

# La eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay\*

International efficacy of directive about advance statements according to the new legislation in Uruguay

Rubén Santos Belandro\*\*

## Resumen

Por medio de la Ley 18.473 de 17 de marzo de 2009 se incorpora en el ordenamiento jurídico uruguayo la “Voluntad Anticipada” y se regula su alcance. Mediante el presente artículo se realiza un estudio sobre el contenido de la nueva legislación en relación con las denominadas Declaraciones de Voluntad Anticipada, mediante las cuales el individuo se encuentra facultado legalmente para oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos y con las cuales expresa su voluntad para decidir sobre su incapacidad futura. Se desarrolla en consecuencia la eficacia internacional de aquellas declaraciones, así como las condiciones materiales y procedimentales de dicha figura jurídica que, por haber sido recientemente incorporada, no escapa de discusión.

## Palabras clave

Declaración de Voluntad Anticipada, Ley 18.473 de 2009, Derecho Internacional Privado.

---

\* Conferencia pronunciada el 8 de octubre de 2009 en la Asociación de Escribanos del Uruguay. Una primera versión de este trabajo ha sido publicada en la Revista Electrónica ELDial.com. No. 52.

\*\* Profesor en Régimen de Dedicación Total de Derecho Internacional Privado y Profesor de Derecho Extranjero y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República y en la Regional Norte con sede en la ciudad de Salto (Uruguay).

## Abstract

By means of the Law 18.473 of March 17, 2009 there joins in the juridical Uruguayan classification the “ Early Will “ and his scope is regulated. By means of the present article a study is realized on the content of the new legislation in relation by the called Declarations of Early Will, by means of which the individual is authorized legally to be opposed to the application of treatments and medical procedures and with which it expresses his will to decide on his future disability. There develops in consequence the international efficiency of those declarations, as well as the material and procedural conditions of the above mentioned juridical figure that, for having been recently built-in, does not escape of discussion.

## Keywords

Declaration of Early Will – Law 18.473, 2009 - International Private Law.

---

## Tres casos de la vida real

Parece oportuno plantear desde el inicio tres casos de la vida real -ampliamente conocidos por todos- como modo de ubicación dentro del tema a examinar.

**Primer caso. Italia.** Eluana Englaro había nacido el 25 de noviembre de 1970 y al sufrir un accidente de tráfico a los 17 años de edad quedó en estado vegetativo de carácter irreversible. Su padre, Beppino Englaro, solicitó infructuosamente durante 11 años a las autoridades judiciales la suspensión de suministrarle alimentos con la finalidad de dejarla morir, basado en el argumento de que -según él- ante un accidente de un joven que había quedado en la misma situación, Eluana le había manifestado que en esas condiciones ella no desearía seguir viviendo. Manifestación verbal, entonces, realizada únicamente a su padre. La demanda fue rechazada en varias oportunidades, hasta que al final ésta fue concedida durante el mes de enero de 2009 y, en cumplimiento de la sentencia, se procedió a suspenderle la nutrición que la mantenía con vida (alimentación e hidratación), falleciendo el 9 de febrero de 2009 a los 38 años de edad.

Su situación generó profundas polémicas en Italia, a favor y en contra de la medida. Su padre calificó la situación de su hija de tortura inhumana, acompañado por un sector de la opinión pública que consideraba que “no podía haber dignidad sin sentimientos, y tampoco libertad al estar obligadamente atada a una máquina, con una intimidad violada y una voluntad secuestrada”. La situación a la que estaba inmersa la condenaba a vivir artificialmente hasta el infinito (Muñoz de Dios, 2009).

Otro sector, opuesto al primero, advirtió la falta de certeza de la manifestación de voluntad de Eluana, además de que la medida judicial estaba directamente dirigida a privarle del derecho fundamental a comer y a beber, elementos esenciales de la asistencia humana. Se consideró que era inhumano hacer morir a una persona mediante el ayuno y la sed. Se afirmó que un enfermo vegetativo no es un enfermo en coma ni un enfermo terminal, sino un discapacitado grave, con cuidados especiales. Varios neurólogos consideraron que era absurdo hablar de irreversibilidad en cuanto hubo casos -aunque raros- de recuperación parcial.

**Segundo caso. España.** Ramón Sampedro había nacido en Galicia, en La Coruña, en el año 1943. Recorrió el mundo como marinero y a los 26 años de edad sufrió un accidente en la playa que lo dejó cuadripléjico, paralizado del cuello hacia abajo, prostrado en una cama, ya que se negó a utilizar la silla de ruedas. Su vida transcurrió durante 29 años escuchando música, leyendo y escribiendo, al cuidado de su familia y hermano, esperando que el Estado autorizara sin éxito la posibilidad de suicidarse, al considerar que su vida como tetrapléjico era indigna. Su experiencia dio motivo a una película denominada “Mar Abierto”, protagonizada por Javier Bardem. Dos mujeres tuvieron una intensa relación con él: una abogada y enferma terminal que apoyó su decisión de eliminarse, y otra, una vecina, maltratada por su pareja, que le hacía notar que la vida valía la pena ser vivida.

En 1998, luego de que los tribunales rechazaran la eutanasia -la actitud activa de terminar con su vida- preparó un sofisticado plan con el auxilio de amigos y familiares, con la finalidad de que éstos no fueran inculcados, falleciendo finalmente a los 55 años

de edad. La polémica en España fue igual de intensa que en Italia, sosteniéndose que “la película defendía el concepto de una libertad en cuanto autonomía personal sin límites morales o legales, sólo controlada por la propia conciencia”.

**Tercer caso. Inglaterra.** Stephen Hawking nació en Inglaterra el 8 de enero de 1942. A los 20 años de edad comenzó a sentirse torpe y débil y al año siguiente se realizó una serie de exámenes inmediatamente antes del matrimonio que había proyectado, en base a los cuales los médicos le diagnosticaron una enfermedad neuronal motora: esclerosis lateral amiotrófica o enfermedad de Lou Gerhig. El pronóstico médico fue que no viviría lo suficiente para doctorarse, no más de dos o tres años, límite normal de la enfermedad. Sin embargo, el vaticinio no se cumplió y aún vive, actualmente contando con 67 años de edad.

Como lo ha manifestado en varias oportunidades, para su propia sorpresa descubrió que estaba disfrutando de la vida a pesar del deterioro progresivo de su salud, al punto que en 1985 se le realizó una traqueotomía aplicándosele un sistema informático que le permitió tener una voz electrónica, y a pesar de que sus miembros fueron paulatinamente inmovilizándose y su cuello perdió fuerza para sostener su cabeza. Él mismo maneja su silla de ruedas, con leves movimientos de su cabeza y de sus ojos.

A saber, se trata de un físico y cosmólogo de reputación mundial, además de un divulgador científico. Parte de sus trabajos se centraron en el examen de la teoría general de la relatividad, aplicándola al estudio de los agujeros negros.

Como puede percibirse, se trata de tres casos bien distintos. El primero atañe a una enferma en estado de inconsciencia, el segundo a un paciente lúcido no conforme con sus condiciones físicas de vida, y el tercero al de una persona que, casi con los mismos padecimientos del último citado, prefiere sacarle el máximo provecho a la vida y lo logra a pesar de la creciente adversidad a que se ve sometido.

