

DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD O TESTAMENTO VITAL

Por *Manuel Cornet**

1. INTRODUCCIÓN

Nos enseñaba nuestro querido profesor Enrique BANCHIO que “el derecho Civil de hoy, en los umbrales del Tercer Milenio, requiere de los juristas no una simple labor de exégesis, sino una tarea imaginativa, antes bien creadora, apta para dar soluciones acordes con las exigencias de la época, en vista del valor del hombre como persona, y en orden a su adecuada protección”¹.

Así aparece el tema de los testamentos de vida o “*living will*”, disposiciones vitales o mandato con previsiones para el cuidado de la persona del incapaz otorgado durante su capacidad, que sin ninguna duda es de incumbencia del Derecho Civil, que por su naturaleza, acompaña estrechamente al ser humano, desde antes de su concepción hasta después de su muerte².

¿Puede hoy una persona capaz disponer acerca del cuidado de su persona ante una eventual incapacidad?; ¿Es necesario formularse la

*Director del Departamento de Derecho Civil y Profesor Titular de Derecho Civil II (Obligaciones) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Enrique BANCHIO, “El derecho Civil ante las nuevas exigencias de la tutela jurídica de la persona humana”, Separata de *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, t. XXX, vol.2, Año Académico 1991, p. 265.

² Conforme Enrique BANCHIO, trabajo citado en nota anterior, p. 265.

pregunta anterior?: ¿Es un tema que merezca su tratamiento, responde a una necesidad o es propio de la imaginación del estudioso?

Al intentar responder a estas preguntas iremos viendo que la importancia del tema es creciente y obliga, como hemos dicho anteriormente, a una tarea imaginativa y creativa de los hombres de derecho.

Acotamos el estudio al cuidado de la persona pero también puede quedar comprendido lo atinente a los bienes.

2. IMPORTANCIA DEL TEMA

Una simple observación de la realidad nos muestra que la expectativa de vida de los hombres se ha prolongado de tal manera que hoy vemos un creciente envejecimiento de la población.

“El desarrollo de la ciencia y de la técnica, así como las condiciones de la vida moderna al par que aumentan el confort, elevan el nivel de vida, promueven los consumos, dinamizan las comunicaciones, tienden a mejorar el estado sanitario de la población y prolongar la duración normal de la vida, también aumentan los riesgos de daños y exponen al hombre a un destino incierto que lo enfrenta día a día con una realidad inesperada y fatal”³.

Es un hecho notorio que hoy es común llegar a los ochenta años, edad a la que antes se llegaba excepcionalmente por algunos privilegiados de la naturaleza.

Los avances de la medicina, caso de los aparatos de que se sirve, como tomografía computada, ecografía, rayo laser, laparoscopia; los nuevos fármacos, las investigaciones en biología, genética, etc. todo ello hace que se pueda prolongar la vida cada día más y los avances son tan sorprendentes que las propias máquinas envejecen rápidamente, todo lo que provoca un encarecimiento de los tratamientos por los breves tiempos de amortización.

Los adelantos de la ciencia médica hacen que hoy en día se pueda predecir con alguna certeza la evolución de ciertas enfermedades.

Los avances tecnológicos, la urbanización, el traslado de la población a las ciudades, etc. han determinado también un aumento creciente de los riesgos que experimentan las personas de sufrir accidentes que provocan determinadas incapacidades.

³ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Prólogo” a la primera edición del libro *Responsabilidad Civil de los médicos* de Alberto J. BUERES, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

En cualquier momento a cualquier edad podemos experimentar enfermedades o lesiones que requieran medios proporcionados y desproporcionados de cuidados y requieran de la conformidad del paciente si ello es posible y en caso de incapacidad y ausencia de previsiones aparece la cuestión de quien o quienes pueden decidir.

Hay que tener presente que la “distanasia” es la prolongación de la vida a toda costa e implica, afirma HITTERS en su voto, la práctica médica que tiene por finalidad alejar la muerte —y alargar la vida— a través de medios ordinarios y extraordinarios⁴.

Los casos famosos de “Karen Quinlan” en el Estado de California en 1976⁵, el de Terry Schiavo este año 2005 también en Estados Unidos y el fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el día 9 de febrero de 2005, en todos los casos se trata de mujeres jóvenes en donde debemos tener en cuenta lo que expresa el Vocal Dr. Soria que no es culturalmente frecuente en nuestro medio, ni jurídicamente exigible, que las personas realicen una declaración de voluntad anticipada para situaciones imprevistas⁶.

Asimismo tenemos que del principio bioético de autonomía se desprende el “consentimiento informado” el que hace a la dignidad y por ende a la autodeterminación de las personas, consentimiento que resulta previo a la aplicación de cualquier tratamiento médico.

En nuestra Provincia con la ley 8835 (Carta del Ciudadano) en su artículo 6° se establece: “Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: [...] h) Recibir información completa sobre el diagnóstico, tratamiento y pronóstico de su enfermedad, en lenguaje sencillo y entendible, siempre que ello no altere su equilibrio psicosocial. [...] j) Recibir la información necesaria para autorizar, con conocimiento de causa, todo tratamiento que pretenda aplicársele. Tal información deberá contener posibles riesgos y beneficios [...]”.

