos que no hace falta tampoco, intentar generar neologismos jurídicos complicados, pues bastaría en nuestra opinión con señalar que se tratan las disposiciones brindadas en el sentido ya señalado, de *‘Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal’*.

Por lo pronto corresponde advertir, que se trata de una disposición que resulta ser claramente prescriptiva para quien aparezca indicado como sujeto pasivo de ella, y que en el caso no podrá ser otro que el mismo equipo médico que en general se encuentre a cargo de la atención terapéutica en dicho proceso mortal del enfermo.

---

<sup>36</sup> Se anota en el art. 947 del Código Civil “Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efectos sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos”.

<sup>37</sup> Cfr. en él todos, Lafaille, H.; *Curso de derecho civil- Sucesiones*. Bs.As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1933, T.II, pág. 188 y ss.

De manera tal, que su no observancia podrá ser eventual fuente de reclamos civiles por el mencionado incumplimiento contractual que dichas directivas presuponen<sup>38</sup>. Adviértase que el mismo en nuestra opinión, sólo podría funcionar dentro del marco de la relación contractual médico-paciente desde ya pública o privada, por lo cual, quedan al margen y claramente eximidos de toda responsabilidad los casos de asistencia médica extracontractual. En rigor habría que decir, que se trata el nombrado instrumento de uno que adviene documental-mente a la relación médico-paciente y que por lo tanto, merece la misma atención y respeto como cualquier otra consideración que en el marco de dicha relación sanitaria, autónomicamente le está reconocido al paciente.

Aparece de alguna forma el mismo, como figura análoga a la misma exigencia puesta en cabeza del médico de requerir el consentimiento informado a su paciente antes de efectuar tratamientos, terapéuticas, estudios, etc.; sólo que aquí, no es del médico al paciente sino de éste último al primero y por ello, bien se podría nombrar también, simplemente como *‘Directivas de No-sometimiento a Tratamientos Desproporcionados’*.

Queda claramente advertido entonces, que el equipo médico tendrá que tener una información fidedigna y temporánea de la mencionada voluntad del paciente en lo que a dicho cuidado se le debe brindar, para el caso de que éste no pueda exteriorizar su propia voluntad. Por lo que, no habiéndolo hecho conocer los familiares al mencionado instrumento o no haberse dejado una indicación precisa con copia certificada del mismo, en la propia historia clínica que el enfermo pueda tener en determinado nosocomio, sin duda alguna que su no observancia no podrá importar ser fuente de obligaciones futuras para nadie.

El documento en cuestión, deberá ser efectuado en un instrumento público a los efectos de hacer plena fe de lo que en él se encuentra descripto en los términos de la ley civil<sup>39</sup>; donde el notario interviniente al menos deberá: 1) Dejar transcripto el contenido de las mencionadas disposiciones que esa persona requiere que sean cumplidas por el equipo médico y también familiares, y que por el estado avanzado y de terminalidad de su enfermedad

---

<sup>38</sup> “El paciente, al consentir determinada forma de vinculación con la institución médica de que se trate, está facultado, en ejercicio de su capacidad contractual, para prever que se sujete la relación a ciertas condiciones, negándose a recibir prestaciones médicas específicas o a recibirlas bajo determinadas circunstancias” (Cuneo, D.; *Los testamentos de vida o living will y la voluntad de vivir dignamente* en J.A. 1991-IV-686).

<sup>39</sup> Cfr. arg. arts. 993 y concordantes del Código Civil.

se encontrará privado de capacidad y lucidez para expresarlas personalmente, y que serán indicadas más abajo; 2) Tendrá que efectuar también, la transcripción de un certificado médico debidamente legalizado por la autoridad colegial respectiva, donde conste que el postulante de las mencionadas directivas, goza de sus facultades mentales en sano juicio; 3) Que tiene habilidad jurídica para contratar sin más.

Algunos autores que hemos consultado a dicho respecto, consideran adecuado el disponer un tiempo de validez para las mencionadas Instrucciones<sup>40</sup>, motivo por el cual, cumplido el mismo, caducan de pleno derecho las disposiciones en ellos contenidas y no puede ser requerida su aplicación<sup>41</sup>.