## Introducción

En los últimos tiempos ha crecido la preocupación de las personas ante la eventualidad de caer en un estado de incapacidad física o intelectual, lo cual ha motivado que el Derecho Positivo haya comenzado a regular los actos jurídicos relacionados con el tema.

El intento de plasmar esa preocupación en normas legales o en Tratados internacionales no está exento de profundos problemas filosóficos que deberán intentarse resolver antes de acceder a soluciones de fondo. ¿Cuáles son los derechos humanos fundamentales que batallan entre sí para prevalecer en relación con el otorgamiento de las declaraciones sobre la propia incapacidad?

Uno de ellos es el derecho a la libertad: libertad de pensamiento, que conduce a la libertad de actuar y, también, a la libertad de disponer sobre su propio cuerpo. ¿Puede cada uno decidir lo que desee? ¿Hay un límite marcado para esa libertad o ella es irrestricta?

El otro es el derecho a la dignidad, en cuanto todos los seres humanos están investidos de una especial condición –por no decir majestad– por su calidad de tales. No toda libertad humana puede considerarse una actitud digna.

Ese es el fondo del problema en este asunto. Un debate que puede volverse una polémica encarnizada en cuanto cada uno de los derechos fundamentales citados quiera o intente invadir exageradamente el ámbito de actuación del otro derecho.

Lo curioso es que esta discusión se planteó entre dos autores eminentes que vivieron con una diferencia de tres siglos entre sí. A saber, Gian Pico della Mirandola del s. XV (1463-1494), en su obra *De la dignidad humana* (Pico della Mirandola, 1942); y a Immanuel Kant del s. XVIII (1724-1804), en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (Kant, 1973).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Los autores pueden estudiarse en forma más extensa en Santos Belandro (2007).

Para Pico della Mirandola (1942), la dignidad del hombre hace referencia a su libertad. Para él, el hombre es esencialmente libre, porque su naturaleza es indeterminada e indefinible; por tanto, es a él a quien le corresponde establecer la medida de su libertad. El hombre se hace a sí mismo, se automodela -para mejor o para peor- precisamente porque goza de esa libertad.

Sin embargo para Kant (1973) el énfasis hay que colocarlo en otro lado: la persona vale como tal, independientemente de cualquier condicionamiento social, histórico o nacional. La condición o calidad humana es digna en sí misma, y por tanto toda persona debe ser considerada como un fin en sí mismo y no como un medio al servicio de un fin. Esta premisa genera como consecuencia que el hombre es libre, pero bajo la condición de respetar su propia dignidad, de cuidar su propia humanidad a la cual jamás deberá atacar.

Las repercusiones que pueden aparecer si se adopta una u otra postura son realmente formidables, y precisamente son los problemas que se ventilan al día de hoy. ¿La mujer es “dueña” de su propio cuerpo? ¿Puede ella abortar? ¿Es válida la eutanasia? ¿Debe apoyarse el suicidio? ¿Es legítimo aplicar la pena de muerte? ¿El Estado debe intervenir para defender la dignidad de un alcohólico crónico, de un drogadicto, o la de un mendigo en situación de calle y que no quieren rehabilitarse? Sin duda que, según se recurra a Kant o a Pico della Mirandola, las soluciones serán diferentes y, por tanto, le corresponde al legislador establecer una vía media -que puede ciertamente ser muy sinuosa- para transitar hacia soluciones legales, sin herir profundamente ninguno de estos dos derechos fundamentales.

### **Las declaraciones de voluntad anticipada**

Algo análogo se produce al examinar el tema de las declaraciones de voluntad anticipada, también denominadas declaraciones sobre la propia incapacidad, o testamentos vitales<sup>2</sup>. La única

---

<sup>2</sup> También se lo conoce bajo otros nombres: *living will*, testamento biológico, carta de autodeterminación, *durable power attorney for health care*, medidas de autoprotección, etc.

definición correcta es la primera. Y la segunda, pues esta sugiere un enfermo incapacitado o inconsciente, situaciones que no siempre se dan. Tampoco le cabe la calificación de testamento vital, pues, si bien en ambos instrumentos se dispone de algo -sobre la calidad de la vida o sobre la herencia-, el testamento es un acto jurídico por medio del cual una persona generalmente dispone de su patrimonio y decide sobre determinadas situaciones personales, pero para *después* de su muerte.

En tanto que la declaración de voluntad anticipada, en un sentido estricto, está destinada a regular *la calidad de vida* del propio sujeto cuando éste cae en un estado que, por lo general, lo imposibilita decidir por sí mismo.

La creación de estas voluntades anticipadas le correspondió a un abogado de Chicago -Louis Kutner-, quien en 1967 -o sea hace unos 40 años- ideó un documento para que cualquier persona pudiera plasmar por escrito su voluntad de rechazar la aplicación de cualquier tratamiento en un supuesto de enfermedad terminal, intentando evitar el llamado encarnizamiento terapéutico (Alonso Herreros, 2004, p. 387).

Es bueno insistir que la persona no ordena a través de la declaración de voluntad anticipada que la maten, sino que la dejen morir, que permitan la actuación de la naturaleza sobre su cuerpo cansado, con los cuidados mínimos indispensables como ya se verá. O a la inversa, que se extremen los cuidados y los conocimientos científicos para mantenerla con vida durante el mayor tiempo posible, que también puede suceder aunque son los menos<sup>3</sup>.

Pero, específicamente, ¿qué puede comprender? Los motivos que pueden conducir a la celebración de una declaración de vo-

---

<sup>3</sup> Algunas legislaciones distinguen entre las denominadas instrucciones previas, que contemplan los deseos del paciente expresados dentro del ámbito del consentimiento informado con anterioridad al acto médico, por ejemplo a una operación quirúrgica, de la voluntad anticipada en sentido estricto, que centra su problemática en la imposibilidad de decidir en forma consciente sobre el tratamiento de sus afecciones.

luntad anticipada son muy variados, y del examen del Derecho Comparado puede observarse que:

- La mencionada declaración puede contener las pautas a seguir, para el caso de que una persona caiga en un estado de disminución o de incapacidad física o intelectual;
- Normas sobre la administración y enajenación del patrimonio del otorgante, durante el período de su incapacidad física o mental;
- El nombramiento de apoderados;
- La autodesignación de un curador;
- La negativa o la aceptación a que sea internada en un centro geriátrico o en un centro hospitalario;
- El deseo de morir en su propia casa;
- La disposición de su propio cuerpo una vez haya muerto, para ser incinerado o para ser entregado a estudios científicos;
- La donación de sus órganos.

### **Calificación de la declaración de voluntad anticipada**

Sin duda resulta algo complicado ubicar este acto jurídico dentro de las categorías existentes en el Derecho Positivo. Habiéndose rechazado la calidad de testamento en su sentido específico, tampoco cabría ubicarlo bajo la figura del mandato, en cuanto el art. 2086 del Código Civil uruguayo (República Oriental del Uruguay) establece específicamente en el numeral 7 que “el mandato se acaba (...) por la incapacidad sobreviviente del uno o del otro (mandante o mandatario).”