⁴ SC Buenos Aires, 9 de febrero de 2005, Causa 85.627 “S.M. d. C. Insanía”.

⁵ Expresa Mario Daniel MONTOYA en su trabajo “El derecho constitucional a morir”, *LL*, 1991-A-1065, que “el caso Karen Quinlan, mundialmente conocido dio comienzo a las discusiones sobre el derecho a morir. En este precedente la Suprema Corte de New Jersey permitió a la familia de la paciente, retirarla de un respirador en el cual se encontraba desde hacía siete años en estado vegetativo, originado por una sobredosis de alcohol y drogas”.

⁶ Los casos mencionados produjeron la incapacidad de modo súbito e inesperado como expresa el Dr. Negri en su voto (SC Buenos Aires 9 de febrero de 2005).

Coincidiendo con los notarios Nelly A. TAIANA DE BRANDI y Luis Rogelio LLORENS en un trabajo muy completo sobre la materia⁷ consideramos que quizá el motivo de mayor importancia en relación al tema que analizamos es el debilitamiento paulatino de la familia.

Hasta hace pocos años los hombres descontaban que ante la eventualidad de incapacidad ya sea por ancianidad, enfermedad o accidente, la familia se haría cargo y adoptaría las decisiones más convenientes para su persona.

Hasta mediados del siglo pasado lo normal y corriente era que las personas morían en su casa o en la habitación de un hospital rodeadas de sus parientes o seres queridos, en cambio hoy corremos el riesgo de morir solos en salas de terapia intensiva luego de una agonía interminable.

En la actualidad, con el achicamiento de la familia debido a múltiples causas, como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su igualación en muchos planos con los varones, la separación y el divorcio, la relación de pareja, la reducción del número de miembros fijos en la familia, la realidad de los hogares constituidos por departamentos o casas pequeñas de dos o tres ambientes, los trabajos temporarios y los traslados laborales, etc., todo ello hace que en los hogares modernos de los países desarrollados cada vez hay menos mujeres, ancianos y niños⁸.

Esta realidad hace que las personas en forma creciente se planteen la necesidad de adoptar previsiones para el cuidado de ellas si llega la incapacidad.

Fue éste el Tema III de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana que se llevó a cabo en Veracruz, México del 4 al 7 de Febrero de 1998.

Ya las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil reunidas en Mar del Plata el 25 de Octubre de 1995 recomendaron, de lege ferenda: "Es conveniente prever la vigencia de la representación después de la inca-

⁷ Nelly A. TAIANA DE BRANDI - Luis Rogelio LLORENS, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 2. Este trabajo, cuya lectura recomendamos, es muy completo y los autores tratan debidamente la forma de otorgamiento del mandato y poder, designación del propio curador, legislación aplicable, Derecho Comparado, propuestas para su regulación y modelos de escrituras.

⁸ Conforme Fernando SAVATER, *El valor de educar*, Ariel, Buenos Aires, 1997, capítulo 3 "El eclipse de la familia", ps. 54 y ss.

pacidad del sujeto cuando ha sido conferida en previsión de la propia incapacidad”.

Expresan HIRUELA e HIRUELA DE FERNÁNDEZ que “el deber por la legitimidad bioética de los llamados ‘testamentos de vida’, su utilidad para los profesionales de la salud y la necesidad o no de un cuerpo normativo que los reglamente son cuestiones irresueltas en la Argentina, por ello su análisis presenta un interés particular”⁹.

Asimismo hay que tener presente que antiguamente, con la medicina paternalista, era el médico quien decidía los caminos a seguir o sea los cuidados y tratamientos que se le realizaban al paciente pero hoy no es así y los médicos ante una supuesta “mala praxis” obran con temor y aprensión ante un universo jurídico poco claro, sin reglas que distingan convenientemente y por ello, como expresa Luis Fernando NIÑO, los facultativos se debaten en una lacerante indecisión, a la hora de definir el curso de acción¹⁰.

El reciente caso de Terry Schiavo en Estados Unidos ha hecho que el tema se instale en la opinión pública y en un fallo de principios de este año 2005 de la Suprema Corte de Buenos Aires, los vocales se han referido en sus votos a la ausencia de manifestaciones previas¹¹.

En el voto del Dr. Roncoroni se dice: “Debe rechazarse la petición articulada por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspenda el tratamiento médico tendiente a su alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, aún cuando se invoque el beneficio prioritario de la persona enferma y sus hijos, si el enfermo no dejó instrucciones ni mandas y 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”.

Los vocales son coincidentes respecto a la falta de manifestación previa de su voluntad por parte del enfermo y se destaca también la

⁹ Omar F. HIRUELA - Maria del Pilar HIRUELA DE FERNÁNDEZ, “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir con dignidad”, *JA*, 2004-IV-1111.

¹⁰ Luis Fernando NIÑO, “Eutanasia y suicidio asistido”, en *Responsabilidad Profesional de los médicos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 1124.