En nuestra opinión, y siguiendo dicha orientación, aparece razonable colocar un plazo de cinco años para la caducidad y decimos ello, porque en un campo donde existe una movilidad tan fuerte como es en general la que corresponde al desarrollo técnico-científico de la medicina, bien puede acontecer que parámetros que han sido tenidos a la vista por el declarante como extraordinarios o desproporcionados en el presente y por ello impuestos de no ser realizados sobre su naturaleza, en el devenir histórico relativamente inmediato, hayan variado al grado tal que se puedan considerar ordinarios, corrientes o proporcionados.

En nuestro parecer resultará suficiente con que el instrumento notarial indique a los médicos, lo que a la vez deviene ser oponible a los terceros y familiares; que en una situación de enfermedad terminal, debidamente constatada por el equipo de salud que en la ocasión interviniera, no se le dispense a dicho enfermo a los fines de mantenerlo en vida, de aquéllos tratamientos desproporcionados o extraordinarios, por lo tanto fútiles, que sólo constituyen un ejercicio abusivo e irracional de los medios tecnológicos y/o farmacológicos, alterando con ellos el proceso natural de muerte.

Se trata entonces de un deber negativo<sup>42</sup> el que se requiere en cumplimiento por el cuerpo médico y que como tal, ordenan la abstención de las nombradas acciones médicas. A ello se suma también, y con igual caracte-

<sup>40</sup> En esta posición de la vigencia temporal se encuentra Casado González, M.; *La eutanasia- Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Reus, 1994, pág. 44.

<sup>41</sup> A título ilustrativo se puede señalar, que la reciente ley gallega que hemos destacado, nada dice a este respecto.

<sup>42</sup> Vide respecto al tema de los deberes positivos y negativos el excelente trabajo de Garzón Valdéz, E.; *Los deberes positivos y su fundamentación* en Revista Doxa N° 3 (1986), Madrid, Universidad de Alicante, pág. 17 y ss.

rística deóntica aunque en inverso sentido, esto es como deber positivo y por lo tanto imponiendo una ejecución concreta, de que se dispensen la totalidad de realizaciones médicas proporcionadas a dicho contexto terminal y propiamente de enfermo moribundo, brindando la asistencia además de médica la complementaria a ella si correspondiera; con lo cual también se impone la ejecución de evitar asimilar la Instrucción, con una indicación que autorice una realización eutanásica<sup>43</sup>.

Definitivamente lo que debe quedar claro, es que en términos bioéticos, lo que el sujeto mayor de edad, consciente y en pleno uso de sus facultades mentales requiere del cuerpo médico que lo asista en el período final de su vida y trance de muerte, es que se le otorgue la absoluta y personal decisión de optar por una muerte digna y no que sea dispuesta la manera de 'su' morir, por los propios esquemas médicos, técnicos, fáusticos o económicos que puedan existir en el equipo médico en concreto.

Se podría entonces describir el contenido central del instrumento en cuestión, y acorde al modelo al cual como tal adscribimos, en las siguientes directivas: 1) Aplicación de tratamientos adecuados y suficientes para aliviar el dolor aun cuando ellos, impongan el aceleramiento de la muerte; 2) Rechazo a los tratamientos desproporcionados o extraordinarios; 3) Oposición a la eutanasia; 4) Oposición a todo acto distanásico o propiamente de encarnizamiento terapéutico; 5) Solicitud de asistencia psicológica, emocional y cristiana para asumir la muerte; 6) Eximición de responsabilidad civil al equipo médico por actos de omisión.

Reiteramos que sin duda alguna no existe en nuestra legislación, dificultad alguna para que una persona –en las condiciones ya señaladas- pueda hacer la mencionada indicación prescriptiva bajo la forma que hemos nombrado como de '*Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal*'; negárselo sería restringirle el mismo derecho que ya le ha sido reconocido por la jurisprudencia a todo individuo<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Se impone señalar, que aunque en la Instrucción el notario hubiera transcrita la voluntad del deponente de ser sometido a realizaciones eutanásicas y de ellas liberara de toda responsabilidad civil y/o penal al equipo médico, al ser ellas contrarias al mismo ordenamiento jurídico, devienen de irrelevancia jurídica nula. De la misma forma, que para determinados actos médicos, el sólo consentimiento del enfermo no otorga legitimidad para su realización, por caso la realización de un aborto que requiere ciertos supuestos; para las operaciones de cambio de sexo, como también la esterilización de personas donde se impone la indicación terapéutica respectiva.