Más bien se piensa que se trata de un poder de representación *sui generis*, donde se le hace un encargo a un tercero para que actúe en determinadas circunstancias sobre el cuerpo del poderdante, bajo determinados parámetros establecidos por el propio otorgante. La Ley 18.473 corrobora esta afirmación, pues en el art. 6 menciona la necesidad de designar un representante. Ob-

viamente se trata de un acto jurídico unilateral, autorizativo, revocable y formal<sup>4</sup>.

### **Normas sobre la eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada**

¿Qué ocurrirá para el caso de que una persona haya otorgado una declaración de voluntad anticipada en el extranjero y se vea afectada por una situación crítica de su salud en Uruguay? Las normas internacionales son escasas, debido principalmente a lo novedoso del tema, en especial respecto de la eficacia internacional de los documentos otorgados con tal finalidad.

Sin embargo, hay que pensar rápidamente en soluciones legales porque las personas hoy día tienen una capacidad de movilización internacional como nunca la han tenido en el pasado, incluso los adultos mayores.

Se debe recordar, además, que más de medio millón de uruguayos se encuentran radicados en el exterior.

---

<sup>4</sup> La representación se encuentra vinculada con una relación de base, que puede estar constituida por negocios de distinto tipo: el mandato, el arrendamiento de servicios, la sociedad, etc. Es frecuente que el poder de representación se halle conectado con el contrato de mandato. Y muchos creyeron en el Derecho uruguayo, que el poder de representación integraba como elemento esencial al contrato de mandato, en base a lo cual concluían que no podía haber mandato sin poder de representación, tal como lo establece el Código Civil francés, que influyó en el art. 2051 del Código Civil uruguayo. Sin embargo, fueron los estudios de la escuela alemana -de Ihering y de Laban- los que permitieron separar el fenómeno de la representación del contrato de mandato.

El mandato es un contrato por medio del cual una parte se obliga a cumplir actos jurídicos por cuenta ajena; es bilateral o sinalagmático en tanto genera obligaciones recíprocas; gratuito u oneroso; etc. El apoderamiento, por el contrario, no es un contrato sino un negocio jurídico unilateral, emanado del representado y dirigido a un tercero donde no se necesita la aceptación de este último. Puede haber representación sin mandato, como es el caso de la representación de los incapaces. O puede haber mandato sin representación, como sucede en la comisión. El mandato puede ser sin representación pero el poder siempre es representativo. En conclusión, debe distinguirse el mandato del negocio de apoderamiento. Son dos figuras autónomas, aunque muchas veces aparezcan conectadas. Los límites del poder deben siempre desprenderse de él.

Y no olvidar tampoco que cada vez más los adultos que han vivido toda su vida laboral en países altamente desarrollados y de clima extremadamente frío desean pasar sus últimos días en países de clima agradable, poblado por gente amable y con niveles de seguridad aceptables. Miles de adultos mayores provenientes de Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y norte de Alemania, se trasladan anualmente a vivir a la costa malagueña de España. Ocurre algo parecido con los japoneses, donde es el propio gobierno el que favorece esta clase de traslados internacionales permanentes.

También puede darse la situación de un turista que sufre un accidente o padece una patología fulminante en Uruguay, que imposibilite su traslado al Estado de su residencia habitual. En tal caso, ¿qué eficacia internacional tiene la declaración de voluntad anticipada otorgada en su país de origen?

En este escenario hay, entonces, un campo inmejorable para el otorgamiento de estas disposiciones, lo que engendra el problema de la ley aplicable a estos documentos y de su eficacia internacional.

***El derecho positivo de Uruguay.*** Uruguay aún no ha contemplado en su derecho internacional privado la categoría “declaraciones de voluntad anticipada”. No obstante, es posible incluir dicha manifestación de voluntad dentro del rubro “actos jurídicos”. Todas las normas que regulan los actos jurídicos -Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 32 a 34) y de 1940 (arts. 36 a 38), así como el art. 2399 C.C. (República Oriental del Uruguay, Código Civil) que remite a los arts. 34 a 38 del primer Tratado mencionado- aceptan la misma solución: *Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento (...).*

En las hipótesis señaladas las declaraciones de voluntad anticipada otorgadas en Argentina y Paraguay, o en Bolivia, Colombia y Perú -a las que se les aplican los Tratados de Montevideo- o en el resto de los países del mundo -bajo las disposiciones del Código Civil- quedarán sometidas a la ley uruguaya -o sea a la Ley

18.473 (República Oriental del Uruguay, 2009)- si el declarante se encuentra en Uruguay, en cuanto “a su existencia, naturaleza, validez y efectos” de estas declaraciones.

Por tanto, aquellas declaraciones otorgadas en el extranjero y ajustadas a la ley uruguaya gozarán de eficacia extraterritorial en nuestro país, sin que pueda oponérsele por ese solo motivo la excepción de orden público internacional. Solo cabría su interposición en aquellas oportunidades donde el consentimiento no hubiera sido emitido libremente.

Y, para el caso de que las declaraciones fueren más amplias, en tanto consignaren la autodesignación de un curador; o cómo conducirse respecto del patrimonio del declarante (en cuanto a la disposición y administración de los bienes); o qué hacer con sus órganos cuando muera; estas declaraciones quedarán fuera del campo de aplicación de la ley, pues no son inválidas, pero deberán ajustarse a las soluciones que genere cada tema específico.

Es posible que la declaración de voluntad anticipada pueda estar contenida en un testamento solemne abierto. Pero no en un testamento solemne cerrado, por cuanto sería imposible conocer su voluntad dado que es cerrado, y que además solo se abre luego de la muerte del testador. Por tanto, a pesar de la existencia en un mismo documento de varias expresiones de voluntad, no dejan de ser actos totalmente diferentes, regulados por disposiciones normativas particulares a cada uno.

El notariado se ha preocupado por el análisis jurídico de estas declaraciones. Lo hicieron en primer lugar los jóvenes, en la IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur (2007) realizada en Punta del Este y luego fueron analizadas en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana (2008) en Asunción; sin perjuicio de otras monografías individuales y libros especializados, todos sumamente valiosos.

Además, cabe consignar que, de conformidad con la Ley 15.441 -art. 1- (República Oriental del Uruguay, 1983), al documento otorgado en el extranjero que consigne la declaración de voluntad anticipada y que quiera hacerse valer en nuestro país,

se le aplicarán las normas sobre legalización, si viene otorgado en documento público o contiene una certificación notarial de firmas. Los documentos enteramente privados no se legalizan, por cuanto el objetivo de la legalización es determinar que el documento es autorizado por una autoridad competente y que ésta ha actuado, a dicho momento, en el ejercicio de sus funciones.

Igualmente -cuando correspondiere y de acuerdo al art. 6 de la ley citada- los documentos “deberán ser traducidos por traductor público nacional”.

***La situación en la Unión Europea.*** El Consejo de Europa y la Unión Europea han realizado esfuerzos para obtener una regulación legal de la mencionada figura jurídica a través de dos Recomendaciones: la *Recomendación No. R (99) del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapaces* (Consejo de Europa, 1999a) y la *Recomendación 1418 (1999) sobre protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos incurables y de los moribundos* (Consejo de Europa, 1999b).

***La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.*** Pero el organismo que ha avanzado más en el tratamiento de este tema es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que el 13 de enero del año 2000 aprobó el Convenio de La Haya sobre la protección internacional de los adultos (2000), el cual regula en el art. 15 la disposición sobre la propia incapacidad.