¹¹ SC Buenos Aires, 2 de septiembre de 2005, S.M. d.J publicado en *LL* el día 3 de marzo de 2005 fallo 108.625.

falta de régimen legal, así en el voto del Dr. Pettigiani se expresa: “La petición efectuada por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspenda el tratamiento médico tendiente a su alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, con invocación del beneficio prioritario de la persona enferma y de sus hijos, carece de base normativa concreta que la viabilice, correspondiendo decidir primordialmente tales hechos a los facultativos médicos, con estricto apego a los principios de la ética biomédica y de conformidad con los dispositivos jurídicos en vigor”.

Para el juez Hitters “En el Derecho argentino toda persona tiene un derecho indisponible a rechazar o suspender tratamientos médicos sobre la base del consentimiento informado (arts. 953, 1445 y concs. Código Civil), como desprendimiento del principio bioético de autonomía, receptado en el artículo 13 de la ley 24.193 (de trasplantes de órganos)”

Para la Jueza Kogan, ante la falta de prueba fehaciente de la voluntad del paciente, podría otorgarse legitimidad a los parientes más cercanos para tomar la decisión, con las siguientes limitaciones: 1) el rechazo o la suspensión de tratamientos por parte de los parientes sólo es válido cuando no se trata de tratamientos ordinarios o proporcionados; y 2) la decisión debe ser tomada por unanimidad¹².

3. PODER DE DISPOSICIÓN PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

En el Código Civil vigente no hay ninguna previsión que permita al capaz adoptar disposiciones sobre el cuidado de la persona si sobreviene la incapacidad ya que no se encuentra prevista la posibilidad de designar un curador, ni la vigencia del mandato después de la incapacidad, ni la posibilidad de impartir directivas sobre el cuidado de su persona, tratamientos médicos, terapias, muerte digna, testamento vital, etcétera.

BANCHIO siguiendo autorizada doctrina española nos expresaba que “los temas vinculados con el principio o el fin de la vida humana hunden sus raíces en nuestro pasado cultural, por lo que sus planteamientos devienen polémicos, en la medida que conmocionan los estratos pro-

¹² Véase el comentario de Pilar ZAMBRANO, “Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales”, *LL* 2005-B-265.

fundos del psiquismo humano, tornando difícil el logro de soluciones objetivas y desapasionadas¹³.

Los notarios TAIANA DE BRANDI y LLORENS afirman que los textos del Código Civil no son suficientes para impedir a una persona capaz la posibilidad de designar curador para la propia y eventual incapacidad y de asignarle sus funciones¹⁴.

De similar opinión es la Notaria cordobesa Rosa ECHETO quien en la ponencia presentada a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana expresaba en el punto I: "Los sistemas legales iberoamericanos, admiten la posibilidad de disponer y estipular eficazmente en previsión de la propia incapacidad, conforme los principios interpretativos del Derecho Civil", aunque concluía recomendando la regulación específica de las previsiones para la propia incapacidad¹⁵.

Los autores citados anteriormente fundamentan esta posibilidad de designar curador para la propia y eventual incapacidad y de asignarle funciones, por un lado, en las propias disposiciones del Código Civil, arts. 383, 479 y 480 ya que si el padre puede designar tutor y curador para sus hijos ¿cómo admitir que no pueda hacer lo propio consigo mismo?

También fundamentan en lo dispuesto por el art. 33 de la Constitución Nacional referido a los derechos implícitos y los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inc.22, destacando la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran en primer término el derecho al niño ser escuchado en todo procedimiento judicial pese a tratarse de un incapaz (art. 12) y, en segundo término, la Declaración que establece que todos los seres humanos nacen libres (art. 1º) y que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3º).

Por nuestra parte, coincidiendo con quienes han desarrollado el tema¹⁶ (10), estimamos que el derecho de toda persona capaz a dictar disposi-

¹³ Enrique BANCHIO, trabajo citado en nota 1, p. 254.

¹⁴ Trabajo citado anteriormente, ps. 27 y ss.

¹⁵ El autor de este trabajo no asistió a las VII Jornadas, pero el tema fue tratado en la Sala de Derecho Civil del Instituto de Cultura Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba en preparación a dichas Jornadas, asimismo agradece a la notaria Rosa Echeto el haberle facilitado la ponencia y las conclusiones. En reunión de la Sala de Derecho Civil celebrada el día 10 de junio de 1998 la Notaria Echeto expuso sobre dichas Jornadas y destacó el interés que motivó el análisis del tema propuesto.

¹⁶ Nelly A. TAIANA DE BRANDI - Luis Rogelio LLORENS, trabajo citado, ps. 31 y 32.

ciones y a estipular para su incapacidad tiene raigambre constitucional.

Siguiendo las enseñanzas del querido maestro consideramos que el fundamento de este derecho se encuentra en la “dignidad de la persona humana”, contemplado en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, los cuales tienen rango constitucional (art. 75 inc. 22º) y expresamente establecen que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que “Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, por lo tanto “la dignidad humana ha dejado de ser una categoría meramente enfática, o simplemente declarativa o declarativa del derecho, sino que reviste en nuestro ordenamiento jurídico positividad normativa, cuyo fundamento —se ha dicho con razón— constituye la piedra angular en la que reposa la construcción ética de Occidente”¹⁷.