<sup>44</sup> Se puede señalar que en las resoluciones paradigmáticas al tema que serán indicadas, en ellas se fueron consolidando la tesis irrefutable del poder autónomo del enfermo y de que en función del mismo, nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando está en condiciones de

como es el de oponerse a determinados tratamientos médicos, aun cuando de ellos se puede seguir su misma muerte.

De tal guisa que si es posible, que una persona en plena lucidez y aun cuando no se encuentre en estado terminal alguno, pueda efectuar una ponderación axiológica y por ello discernir que no quiere ser sujeto pasivo de una cierta terapéutica, aun cuando esa negación pueda implicar o de hecho necesariamente importe, desencadenar o precipitar su mismo morir; no hay razón jurídica, médica ni natural, que le pueda confutar el mismo derecho a otro individuo, quien ante el supuesto de carecer de lucidez para expresar dicha decisión, la ha dejado a ella suficientemente instrumentada para que así sea respetada.

En realidad que frente al contemporáneo resultado de lo que se ha nombrado como la 'medicalización de la vida'<sup>45</sup>, coartar dicho derecho al enfermo, es lo mismo que dejarlo expuesto a ser un mero sujeto pasivo de la tecnología médica, que como tal, ha invadido la totalidad de ámbitos y espacios del propio hombre.

En todo caso seguir un criterio de un tenor diferente, importaría generar un ostensible caso de discriminación, que en realidad el derecho no sólo que no puede propiciar sino mucho menos amparar. Si un enfermo en condiciones de lucidez acreditada puede oponerse a un determinado tratamiento médico, cuando del mismo se siguen en su parecer, criterios disvaliosos, aun cuando resulte evidente que ello importe sin más una misma negación al proceso curativo, terapéutico o sanitario que los médicos como tal están en condiciones de realizar y a los que éste se opone, pues que otro sujeto, en la misma condición de lucidez aunque sin estar propiamente en la situación de enfermo pronto a morir, pero disponiendo para cuando en ella se encuentre; que no pueda hacer una previsión para ese supuesto estado de enfermedad y prescribir el tratamiento que requiere que le sea dispensado por los médicos, resulta una gruesa injusticia.

---

*expresar su voluntad, aun cuando de ello se pueda seguir la misma muerte para el enfermo.*

*Se deben anotar los autos "Jacobson, Juan", resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 21.II.91 (publicado en La Ley 1991-B-363); caso "Parodi, Angel Fausto" resuelto en autos "Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación", resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N°3, Mar del Plata, 18.IX.95 (publicado en El Derecho T.165-360). Finalmente el caso "Bahamondez, M" in re "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", resuelto por la propia C.S.J.N. con fecha 6.IV.93 (publicado en El Derecho T. 153-254).*

<sup>45</sup> Cfr. Lorenzetti, R.; *Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del Código Civil en Jurisprudencia Argentina T. 1994-II-844.*

Debe advertirse y a los efectos de mostrar ciertos paralelismos de una situación y de otra, que cuando el enfermo se opone a un determinado tratamiento, aun cuando clínicamente se advierta que ello podrá importar de futuro un compromiso de muerte<sup>46</sup>; se está reconociendo 'su' derecho y ello a pesar de quien lo reclama, no se encuentra en modo alguno en una situación que pueda ser tipificada como de enfermo terminal<sup>47</sup>; motivo por el cual, deviene con mayor fortaleza dicho requerimiento cuando quien lo hace, se encuentra en tales condiciones extremas. No admitirlo, reiteramos, es generar una discriminación severa e inacceptable.

En orden a los fundamentos jurídico-positivos en los cuales se asienta el reconocimiento de la misma autonomía del sujeto, con independencia de decir que ello es parte del derecho natural de cualquier persona a oponer su resistencia a no ser sometida a tratamientos que devienen fútiles y/o desproporcionados; en el orden nacional el art. 19 inc. 3° de la ley 17.132 que regula el mismo ejercicio profesional de la medicina así lo impone, pues por ello, es que el médico deberá respetar la voluntad del paciente<sup>48</sup>.