En el estudio no se profundizarán estas soluciones porque lo que a nosotros nos interesa es analizar la incidencia de la ley uruguayana recientemente aprobada y su repercusión sobre las declaraciones de voluntad anticipada provenientes del exterior<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Para quienes deseen profundizar en el tema conviene mencionar las excelentes leyes vigentes en Cataluña -Ley 21.2000- (Comunidad Autónoma de Cataluña, 2000), en Galicia -Ley No. 3/2001- (Comunidad Autónoma de Galicia, 2001), de Navarra -Ley No. 11/2002- (Comunidad Autónoma de Navarra, 2002), que fueron la base de la ley general para toda España. En Francia se halla vigente la Ley 2005-370 (República Francesa, 2005).

## VI. Ley 18.473 de 17 de marzo de 2009

**Ámbito material de la ley.** La Ley 18.473 del 17 de marzo de 2009 (República Oriental del Uruguay, 2009) es una ley muy nueva, y además una ley muy breve, por cuanto consta de 11 artículos, siendo el producto muy mejorado de proyectos individuales anteriores de los legisladores Washington Abdala y Luis José Gallo, que luego fueron consolidados en un proyecto común.

Cabe dejar claramente expresado que la mencionada ley traza un ámbito de reconocimiento de las declaraciones de voluntad anticipada mucho más estricto que el que ofrece el Derecho Comparado, ya que de acuerdo al art. 1 inc. 2, solo encontrarán la protección de la ley aquellas voluntades que busquen “oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible”, por lo cual el ámbito material de la Ley se ciñe exclusivamente al ámbito de la salud. La Ley 18.473 regula únicamente situaciones determinadas y específicas que carecen de contenido patrimonial.

### 1ª. Posibilidad: derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos

Respecto de su contenido, se percibe que la ley atiende a una doble situación. El primer inciso del art. 1 reconoce el derecho de *toda persona* a “oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos”.

Un ejemplo sería el de un paciente -que, debidamente informado por su médico tratante de la enfermedad que padece, del tratamiento que le ofrece y de las perspectivas de curación, puede optar entre dar su consentimiento o, por el contrario, de gozar de la libertad de negarse a ello. Por ejemplo cuando el médico le diagnostica al paciente una catarata en la vista sugiriéndole la conveniencia de operarse y éste se niega a cualquier intervención quirúrgica, o el caso de un diabético al que se le sugiere la amputación de su pierna ante la enfermedad que avanza.

Cuando una persona rehúsa someterse a un tratamiento o a una intervención, el médico debe respetar esta decisión y no puede contradecirlo. No está autorizado a recurrir a otro procedimiento sin haber obtenido el consentimiento previo del enfermo. El centro del problema es el paciente, no el médico. Hay que dejar bien claro que la negativa del paciente le quita legitimidad a cualquier acto médico; y esto se encuentra reafirmado en el inciso 1 del art. 1 (Lemon, 1993).

La única limitación legal respecto de la negativa se produce cuando la patología que padece “afecte o pueda afectar a terceros”. Un ejemplo se puede encontrar cuando, ante una epidemia controlable únicamente mediante vacunación, la persona se niega a hacerlo, comprometiendo con su actitud la salud del resto de la población.

## **2ª. Posibilidad: voluntad para decidir sobre su incapacidad futura**

El otro aspecto que atiende la Ley 18.473 (República Oriental del Uruguay, 2009) refiere específicamente la voluntad anticipada de una persona para decidir sobre su situación ante una enfermedad terminal. Este último aspecto se encuentra legislado en el inciso 2 del art. 1, que dice así:

Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

De la mencionada disposición pueden extraerse ciertas pautas: se trata de la celebración de un acto jurídico realizado cuando la persona “en forma voluntaria, consciente y libre” decide *con anticipación* cómo deberá actuarse ante una enfermedad grave que la deje en una situación de imposibilidad de atender su persona, principalmente haciendo valer el deseo de evitar un ensañamiento.

¿Cuándo se produce el ensañamiento? El ensañamiento se produce cuando se prolonga artificialmente la vida del paciente por medio de tecnologías y tratamientos *desproporcionados* o *extraordinarios*, atrasándose *en forma abusiva e irracional* el proceso de la muerte. El deseo de evitar el encarnizamiento, ensañamiento o empecinamiento terapéutico -que también se denomina así- implica atender únicamente el sufrimiento del enfermo, aun cuando los medicamentos a utilizar con tal fin puedan acortarle la vida.

Esa declaración de voluntad puede permanecer en estado de latencia durante un tiempo indefinido, pues puede acontecer que la circunstancia prevista para su aplicabilidad nunca se produzca<sup>6</sup>. Además, la lucidez del paciente durante el transcurso de la enfermedad no puede constituirse en un impedimento para hacer efectiva la declaración de voluntad anticipada, simplemente significará que el paciente corrobora o confirma lo expresado bajo otras circunstancias, quizá más cómodas y tranquilas.

Se protege, por tanto, el derecho de vivir y a morir dignamente; el derecho a proteger su propia intimidad; en suma, el respeto a la autonomía de la voluntad del sujeto declarante. Con base en lo expresado, ya se puede decir que si Eluana hubiera estado internada en Uruguay la solución dada por la Justicia italiana hubiera sido inadmisibles entre nosotros por tres razones:

- La primera, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico impone el requisito del soporte escrito para manifestar la voluntad anticipada, algo que Eluana no hizo;
- En segundo término, porque la joven no se encontraba en una situación terminal sino solo en estado vegetativo;

---

<sup>6</sup> Puede ocurrir que el otorgamiento se haya producido en determinado momento tomando en consideración la inexistencia de conocimientos tecnológicos necesarios para su cura. Pero con el transcurso del tiempo la “patología” a la que pueda estar sujeta la persona encuentre posibilidades de curación. ¿Qué ocurrirá en tal caso? Resulta claro que el médico deberá abstenerse de aplicar la declaración sobre la propia incapacidad porque ya no se tratará de una “patología terminal, incurable e irreversible”, que son las condiciones que disparan la aplicación de la norma legal.

- Además, porque el cuerpo médico especializado en neurología no era unánime en cuanto a diagnosticar con total certeza que Eluana no podía restablecerse en el futuro, aunque más no fuera parcialmente. Destacados neurólogos habían hecho notar casos de enfermos comatosos que luego de muchísimos años pasaron al estado de conciencia.
- La imposibilidad de obtener una opinión médica unánime y concluyente quedó demostrada en el caso de Stephen Hawking, quien a pesar de los pronósticos médicos ha tenido una larga vida de 67 años. Se debe recordar siempre que la medicina es un arte y que, por tanto, no puede proporcionar pronósticos infalibles;
- Además, algo muy importante a señalar: el sufriente a considerar es el enfermo, no la familia. Lo que se debe proteger es la intimidad de la persona afectada por la enfermedad. Ello quiere decir que *ningún tercero puede actuar de acuerdo a sus propios criterios éticos, filosóficos o religiosos y aplicarlos al enfermo*: ni los familiares; ni el Escribano actuante -en caso de optarse por una documentación notarial de voluntad anticipada-; ni el personal médico -comprendiendo médicos, enfermeros y acompañantes pagos- pueden sustituir los criterios, valores y principios del enfermo.
- Puede acontecer que el paciente desee morir en paz evitando todo tipo de ensañamiento ante la constatación de que su estado de morbilidad es irreversible, y sus familiares, por el contrario -generalmente por creencias religiosas o metafísicas-, deseen extenderle la vida lo más posible aun a costa de grandes sufrimientos. Esta situación no es aceptable y debe ser rechazada.
- Los criterios y conductas que deben imperar *en todo momento* son aquellos que el paciente asumió y defendió en estado de normalidad. Y ello debe ser así, aún cuando la autorización le haya dejado un margen de libertad muy extenso al apoderado. En síntesis, las decisiones *siempre*

habrán de tomarse de acuerdo con los principios y la forma de pensar sustentados por el declarante.