El artículo 4º de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos”.

Expresa Oscar Ernesto GARAY que “en toda su actuación, el galeno deberá tener en cuenta que el objeto de su atención médica es el ser humano, y por su condición de tal, es merecedor del respeto de su dignidad y de sus derechos humanos”¹⁸.

Continúa el autor citado que “La dignidad del paciente es respetada por el profesional de la salud, no sólo cuando se lo considera como persona a la que se debe prevenir, proteger, curar y cuidar en salud y en enfermedad; sino también cuando se respeta su libertad, para decidir y elegir, luego de haber sido adecuadamente informado (principio de autonomía [...]) La autonomía de la persona significa que ésta tiene el derecho (y el deber) de actuar por su propia determinación”¹⁹.

¹⁷ Enrique C. BANCHIO, *La dignidad de la persona humana en el Derecho Civil*, trabajo citado, p. 15.

¹⁸ Oscar Ernesto GARAY, “El médico. Conceptos generales. Obligaciones. Prohibiciones. Médicos especialistas. Colaboradores”, trabajo publicado en Oscar Ernesto GARAY, (coordinador), *Responsabilidad profesional de los médicos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 23.

¹⁹ Trabajo citado, ps. 23 y 24.

No estando prohibido y, por el contrario, teniendo rango constitucional la dignidad como derecho del hombre, tenemos que ejerciendo dicho derecho toda persona capaz puede realizar previsiones para el cuidado de su persona ante la eventual incapacidad, designando su curador y dando directivas sobre el cuidado y atención.

La dignidad del hombre debe respetarse aún en su tránsito hacia la muerte y por ello expresa María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, ante un paciente terminal debe evaluarse muy seriamente el compromiso de los derechos personalísimos en conflicto²⁰.

En nuestra Provincia de Córdoba el paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento²¹ pero el problema surge cuando ya no se encuentra capacitado para ello pero si lo estuvo cuando decidió que tratamientos aceptaría o en su caso a quien faculta para que decida por él, de eso se trata.

4. DENOMINACIÓN

La manifestación de voluntad de una persona física, capaz de hacerlo, estableciendo disposiciones para su eventual incapacidad futura, designando la persona que represente (curador) y dando instrucciones para el designado referido a los tratamientos médicos, lugares de internación, etc., ha recibido distintas denominaciones.

Algunos la denominan testamento de vida, testamento biológico o siguiendo la denominación anglosajona "*living will*"²², denominaciones que coincidimos con TAIANA DE BRANDI y LLORENS son erróneas y equívocas ya que no se trata de actos jurídicos *mortis causa*, en donde la muerte constituye un presupuesto esencial a los efectos²³, o sea destina-

²⁰ María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, "Los Derechos del paciente" en *Responsabilidad Profesional de los médicos*, ob. cit., p. 171.

²¹ Artículo 6° inc. I ley 8835 "Carta del ciudadano" que establece: "Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: [...] l) Negarse a recibir tratamiento y a que se le expliquen las consecuencias de esa negativa, sin perjuicio de las medidas que corresponda adoptar frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad [...]"

²² Véase el trabajo de Darío Luis CUNEO, "Los testamentos de vida o 'living Will' y la voluntad de vivir dignamente", publicado en *JA* 1991-IV-666.

²³ Expresan TAIANA DE BRANDI y LLORENS en la obra citada, p. 11 nota 5: "En cuanto a los vocablos estipulaciones y disposiciones, observará el lector que

dos a producir efectos desde la muerte, sino que por el contrario se trata de disposiciones para ser ejecutadas en vida del disponente ante la eventualidad de su incapacidad.

Pilar HIRUELA DE FERNÁNDEZ y Omar HIRUELA, expresan que “aún reconociendo que la expresión ‘testamento vital’ es la que ha adquirido carta de ciudadanía, resultan más acertadas denominaciones tales como ‘documentos de instrucciones previas’, ‘documento de voluntad anticipada’ o ‘directivas anticipadas’”²⁴.

En México se denomina “Disposiciones Vitales” y puede tener la forma de un mandato, si bien esta denominación es más correcta, es muy amplia pudiendo abarcar múltiples situaciones y no estrictamente la de una eventual incapacidad.

En la VIII Jornada Notarial Iberoamericana reunida en México en febrero de 1998 se propuso para la comisión III el tema “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, denominación que consideramos más adecuada ya que no deja dudas de que se trata de determinaciones para cuando la persona se encuentre incapacitada.

En la Legislatura de la Provincia de Córdoba en el proyecto de ley del diputado provincial Martín Luque se le denomina “voluntad anticipada”²⁵.

las soluciones que propondremos son realmente estipulaciones y disposiciones, conforme con las definiciones de unas y otras que da Escriche: Estipulación: la promesa que se hace jurídicamente, según las solemnidades y fórmulas prevenidas por derecho; o bien un contrato unilateral por el que uno respondiendo congruamente a la pregunta de otro le concede u otorga la cosa o hecho que le pide, quedando obligado a cumplirlo[...] Disposición: todo lo que manda la ley u ordena el hombre sobre la persona o los bienes, verbalmente o por escrito (Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial, forense”).