En manera análoga en el ámbito de la Provincia de Córdoba, el mencionado aspecto se encuentra identificado en la ley 6222 del año 1978 que como tal es la rige el ejercicio de la profesión médica, y en ella se indica en el art. 5° inc. 'b' un criterio no sólo análogo al que fuera descrito en la ley nacional, sino en nuestra opinión, con una extensión todavía mayor al citado. Ello resulta de su propio tenor<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Por ejemplo lo acontecido en los autos Jacobson y Parodi que hemos indicado. En ambos casos el supuesto fáctico es la amputación de un miembro inferior engangrenado, ambos eran pacientes crónicos, diabéticos con complicaciones vasculares y en un supuesto, el último, con clara complicación de muerte frente a la no amputación.

<sup>47</sup> Se dice que es aquél quien posee una condición patológica diagnosticada con certeza y cuyo pronóstico, sobre la base de la información existente, tiene una muerte próxima (cfr. Lavados, M. y Serani, A.; *Ética clínica. Fundamentos y aplicaciones*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1993, pág. 348).

<sup>48</sup> Devienen como corolarios de dicha norma los siguientes: "El galeno debe respetar la autonomía o la autodeterminación del paciente; b) Caso contrario, el médico que realizare el acto médico sin el consentimiento del paciente, incurre en una ilicitud civil y penal; c) Que el titular del derecho a prestar o rechazar el consentimiento a que se le efectúe determinado tratamiento es el propio paciente, actuando por sí o a través de su representante legal; d) Una vez dado el consentimiento, el paciente puede ejercer el derecho de revocación o arrepentimiento" (Garay, O.; *Código de derecho médico*, Bs.As., Ad Hoc, 1999, pág. 127).

<sup>49</sup> Se anota en la mencionada regla de derecho, que los médicos están obligados a "Respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, conservándola por medios ordinarios. Para la prolongación de la vida, la aplicación de medios

Además de ello no se puede dejar de señalar, que en la reciente ley provincial 8835 del año 2000 y que formula la llamada 'Carta del Ciudadano', se ocupa en el artículo 6 propiamente de los derechos a la salud, en el inciso 'j' expresamente se indica que "Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: (...) Recibir la información necesaria para autorizar, con conocimiento de causa, todo tratamiento que pretenda aplicársele. Tal información deberá contener posibles riesgos y beneficios".

Para concluir con esta idea, no se puede dejar de mostrar que bien se ha puntualizado que si se admite que se debe suministrar información al paciente a los efectos que éste otorgue su consentimiento a la terapéutica que se le propone; por igual sentido común se debe admitir el derecho de que dicho paciente se niegue a la realización que se le solicita que acuerde, y en función de lo cual, no hay otra alternativa que así entenderlo<sup>50</sup>. Huelga destacar, que en nada modifica dicho esquema racional, para el caso, que el consentimiento del enfermo estuviera adelantado negativamente –mediante una Instrucción– al equipo médico, a fines de que éste se abstenga de promover realizaciones distanásicas.

Hasta aquí nos hemos referido, a lo que podríamos denominar como una de las maneras posibles en que los nombrados –equivocamente– testamentos vitales en nuestro derecho positivo puedan ser utilizados; porque en realidad que creemos y junto con otros autores<sup>51</sup>, que los mismos también podrían ser instrumentados apoderando a otra persona, para que en el caso concreto en que el poderdante estuviera en una situación que dada su enfermedad no pudiera decidir por sí mismo respecto a la admisión o rechazo de ciertos tratamientos o terapéuticas, sea el apoderado quien decida por él.

En nuestra opinión aparece ello como posible porque precisamente al no ser las mencionadas *Directivas*, propiamente asimilables a disposiciones de última voluntad y que como tal, se encuentran expresamente proscriptas de ser realizadas por la vía del mandato; sino ser actos entre vivos, y no tener objetivamente ningún objeto inmorale o contrario a las mismas leyes, sino por el contrario, consignar la misma autoderterminación y autorización del enfermo a un determinado tratamiento, es que consideramos que no existe dificultad alguna en admitir

---

*extraordinarios quedará reservada al sano juicio del médico y a la voluntad del paciente o de sus familiares en caso de impedimento de éste".*

<sup>50</sup> Cfr. Hooft, P.; *Bioética y derechos humanos- Temas y casos*, Bs.As., Depalma, 1999, pág. 219.