- Para arribar a una decisión médica, tampoco corresponde analizar los gastos que pueden incurrirse en el tratamiento de la enfermedad. No es casualidad que las declaraciones de voluntad anticipadas hayan tenido su origen en los Estados Unidos de América, un país donde más de la mitad de su población carece de seguro médico y donde el tratamiento de las enfermedades insume generalmente sumas cuantiosas que pueden conducir a la ruina de las familias. En estos casos el enfermo corta por lo sano, autoinmolándose mediante el otorgamiento de estas declaraciones, ante circunstancias económicas insuperables, para no perjudicar más a su propio grupo familiar.

**Condiciones para la aplicación de la ley.** La circunstancia que hace aplicable la ley y que generará la protección de la misma está constituida por la presencia de una “patología terminal, incurable e irreversible”. Se examinan los términos utilizados por el legislador:

- **Terminal:** es una patología que conduce o lleva inexorablemente al fin de la vida en un plazo relativamente breve; la legislación holandesa considera que enfermo terminal es aquel que tiene un pronóstico de supervivencia inferior a 6 meses, y también aquel que no responde a ningún tratamiento curativo.
- **Incurable:** lo será en la medida que la patología que padece la persona sea imposible de sanar de acuerdo a los conocimientos o a los adelantos tecnológicos con que cuenta el personal médico a dicho momento.
- **Irreversible:** significa que solo es posible un desenlace concreto: la muerte del sujeto. Se trata entonces, de un pronóstico sin esperanza alguna.

Se observa, en consecuencia, que de acuerdo a la Ley 18.473 el campo de actuación de estas declaraciones resulta muy acotado,

en tanto se hace necesaria: 1) la existencia de una patología, 2) la proximidad de la muerte y 3) la necesidad de evitar el encarnizamiento o ensañamiento sobre el paciente enfermo, no interesando si este último se encuentra lúcido o no.

Puede generar dudas si la norma legal mencionada puede aplicarse a una persona, que habiendo sufrido un accidente automovilístico que la dejó cuadripléjica, con la única posibilidad de abrir y cerrar los ojos, debido a lo cual quedó sometida a alimentación por medios externos, pero que permanece mentalmente lúcida. Es el caso de Ramón Sampedro antes mencionado. ¿Su circunstancia de vida es ubicable dentro del concepto de “patología” utilizado por la norma legal? Si hubiera estado viviendo acá se llega a la constatación de que su situación es irreversible y además que es incurable, pero no necesariamente terminal, por cuanto podía vivir muchos años, como realmente ocurrió.

Sin embargo, examinando su condición de acuerdo a los parámetros de la Ley 18.473, se puede apreciar que ley le ha dejado una puerta abierta a los Ramón Sampedro, pero dentro del primer principio consagrado en el art. 1, ya que la mencionada disposición reconoce el derecho de toda persona a “oponerse a la aplicación de tratamientos o procedimientos médicos” (Alonso Herreros, 2004, p. 82)<sup>7</sup>. O sea que lo único que podía hacer era re-

---

<sup>7</sup> Hay otra cuestión examinada por Alonso Herreros (2004): “cabría preguntarse si un documento de este género puede “suplir” totalmente la opinión del médico de cabecera. Parecería que es absolutamente imposible que una voluntad anticipada pueda contemplar todas las posibilidades, en tanto que el profesional médico puede aconsejar en cada momento y actuar en situaciones donde la decisión sea difícil de tomar. Así pues, el principio de respeto de la voluntad del paciente no debería entenderse en términos absolutos, ya que ello podría ir contra la salud y la vida del mismo y provocar un enfrentamiento entre la voluntad del paciente y lo que el médico debe hacer para salvar la vida de aquel. El autor continúa de la siguiente manera: “puede ocurrir que éste, pensando tal vez en la eventualidad de un cáncer, sin embargo si ingresa por un accidente de tráfico y el respirador puede salvarle la vida ¿qué debe hacer el médico?; indubitablemente la praxis le empujará a poner el respirador aunque ello no le exima al temor de las consecuencias de actuar en contra de un documento explícito en sentido contrario. Por ello, el catedrático de Bioética y Política Sanitaria de la Universidad de Loyola apuesta por una estrecha

chazar todo tipo de alimentación para morir por inanición, algo por lo que Sampedro no optó.

### **Personas facultadas para otorgar las declaraciones de voluntad anticipada**

Pasando a otro punto: ¿qué personas se encuentran facultadas para otorgar una declaración de voluntad anticipada? Solo pueden serlo las personas mayores de edad plenamente capaces.

La manifestación de voluntad debe ser dada, entonces, por el propio interesado, si tiene 18 años o más de edad, y deberá hacerlo en forma “voluntaria, consciente y libre”; por tanto, habrá de darse en conceptos inequívocos. Además, esta declaración de voluntad deberá interpretarse al momento de su aplicación siempre con un sentido restrictivo. Y para el caso de duda, deberá estarse siempre a favor del mantenimiento de la vida humana, aplicándose el principio *in dubio pro vita*.

***Objeto de la declaración de voluntad anticipada.*** La Ley 18.473 explicita muy claramente su objeto: la finalidad de la ley es la de *oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma* pero para el único caso de encontrarse la persona *enferma de una patología terminal, incurable e irreversible*.

La ley habla de “patología”, que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española alude a enfermedades. Puede presentarse la duda en caso de lesiones que conduzcan a la misma situación. Para nosotros, debe utilizarse un concepto amplio y comprensivo de los dos, siempre y cuando las condicionantes y *el final* -tanto de un enfermo como de un accidentado- sean equivalentes, que no fue el caso de Sampedro.

El momento para efectuar dicha declaración puede ser cuando el declarante se encontraba en perfecto estado de salud, o cuando se encuentre ante el diagnóstico de una enfermedad, tal como la cataloga la Ley 18.473.

---

relación médico-paciente, para lograr la efectividad de las voluntades anticipadas”.

La plasmación de esa voluntad en un escrito habrá de ser un verdadero arte, en cuanto deberá cuidarse tanto de una redacción demasiado amplia y vaga, como de una demasiado rígida o estricta. Debería evitarse caer en la simple frase “no deseo que se me apliquen tratamientos inútiles que solo sirvan para retrasar la muerte”, pero también aquella que exprese que “excluye tal tratamiento”, sin más, por considerárselo como inútil al momento del otorgamiento, aun cuando años más tarde se demuestre que puede ser de provecho para la recuperación de la salud del paciente. Por tanto, deberán rechazarse expresiones demasiado tajantes, siendo conveniente dejar siempre una puerta abierta para la adecuación de la medida a la realidad del momento. Por lo cual conviene utilizar expresiones tales como que “se excluirá tal tratamiento si no conduce a mi curación al momento de su aplicación”.