²⁴ Trabajo citado, *JA*, 2004-IV-1112.

²⁵ Artículo 3º del proyecto provincial: “Toda persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones de ser sometida o no a determinado tratamiento médico ante un diagnóstico de enfermedad terminal. Asimismo tiene derecho a expresarlo anticipadamente mediante un documento de voluntad anticipada que será tenido en cuenta ante la eventualidad de encontrarse imposibilitado de expresar su voluntad al momento en que determinados tratamientos médicos fuera a serle administrado. Las manifestaciones de voluntad o las instrucciones previstas en el documento de voluntad anticipada deberán ser respetadas por el médico o el equipo sanitario que le atiendan”.

Similar denominación adopta el proyecto existente en la Cámara de Diputados de la Nación presentado por los diputados Jorge Rivas, Eduardo García, Ariel Basteiro, Héctor T. Polino y Margarita Jarque²⁶.

En los proyectos legislativos mencionados no se establece la facultad de designar curador sino que prescriben que “Toda persona comprendida en el artículo 3 podrá designar un representante para que sea interlocutor válido ante el médico o el equipo sanitario y facultarle para interpretar sus valores e instrucciones”²⁷.

Asimismo ambos proyectos prescriben que “ante la imposibilidad física o material de actuación del representante, se seguirá el orden sucesorio previsto en el Artículo 21° incisos a) al h) inclusive de la Ley Nacional 24193”²⁸.

Por nuestra parte coincidiendo con las críticas a la denominación de “testamentos de vida” o “testamentos vitales” ya que es más ajustada la denominación de disposiciones para la propia incapacidad o directrices o voluntades anticipadas, creemos que la denominación anglosajona de “*living will*” traducida como testamento de vida o testamento vital se ha impuesto y así es la denominación del tema asignado al autor de

²⁶ Artículo 2° del proyecto nacional: “Se entiende por Declaración de Voluntad Vital Anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que ésta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

²⁷ De similar texto es el artículo 16 del proyecto nacional.

²⁸ Artículo 21 ley 24.193 establece: “En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el artículo 19 podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales:

- a) El cónyuge no divorciado que convivió con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, convivió con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive”.

estas líneas en las Jornadas sobre dignidad y muerte del ser humano que se desarrollaron el año pasado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba²⁹.

Hacemos nuestras las palabras de Elena HIGHTON y Sandra WIERZBA cuando refiriéndose al consentimiento informado expresan que “por cuestiones de comodidad y desde que los vocablos son tales en tanto el uso los generalice y todos entiendan qué se está mentando”³⁰ por lo que nos seguiremos refiriendo al “testamento vital”.

5. FORMAS

Respecto de las formas consideramos que tratándose de una decisión de tanta trascendencia como es la designación de un curador e instrucciones sobre el cuidado de la propia persona, debe ser la de un instrumento público.

En los proyectos legislativos de Voluntad Anticipada se establece que este documento se debe formalizar por escrito y ante las oficinas de registro de voluntades anticipadas que el Ministerio de Salud creará a tal efecto³¹.

Si nuestro Código Civil en el art. 131 exige el instrumento público para la habilitación de edad otorgada por los padres, con mayor razón se debe exigir para este acto en donde no sólo se está disponiendo de los bienes como sería el caso del testamento sino que se designa curador y se dan directivas para el cuidado de la propia persona, razón por la cual consideramos que en todos los casos debe ser por instrumento público³².

El acto jurídico que estudiamos constituye un “mandato” o poder para ejecutarse si la persona física se convierte en incapaz por cualquier causa (enfermedad, accidente, ancianidad) por lo que está sujeto a la condición suspensiva de que ocurra el hecho de la incapacidad.

²⁹ Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y Departamento de Derecho Civil en Córdoba los días 16, 18, 20 y 23 de mayo de 2005.

³⁰ Elena I. HIGHTON - Sandra WIERZBA, *La relación médico paciente: El consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 73.

³¹ Artículo 7º del proyecto provincial citado y artículo 9º del proyecto nacional

³² Véase los modelos de escritura que elaboran los notarios TAIANA DE BRANDI y LLORENS, trabajo citado, ps. 77 y ss.

Se trata de un mandato que se aproxima a los orígenes de la institución, ya que el mismo se caracterizó inicialmente como un negocio “de confianza”, entre amigos en el cual se hacía honor a la palabra empeñada³³.

Como expresa MOSSET ITURRASPE “mandato viene del latín *mandatum* que procede a su vez del *manusdatio*, dar la mano, símbolo que exteriorizaba la confianza del uno y la fidelidad que le prometía el otro”³⁴.

Mediante este acto la persona designa curador para que eventualmente, si se cumple el hecho condición de la incapacidad, se haga cargo de su persona y bienes y, asimismo, le está dando órdenes o instrucciones referidas, por ejemplo, a los tratamientos médicos que autoriza, instituciones u hospitales que acepta, etcétera.

En idéntico sentido en la primera conclusión de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana se dijo “El Notario Latino, jurista, como depositario de la Fe Pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad, es el instrumentador adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado que debe ser suficiente en sí mismo”.