<sup>51</sup> Cfr. Blanco, L.; *Muerte digna- Consideraciones bioético-jurídicas*, Bs.As., Ad Hoc, 1997, pág. 105.

por esta otra modalidad también a las ya citadas *Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal*.

Se trata como se puede colegir, de lo que en el ámbito de la legislación estadounidense se ha nombrado como los 'Poderes para el Cuidado de la Salud'<sup>52</sup> y que por las características propias de dicho derecho anglosajón, tiene una mayor posibilidad de desarrollo que en el local.

Consideramos de cualquier manera, que la figura del mandato resulta suficientemente amplia<sup>53</sup> como para dar acogida favorable al tópico en cuestión, sólo habrá que imponer que el apoderado deba exhibir al equipo médico a quien se le requiere que se abstenga de efectuar los tratamientos que devienen desproporcionados o extraordinarios, del mismo mandato que invoca. Como así también que el nombrado instrumento, deberá tener referencia expresa a cuáles tratamientos deberán ser considerados en dicha categoría, no bastando en nuestra opinión una consideración más o menos laxa o imprecisa, tal como en términos generales para la restante modalidad puede llegar a admitirse.

Además destacamos y a los efectos de no alterar la normativa que rige el instituto del mandato, que tendrá que ser el mismo expreso y resultando ser especial para dicho acto; como también que el poderdante lo pueda revocar libremente. Debe instrumentarse mediante escritura pública.

## VI.- JUICIO MORAL

Finalmente cabe señalar, que desde una perspectiva moral confesional, no se advierte ningún tipo de dificultad con la utilización de un instrumento del tenor del propuesto, al grado tal es ello de esta manera, que existen como se ha indicado Conferencias Episcopales (España y también de la Confederación Helvética) que se han mostrado proclives a su utilización.

Ello no podría ser de otra manera, porque rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados, en manera alguna puede ser asimilado con solicitar por caso una realización eutanásica por el sujeto; sino sólo se trata de requerir el mismo derecho natural y primario a morir

---

<sup>52</sup> *Se trata de documentos que estipulan que algunos procedimientos médicos específicos no deberían ser usados para mantener al firmante vivo en ciertas circunstancias determinadas (cfr. Dworkin, R.; El dominio de la vida, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 234).*

<sup>53</sup> *Cfr. artículos 1869, 1872, 1879, 1884, 1889, 1890, 1891, 1907, 3619 y concordantes del Código Civil.*

con la dignidad de quien reconoce la finitud de la corporeidad y a la vez solicita, no ser desatendido de los tratamientos paliativos básicos que a todo moribundo corresponde dispensar<sup>54</sup>.

Se trata de dotar de una cuota de sensatez y racionalidad a las decisiones que sobre la vida del otro en su etapa final los médicos a veces se ven impuestos de asumir, muchas veces sin ninguna otra referencia que no sea su propia moralidad y que en el caso concreto, pasan por alejarse de todo vitalismo obsesivo, a partir de la propia definición que el paciente en su más absoluta lucidez ha madurado, ponderado y así decidido.

Bien se ha escrito que atender a los testamentos vitales “significa una aceptación serena de las limitaciones del organismo, de la ciencia y de la técnica, en contra de actitudes prometéicas y fáusticas o de un respeto sacral a la vida no razonable”<sup>55</sup>.

Sin embargo y a pesar de ello, no se puede dejar de tener una no menor cuota de preocupación, de que en paralelo a los desarrollos socioculturales que existen en no pocas de las comunidades en donde los llamados testamentos vitales tienen una entidad al menos más fuerte que entre nosotros, es que nos cause ello alguna cuota de admiración. Cuando en definitiva es una triste muestra más, la existencia de los mismos testamentos vitales, que ha llegado esta civilización a instalar no sólo la vida sino también la propia dignidad de la muerte, en una etapa de negociación contractual y al grado tal ello así acontece, que tiene que ser documentalmente dispuesta la forma del propio morir.

---

<sup>54</sup> Ha escrito Andrew Varga en orden a las leyes que debieran regular dichos instrumentos que “El propósito de tal legislación, afirmar el derecho natural de un paciente terminar a morir en paz, es recomendable y moralmente justa” (*Bioética*, Bogotá, Paulinas, 1988, pág. 279).

<sup>55</sup> Elizari Basterra, J.; *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 191.