En resumen, los propósitos de una disposición legal que protege manifestaciones de voluntad de esta naturaleza persiguen:

- Por un lado, expandir la voluntad del sujeto;
- Por el otro, que se mantengan los parámetros y valores que han guiado al enfermo durante toda su vida;
- Además, evitar que los terceros invadan la esfera íntima de su ser, introduciendo pautas de conducta y valores que él no comparte;
- Y por último, el deseo de poner fin al paternalismo médico mediante el reconocimiento de que, en última instancia, es la persona la dueña de su destino.

### **Aspectos formales que rodean la declaración de voluntad anticipada**

Ahora, se observan los aspectos formales de que deben rodearse en las declaraciones de voluntad anticipada. El art. 2 de la ley uruguaya está dedicado a regular este aspecto, con la finalidad de dar mayores garantías acerca de la conservación de la voluntad del paciente. El artículo establece dos posibilidades, reconociendo en ambos casos la exigencia de un soporte escrito.

Este soporte escrito puede ser de dos clases:

a) la declaración podrá realizarse en un documento privado con la firma del declarante y de dos testigos, sin necesidad de una certificación notarial de firmas; o

b) podrá extenderse en escritura pública o en acta notarial.

Por tanto, *debe* otorgarse ante determinadas personas, nunca puede ser un acto otorgado en soledad. Por otro lado, no debe ser admitida como válida la voluntad tácita del paciente, reconstruida en base a indicios. Y tampoco la voluntad presunta, basada en su estilo de vida o sobre los principios y valores que la gobernaban cuando estaba en buen estado de salud, porque a menudo ocurre que las personas cambian bruscamente de manera de pensar, cuando son ellas y no los terceros los afectados por una situación dramática.

Podrían merecer dudas aquellos casos donde la persona ha manifestado abiertamente a todo el país o al mundo -por televisión o por la prensa escrita- la voluntad de no someterse a determinadas prácticas médicas si llega a una situación terminal en su salud, y esta manifestación ha quedado grabada o impresa, y donde los testigos en realidad son todos, como integrantes del público. En estos casos hay una prueba cierta de la voluntad y hasta cierto punto hay un documento y hay testigos, pero no hay una firma, entonces no podría tener validez jurídica de acuerdo a la Ley 18.473 (Muñoz de Dios, 2009, p. 29).

En síntesis, la declaración de voluntad anticipada debe ser “clara, expresa e indubitable” y constar en un escrito firmado por el interesado.

### **El otorgamiento de un documento privado**

El documento podrá ser de puño y letra del declarante o podrá recurrirse a la asistencia de un operador jurídico para su redacción, abogado o escribano. La ley expresamente establece que si el declarante no puede firmar –extensible a la hipótesis de que no sepa hacerlo- firmará a ruego uno de los dos testigos. En el caso de que el redactor haya sido un escribano, no se necesitará

la certificación de firmas. De hacerse será superflua, salvo para el caso de que se discutiera judicialmente si realmente el declarante fue la persona que dijo ser y si efectivamente firmó la declaración.

### **La presencia de testigos**

La presencia de dos testigos solo es exigida cuando una persona decida manifestar su voluntad anticipada consignándola en un documento privado; no será necesaria cuando su voluntad se manifieste en escritura pública o por acta notarial, excepto en un caso que seguidamente se verá.

La ley consagra, además, un conjunto de inhabilidades para ser testigos. No podrán serlo: 1) el médico tratante; 2) sus empleados o, 3) los funcionarios de la institución médica en la cual se asiste el paciente.

Lo que busca la ley es evitar un conflicto de intereses, donde la carga económica de una enfermedad prolongada puede pesar mucho, y alentar la actitud de que la decisión médica a tomar en el momento oportuno sea lo más objetiva posible.

Por los mismos motivos hubiera sido adecuado que la ley prohibiera también a los padres o hijos, cónyuges y/o concubinos oficiar de testigos. En España, por ejemplo, dos de los tres testigos exigidos legalmente no deben ser familiares del otorgante; parece adecuado que así sea, debido a que pueden tener intereses encontrados: como no querer gastar en el tratamiento médico del familiar o en el personal que lo cuide; o no querer destinar su tiempo personal al cuidado del paciente deseando por tanto terminar lo más rápidamente posible con esa situación.

### **El otorgamiento en escritura pública o acta notarial**

Luego se tiene la posibilidad de la intervención de un notario en la autorización de estas declaraciones. Su intervención tiene dos efectos relevantes: 1) otorgar fecha cierta al documento y 2) darle matricidad a la voluntad declarada. Y esto último es sumamente importante, debido a que en numerosas ocasiones todos han tenido conocimiento de la desaparición por extravío o por

hurto de las historias clínicas de los pacientes; o de su mutilación, extrayéndose del mismo determinadas hojas comprometedoras. La creación de una matriz *notarial* evitaría cualquier desconocimiento de la voluntad del enfermo y quedaría al resguardo de esas anomalías. Constituye, por tanto, un argumento que el notario deberá plantearle al cliente que le pide su asesoramiento.

En su actuación, el notario está obligado a que lo contenido en el documento corresponda fielmente con la voluntad libre y consciente del otorgante.

En caso de que el sujeto opte por otorgar su declaración en escritura pública o acta notarial, se lo exime de la presencia de testigos en el otorgamiento de la declaración, salvo que no pueda o no sepa firmar, para lo cual se recurrirá a dos testigos instrumentales de conformidad con la parte final del art. 144 de la acordada 7533 (Suprema Corte de Justicia de Uruguay, 2004). El Escribano autorizante deberá controlar la identidad del declarante y obtener los certificados registrales que acrediten su capacidad.

Y de optarse por la redacción de un acta notarial, ésta debe ser protocolizada, de conformidad con el art. 207 de la misma acordada, aun cuando la Ley 18.473 no la imponga.

### **Incorporación a la historia clínica**

Lo que no se exige es la inscripción de la declaración en algún Registro Público, bastando *su incorporación* a la historia clínica del paciente. Como el evento puede demorar varios años en producirse, quizá décadas, hubiera sido conveniente que en caso de archivo de parte de la historia clínica -por el volumen que ha tomado- siempre debe quedar en la última historia y hasta sería conveniente que en la carátula de la misma se deje un espacio impreso para dejar constancia acerca de si el paciente ha otorgado o no una declaración de voluntad anticipada. Como la ley no lo ha impuesto, sería de conveniencia de la institución médica para resguardar la responsabilidad del personal ante posibles acusaciones de la familia.

Tomando en consideración la redacción de los dos primeros incisos del art. 1 de la Ley, cabría la duda de si exactamente las mismas formalidades deben ser cumplidas para renunciar a cualquier “tratamiento o procedimiento médico” a que hace alusión el inciso 1 o, si solo deben respetarse estas formalidades cuando la persona se encuentra sufriendo una “patología terminal, incurable e irreversible”.

Si bien “donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete”, se piensa que realizando una interpretación contextual, que permite acudir a los artículos 5 y 7, se puede concluir que las formalidades mayores centran su objetivo en los casos terminales.