6. CESACIÓN DEL MANDATO

Tratándose de un mandato para la propia incapacidad, situación no prevista por el Código Civil, es de aplicación lo regulado por el Código en la medida en que no se oponga a la finalidad de la institución.

Por lo anterior, este mandato para la propia incapacidad se acaba por la revocación del mandante; por la renuncia del mandatario, por el fallecimiento del mandante o mandatario y por la incapacidad sobreviniente del mandatario, en cambio, no cesa por la incapacidad sobreviniente del mandante ya que éste es el hecho condición para que produzca efectos.

Es de aplicación lo previsto por el art. 1963 del CC, con excepción de la cesación por incapacidad del mandante, ya que esta incapacidad es la razón de ser de este mandato.

³³ Conforme Jorge MOSSET ITURRASPE, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 14.

³⁴ Obra citada en nota anterior, p. 17.

En los proyectos de unificación y reforma del Código Civil del año 1987, 1993 (del Ejecutivo y del Legislativo o Federal) y Proyecto de Código de 1998 se mantenía lo dispuesto en el actual art. 1963³⁵ razón por la cual consideramos conveniente que se contemple en una eventual reforma del Código la inclusión de las disposiciones para la propia incapacidad y se establezca además que no se producirá la cesación del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante cuando éste ha sido otorgado en previsión de la propia incapacidad³⁶.

En los proyectos legislativos se indica que el documento de voluntades anticipadas puede ser modificado, sustituido por otro o revocado en cualquier momento por la persona otorgante, siempre que conserve la capacidad y actúe libremente³⁷.

Asimismo, como expresan ambos proyectos, mientras la persona otorgante conserve su capacidad, su libertad de actuación y la posibilidad de expresarse, su voluntad prevalece sobre las instrucciones contenidas en el documento de voluntades anticipadas ante cualquier intervención clínica³⁸.

7. CAPACIDAD REQUERIDA

Para realizar disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad la persona debe ser mayor de edad y capaz, en nuestro caso los mayores de 21 años.

En los proyectos legislativos mencionados se establece en forma coincidente que “Toda persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones de ser sometida o no a determinado tratamiento médico ante un diagnóstico de enfermedad terminal [...]”³⁹.

³⁵ Artículo 1905 del Proyecto de 1987 (ley 24.032) vetada por el Poder Ejecutivo; artículo 1905 del Proyecto federal, artículo 1274 del Proyecto del Poder Ejecutivo y artículo 1252 del Proyecto de Código Civil de 1998.

³⁶ Los notarios TAIANA DE BRANDI y LLORENS proyectan se incorporen dos artículos al Código Civil vigente: 475 bis y 1963 bis y asimismo proyectan reformar los actuales artículos 152 bis y 384 cuya lectura recomendamos en la obra citada, ps. 73 y ss.

³⁷ Artículo 10 del proyecto nacional y artículo 8° del proyecto provincial.

³⁸ Artículo 1° del proyecto nacional y artículo 9° del proyecto provincial.

³⁹ Artículo 3° del proyecto provincial y artículo 4° del proyecto nacional.

Al realizarse estas disposiciones para la propia incapacidad no se está disponiendo sobre el valor vida el cual es indisponible en cuanto a su extinción; en estos casos, se está disponiendo sobre el valor vida en cuanto a su desarrollo en dignidad, lo cual sí resulta disponible y muy respetable cuando se trata de la última etapa de la vida⁴⁰.

Si las directivas implican actos futuros de disposición de sus bienes, el sujeto debe tener capacidad para disponer de ellos, en consecuencia el inhabilitado no tendrá capacidad para este acto.

Si las directivas se refieren exclusivamente a la designación de curador y a cuestiones relacionadas con la propia persona, el inhabilitado sí tiene capacidad ya que el mismo puede realizar por sí solo cualquier acto extrapatrimonial, ejercer la patria potestad y los derechos de familia. Está facultado para ejercer los derechos personalísimos, pudiendo testar⁴¹.

También pueden realizar estas disposiciones los emancipados al cesar la incapacidad de los menores por la emancipación antes que fuesen mayores (art. 128 CC).

En la VIII Jornada Notarial Iberoamericana la conclusión tercera reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas para su eventual incapacidad.

En el supuesto de que el mandatario y el curador sean la misma persona es conveniente tener en cuenta la conclusión cuarta de la Jornada Notarial citada en cuanto establece que “con el objeto de proteger los intereses del otorgante se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control”.

Por último, después de estas reflexiones sobre un tema tan interesante que cobra día a día una mayor importancia y teniendo en cuenta que el empleo de las nuevas técnicas biomédicas han afectado la dignidad del ser humano concluyo haciendo míos los deseos del maestro BANCHIO que “el derecho civil, recobrando con fidelidad su misión tuitiva de los valores humanos, deberá reasumir, sin tardanza, la más eficaz protección de la persona individualmente considerada, frente a las asechanzas que —como hemos reseñado— gravitan sobre ella en la realidad actual, provenientes del imperio de los intereses patrimoniales y del racionalismo cientificista de la modernidad, especialmente traduci-

⁴⁰ Conforme las conclusiones de Darío Luis CUNEO, “Los testamentos de vida o ‘living Will’ y la voluntad de vivir dignamente”, trabajo citado, p. 669.

⁴¹ Conforme Juan Carlos GHIRARDI, *La inhabilitación judicial*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 216.

dos en el incesante avance tecnológico logrado en el área de las ciencias biogenéticas”⁴².

8. LOS INTERROGANTES

Por lo que hemos expuesto toda persona mayor de edad y en pleno uso de sus facultades tiene derecho a dar instrucciones acerca del tratamiento médico a recibir en caso de enfermedad terminal pero el problema surge cuando el médico, el representante o el familiar deban interpretar cuales son los tratamientos o medios proporcionados y desproporcionados teniendo en cuenta que la ortotanasia es la muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir⁴³.

En este aspecto, en su voto el Dr. Pettigiani se interroga:

“No me queda en claro como puede alguien prever con antelación a una situación extrema todas las circunstancias que pueden rodearla, máxime frente a los cambios que la ciencia introduce vertiginosamente en todos los terrenos y particularmente en materia médica”.

Tal prevención es la que ha movido, entre otras consideraciones, a J. L. a decidir hacer público por qué no ha firmado un testamento de vida (“Por qué no he firmado un testamento vital” en Florencia Luna ARLEEN SALLES, *Bioética*, 2ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 93).

VILACORO destaca como uno de los peligros que encierra el llamado testamento vital, que si el paciente previó que no quiere someterse a medios extraordinarios y se sigue su directiva a rajatabla tendría que dejársele morir aún cuando se le hubiera podido salvar sin mayores complicaciones, mediante el sometimiento a técnicas que exceden las normales, pero que son aptas para momentos de crisis, como son la ventilación y la circulación asistida (ob. cit., p. 189). Igualmente, cita a D. V. T. “que cuenta con la experiencia de treinta años de desarrollo del actualmente denominado testamento vital”, quien explica que “el médico está obligado en todo momento a interpretar la voluntad real del paciente. Quien firma por escrito su negativa a que le pongan un

⁴² Enrique C. BANCHIO, *La dignidad de la persona en el Derecho Civil*, trabajo citado, p. 22.

⁴³ Conforme Documento 2 del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba, “Orientaciones bioéticas sobre eutanasia, muerte digna y cuidados paliativos”.

respirador quizá está pensando en la eventualidad de un cáncer. Pero ¿y si ingresa por un accidente de tráfico y el respirador puede salvarle la vida empleándolo unos pocos días?” (ob. cit., ps. 217 y 218). Finalmente, señala que “este experto considera que en los próximos años se producirá un resurgir del principio de beneficencia, que se ha desplazado en la actualidad por la insistencia en la autonomía” (ob. cit., p. 218).

En ningún caso el testamento vital podría ser entendido como un mandato perentorio para dejar morir y mucho menos matar (aunque a veces la diferencia entre uno y otro caso, como ya dejamos explicado, es ciertamente difusa) irreflexivamente a otro frente a ciertas contingencias tales como enfermedades, dolencias, discapacidades o impedimentos aún cuando estuvieran fijadas de modo taxativo y por más graves que sean, ya que nadie puede ser obligado a cometer delitos, sea por acción o por omisión.

Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación.

La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresada subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada.

Me pregunto si este tipo de expresión potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, autoasumida en circunstancias diferentes”.

Más adelante continúa el vocal en cita:

“No me parece por otra parte lógico, conveniente ni adecuado a la naturaleza y formación del ser humano predisponerlo a una claudicación anticipada, muchas veces genérica frente al dolor y a la frustración, intentando hacerle creer utópicamente que el máximo sufrimiento en el transcurso de una vida y en definitiva el fracaso total de ella es la que ocurre frente a un proceso de muerte, como si este no fuera el colofón necesario de nuestra existencia”.

Para VILACORO “la salida ‘fácil’ al sufrimiento desalienta la investigación en cuidados paliativos” (ob. cit., p. 207).

Asimismo, se observará un notable avance en el desarrollo de los cuidados paliativos, que son el mejor aliado que hoy por hoy ofrece la ciencia frente al trance de la muerte”.

El problema que puede llegar a plantearse es cuando estamos ante terapias desproporcionadas, ya que con el avance vertiginoso de la me-

dicina, lo que hoy es desproporcionado mañana será rutinario, por lo que en cada caso y en cada momento habrá que determinar ello, conforme los adelantos de la ciencia, constituyendo el médico un intérprete insustituible de la voluntad.

No desconocemos que lo precedente no será tarea fácil para el galeno ya que una decisión o consejo equivocado le puede traer aparejada responsabilidad civil, tema muy sensible para estos profesionales.

No será tarea fácil pero, sin duda, se deberá armonizar el principio bioético de beneficencia, o sea que el médico debe intentar salvar la vida de su paciente, curarlo y aliviarlo y el de autonomía, o sea el derecho a la autodeterminación, como ejercicio de la libertad⁴⁴.

Recordemos que en la vieja práctica de la medicina paternalista, el consentimiento del paciente poco importaba, hoy en día el consentimiento del paciente tiene suma importancia, y no cualquier consentimiento, sino lo que se ha dado en llamar “**el consentimiento informado**”.