En el caso de un paciente que padece de una catarata ocular o una hernia sin riesgos inmediatos, pero aconsejándosele su internación, si se niega a operarse o a internarse no debería seguirse las formalidades legales, bastando únicamente el asiento de su voluntad en la historia clínica bajo su firma y responsabilidad.

### **Plazo de vigencia de la Declaración**

Hubiera sido oportuno, por otro lado, que la ley especificara un plazo acotado de vigencia de estas declaraciones de voluntad anticipadas, con el fin de ir acompasando la voluntad del paciente con los adelantos científicos en el ámbito médico, y además para atender la posibilidad de que la voluntad del paciente haya cambiado en el ínterin. La legislación norteamericana establece para las declaraciones un plazo de vigencia de 5 años, el cual nos parece razonable.

### **Designación de un representante**

El art. 6 posibilita incluir en la declaración de voluntad anticipada el nombramiento de una persona mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de su voluntad cuando caiga en estado de inconsciencia. Para la profesora Carozzi (2009, p. 11), no se trata de un requisito necesario para la validez de la declaración -por lo cual, según ella- si la manifestación de voluntad establece instrucciones claras pero sin designar apoderado, la declaración será igualmente válida y deberá ser respetada. Pero lamentable-

mente esta opinión no está de acuerdo con la redacción dada al art. 6, que expresamente establece que “se deberá incluir *siempre* el nombramiento de una persona denominada representante”.

Este representante del declarante está encargado de cumplir con una función limitada y específica, determinada expresamente por la ley. Por ello, con la simple declaración de voluntad anticipada el representante no puede atribuirse la calidad de curador, ni actuar como apoderado sobre cuestiones ajenas a la salud del paciente afectado de una enfermedad terminal -bien sea sobre cuestiones personales como patrimoniales.

El representante designado tiene total libertad para aceptar o para rechazar el encargo.

¿El médico tratante puede ser el apoderado? Se trata de una situación que puede darse con mucha frecuencia, tratándose de personas sin familia o con su familia distanciada, y donde además se ha establecido una relación médico-paciente de mutua confianza. Sin embargo, el representante está afectado por inhibiciones legales, ya que no podrá serlo el profesional retribuido para desarrollar actividades sanitarias a cualquier título respecto del otorgante.

Además, se admite la posibilidad de que el otorgante designe sustitutos para el caso de que “el representante no quiera o no pueda aceptar, una vez que sea requerido para actuar”. Es altamente conveniente que se decida la inclusión de sustitutos, debido a la posibilidad de que la declaración comience a aplicarse una vez que ha pasado mucho tiempo y la persona designada en primer término ha muerto o ha envejecido y no desea asumir el cargo.

Al ser los representantes personas individualizadas, el declarante no puede expresar que “designo a mis parientes” en general, o “a mi familia”, como apoderados, puesto que el alcance exacto de una directiva de esta naturaleza sería difícil de precisar. Si la representación es plural, sería conveniente que el otorgante especificara su deseo de que actúen de consuno, y si el consenso no puede obtenerse, que decidan por mayoría la conducta a seguir.

## Formalidades para la revocación

El poder de representación es un acto unilateral enteramente revocable.

Si se observa detenidamente se puede constatar que la formalidad requerida para la revocación de la declaración de voluntad anticipada es mucho más liberal que para la declaración propiamente dicha, en cuanto puede realizarse en forma escrita o *verbal*. Parece claro que el alivianamiento de las formalidades está establecido *a favor* de la vida del paciente; y restablece la obligación médica de luchar por su recuperación.

La revocación también debe incorporarse a la historia clínica del paciente, como forma de que el personal médico tenga un conocimiento claro del abordaje a realizar cuando se presente la faz terminal de la patología (art. 4). Se piensa que para resguardar la responsabilidad médica -en el caso de que se le acuse al médico de no haber respetado la declaración de voluntad anticipada- sería importante que, en caso de revocación verbal, éste haga firmar la historia clínica a su titular o a su representante legal.

## Terceras personas que pueden decidir sobre la calidad de vida del enfermo sin cumplir con los requisitos formales citados

¿Y qué ocurre con aquellas personas que no otorgaron la declaración porque eran incapaces? ¿Quedarán expuestas a tratamientos que impliquen ensañamiento? ¿Podrán en sus momentos de lucidez, o de acuerdo a su grado de madurez, renunciar a “tratamientos o procedimientos médicos”? ¿Y si no puede hacerlo por sí, quién puede expresar una voluntad al respecto?

El art. 7 está dedicado a resolver aquellos casos que se presentan cuando quienes deciden no son en última instancia los pacientes sino terceras personas. A nuestro juicio, sus manifestaciones de voluntad estarían exoneradas de las exigencias formales que se han venido examinando. De todos modos, sería conveniente -para salvaguardar la responsabilidad médica- que se realice un asiento en la historia clínica del paciente, bajo la firma de los res-

ponsables de tomar la decisión. A continuación se observan las distintas posibilidades:

- *primero, el caso de una persona capaz, pero que no expresó su voluntad y se encuentra imposibilitada de expresarla:* de conformidad con el art. 7.1, “la suspensión de los tratamientos o procedimientos será decisión del o de la cónyuge o, del o de la concubina de la persona afectada.”

No obstante, y a pesar de lo dicho, existen numerosas situaciones que la ley no aclara. Como bien señala la profesora Carozzi (2009, p. 12) puede ocurrir que el cónyuge se encuentre separado de hecho desde hace muchos años, manteniendo con el paciente un vínculo puramente jurídico, no afectivo; ante lo cual no parece razonable confiar en esa persona sobre una situación tan delicada como es la de una enfermedad terminal de un paciente.

En cuanto a los concubinos, puede plantearse la situación de que el paciente estuviere casado, y que viva en concubinato con otra persona, ante lo cual, por lógica -pero no por decisión legal-, habría que privilegiar la opinión de aquella persona que convive con el paciente. Además, al aprobarse la Ley 18.246 sobre uniones concubinarias (República Oriental del Uruguay, 2008), el concepto de “concubinato” debe hacerse de acuerdo con la precitada ley, lo cual permite cubrir tanto al concubino del paciente del mismo o de diferente sexo.

Solo en caso de ausencia de éstos, se recurrirá a los consanguíneos de primer grado: padres y/ o hijos.

El inciso 2 del art. 7 afirma que “En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión.”

Por ejemplo, si tiene varios hijos y además sus padres vivos, o cuando es casado y concubino registrado. Sin embargo, no dice que ocurrirá en caso de que esa unanimidad no se obtenga, ya sea una controversia entre cónyuges y concubinos, o entre padres e hijos, o entre hijos entre sí. La ley parece dejar fuera de todos estos problemas a las autoridades judiciales, las cuales no son mencionadas en ningún momento.

- *el segundo caso es el de una persona que ha sido declarada incapaz y que por tal motivo no pudo otorgar la declaración de voluntad anticipada:* la ley dice que la renuncia a los tratamientos o procedimientos médicos debe ser realizada por su curador (art. 7.2);

- *y en el caso de niños y de adolescentes:* “la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor” (art. 7.3). Con una excepción: si los padres del niño son también menores de edad, el tutor tiene la obligación de “consultar” -o sea a tomar en cuenta- la opinión de los padres del niño, si conviven efectivamente con él. Pero de todos modos la decisión última corresponderá al tutor.