El principio de la buena fe da vida jurígena al deber de informar con pertinencia y corrección. Los “deberes secundarios de conducta” expanden el contenido de la prestación principal y apuntan a proteger al contratante débil. Engloba, según los casos, la de avisar, advertir y aconsejar.

La información ha de ser apta para convalidar el consentimiento del acreedor del servicio médico. Ante la inexistencia de leyes específicas⁴⁵ encuentra su fundamento en el principio de la buena fe⁴⁶.

Para el médico que tiene que aconsejar al enfermo o a la familia para que ésta decida, es decir, que debe cumplir con el consentimiento informado, ello es siempre complejo y presenta dificultades⁴⁷ pero estimamos que la existencia de una voluntad anticipada o testamento vital

⁴⁴ Conf. María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, trabajo citado, ps. 152 y 171.

⁴⁵ El Proyecto de Código de 1998 en su art. 112 establece: “Consentimiento del paciente. Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

⁴⁶ Expresa LÓPEZ MESA “que en la mayoría de los países de Europa, como en nuestro país, este deber de información ha sido impuesto y desarrollado sin contar con textos legales específicos, sino a partir de una jurisprudencia creativa que se fue acumulando capa tras capa, ante la insuficiencia de los textos legales, lo que la convierte en una obligación pretoriana”; “Responsabilidad profesional. Su actualidad en el Derecho europeo actual”, *LL*, 2004-D-1265.

⁴⁷ Coincidimos con Marcelo LÓPEZ MESA en el trabajo citado en nota anterior, “que para llenar este deber no se requiere que el profesional dicte una clase

y en su caso de un representante designado con anterioridad para la toma de decisiones facilita al galeno el camino a seguir respetando todos los principios en juego (beneficencia, autonomía, muerte digna).

Los HIRUELA indican en opinión que compartimos que es necesaria la actualización de las directivas anticipadas ya que puede haber quedado anticuado cuando llegue la hora de aplicarlo⁴⁸ por lo que expresan la necesidad de un sistema o mecanismo de actualización y revisión permanente, lo cual es sin duda una dificultad en la aplicación ya que, como hemos dicho anteriormente coincidiendo con el Vocal Dr. Genoud, no es culturalmente frecuente en nuestro medio el tratamiento del tema.

Facilita el tema, ante la falta de actualización de las directivas, la designación de un representante, mandatario o curador para que sea interlocutor válido ante el médico o equipo sanitario y se encuentre facultado para interpretar instrucciones y en su caso tomar decisiones a veces ante circunstancias no previstas.

Como expresan los proyectos legislativos la expresión de los objetivos vitales y valores personales tiene como fin ayudar a interpretar las instrucciones y servir de orientación para la toma de decisiones llegado el momento⁴⁹.

Coincidimos que el testamento vital no puede ser considerado la panacea que resuelve todos los problemas que pueden presentarse⁵⁰ ya sea al final de la vida, en la enfermedad o cuando estemos incapacitados para tomar decisiones, pero es un instrumento que ayuda sobre el tratamiento y cuidado para vivir y morir con dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

BANCHIO, Enrique, "El derecho civil ante las nuevas exigencias de la tutela jurídica de la persona humana", Separata de *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, t. XXX, vol.2, año académico 1991.

magistral en la especialidad a que concierne la práctica, pero tampoco que en forma telegráfica vierta conceptos rudimentarios como si se destinaran a un rústico o a un deficiente mental".

⁴⁸ Trabajo citado, p. 1120.

⁴⁹ Artículo 5° del proyecto nacional y artículo 5° del proyecto provincial.

⁵⁰ Conforme hermanos HIRUELA, trabajo citado, p. 1121.

- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, “Los Derechos del paciente” en *Responsabilidad Profesional de los médicos*.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Prólogo” a la primera edición del libro *Responsabilidad Civil de los médicos* de Alberto J. BUERES, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- CUNEO, Darío Luis, “Los testamentos de vida o ‘living Will’ y la voluntad de vivir dignamente”, publicado en *JA*, 1991-IV.
- GARAY, Oscar Ernesto, “El médico. Conceptos generales. Obligaciones. Prohibiciones. Médicos especialistas. Colaboradores”, trabajo publicado en *Responsabilidad Profesional de los Médicos*, GARAY, Oscar Ernesto (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2002.
- GHIRARDI, Juan Carlos, *La inhabilitación judicial*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- HIRUELA, Omar F. - HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar, “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir con dignidad”, *JA*, 2004-IV.
- MONTOYA, Mario Daniel, “El derecho constitucional a morir”, *LL*, 1991-A.
- HIGHTON, Elena I. – WIERZBA, Sandra, *La relación médico paciente: El consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- NIÑO, Luis Fernando, “Eutanasia y suicidio asistido”, en *Responsabilidad Profesional de los médicos*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- SAVATER, Fernando, *El valor de educar*, Ariel, Buenos Aires, 1997.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A. - LLORENS, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- ZAMBRANO, Pilar; “Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales”, *LL*, 2005-B.