***Las opiniones de los incapaces, interdictos o niños:*** hay que destacar que la ley adopta una posición acorde al Derecho Positivo más avanzado en relación con el tratamiento de la incapacidad de las personas, al considerar que los procesos de incapacidad y de capacidad son graduales. Se rechaza la opción tajante de los Códigos y leyes del s. XIX y comienzos del s. XX que imponían una alternativa draconiana: se es capaz o se es incapaz y, en este último caso, las personas quedaban absolutamente excluidas de la vida civil.

En la actualidad las leyes son más morigeradas, admitiéndose incapacidades parciales, prohibiendo por ejemplo que la persona pueda realizar determinados actos -los más graves- como vender bienes inmuebles, pero para el resto de sus actividades podrán gozar de autonomía de decisión y celebrar contratos de diferente tenor.

Basado en esta postura el art. 7, al final, señala:

No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada (en cuenta) por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.

Por tanto, el interdicto con intervalos lúcidos también deberá ser consultado cuando sea necesario adoptar una medida sanitaria y se encuentre viviendo un momento de lucidez. En estos casos la decisión última corresponderá al representante, en consulta con el médico tratante.

En cuanto a los menores de edad, no recoge otra cosa que la postura de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que en su art. 12 declara especialmente que:

1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia -Ley 17.823- (República Oriental del Uruguay, 2004) de Uruguay completa lo expuesto con un principio general contenido en el art. 8 que dice así:

Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

¿Y qué decisión puede ser más importante que ésta, cuando está decidiéndose sobre su propia vida al estar afectado de una enfermedad terminal?

## **VIII. Producción del evento previsto en la declaración Procedimiento a seguir por el médico tratante**

¿Qué ocurrirá cuando el evento previsto en la declaración se ha concretado? ¿O sea que nos encontramos ante una patología tal cual está definida en la ley?

Desde ya se dice que la declaración de la propia incapacidad no puede ejecutarse automáticamente. La ley exige el agotamiento de determinadas etapas, las cuales tienen plazos breves, dada la situación de urgencia y la gravedad de la dolencia.

La ley diseña todo un procedimiento como modo de garantizar el correcto cumplimiento de la voluntad del paciente y que esta voluntad no se vea desvirtuada por intereses espurios, como pueden ser evitarle gastos a la familia o a la institución de asistencia médica donde el paciente está afiliado.

En todo caso deberá imperar la prudencia y la buena fe de los médicos y de los representantes (Herrera, 2008).

La redacción de la declaración de voluntad puede generar más de un dolor de cabeza en materia de interpretación en el personal médico. Éste intentará ajustarse, en la medida de lo posible, a la expresión de voluntad consignada en el documento, con la finalidad de no ser llamado a responsabilidad por la familia en el futuro, siempre que la declaración no fuere contraria a la ley.

Por ejemplo, será imposible de ser aceptada por el personal médico por ser contraria a nuestro ordenamiento jurídico, una orden dada por el paciente de que ante una enfermedad irreversible el médico tratante termine con su vida. La declaración de voluntad anticipada no puede ser una puerta abierta a la eutanasia. Como bien se ha expresado “el derecho a morir no genera un correspondiente deber de matar”.

Una vez constatada la declaración de voluntad anticipada por el médico tratante -porque ha accedido a ella en la historia clínica del paciente- y habiendo corroborado que esta declaración no ha sido revocada, si la afección que sufre el paciente coincide con la declaración y con el concepto legal, el art. 5 establece que “el diagnóstico del estado terminal (...) deberá ser certificado por el

médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente.”

Hecho esto, el médico tratante todavía no está habilitado para cumplir con la voluntad del enfermo terminal sino que “deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución” en la que desempeña sus funciones, la cual tendrá 48 horas para decidir. “En caso de no pronunciamiento en dicho plazo, se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.”

Por tanto, cabe concluir que el médico tratante no podrá tomar una decisión de suspensión de los tratamientos o procedimientos por sí y ante sí, sino que debe primero certificar la calidad de enfermo terminal del paciente, luego obtener una segunda opinión médica que la confirme, y por último, el consentimiento de la Comisión de Bioética de su institución. Esta última podrá confirmar la suspensión -ante lo cual el camino del médico quedará finalmente expedito- o rechazarla. Por sí o por no, la decisión de la Comisión de Bioética será la que prevalecerá.

En todo caso -o sea cuando la Comisión de Bioética dio la autorización, o cuando dejó vencer el plazo de 48 horas y el médico procedió a suspender los tratamientos o procedimientos- deberá comunicarse dicha decisión a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública, sin plazo y “a los efectos que corresponda”.

**Objeción de conciencia.** Por último, cabe señalar que si con base en sus ideas filosóficas, morales, éticas o religiosas el médico tratante considera que su conciencia le impide acceder a la suspensión de los tratamientos o procedimientos, será subrogado en tal decisión por el médico que corresponda, sin responsabilidad alguna de su parte.

## **El mantenimiento de los cuidados paliativos**

Si bien la voluntad del paciente es jurídicamente relevante para suspender cualquier tratamiento o procedimiento médico que vaya en detrimento de su calidad de vida ante una patología “terminal, incurable e irreversible”, no deberán suspenderse

los cuidados paliativos; que son aquellos cuidados que permite continuar con la alimentación y la hidratación, salvo que el paciente voluntariamente lo rechace. Tampoco corresponde la alimentación e hidratación cuando le produzcan un sufrimiento excesivo, puesto que de acontecer esto último regirá el criterio *noli me tangere*.

De todos modos deberá practicársele el aseo y los cambios de postura, en atención a la dignidad de que goza todo ser humano. Estos cuidados se destinan a aliviar los sufrimientos sin tener por finalidad la curación.

Incluso, las actuaciones médicas podrán quedar circunscritas a aliviar los dolores físicos del paciente aun con la convicción de que la medicación aplicada implique un acortamiento de su vida. La sedación no puede tener por objeto hacer dormir al enfermo o dejarlo en estado de inconsciencia precisamente en la hora decisiva de su vida. Sólo por motivos graves deberá privársele de conciencia al moribundo. En estos últimos tiempos se ha afirmado que la sedación terminal no necesariamente acorta la vida, sino que en ese acortamiento tiene mayor incidencia el propio dolor.

Cuando se aplique una sedación terminal (el denominado cóctel lítico) la buena práctica médica aconseja una sedación que no implique la muerte en cosa de pocos minutos, sino calmar el dolor en su justa medida, de modo que el paciente muera en paz y con la mayor tranquilidad posible. Hay diversos tipos de cócteles que combinan morfina y cocaína, midazolam con morfina, demerol con thorazine y valium, etc.

Entretanto se continuarán con los cuidados paliativos. El objetivo de estos cuidados no es que el enfermo viva más tiempo sino que viva mejor lo que le resta de vida, o sea, lo que se desea es no obstaculizar la acción de la naturaleza. Hay que evitar, entonces, la aplicación de procedimientos degradantes que humillen a la persona, y ella sola podrá decidir hasta qué punto continuar con los tratamientos.

Por estas razones parece adecuada la previsión establecida al respecto en el inciso 4 del art. 1, el cual indica que “No se en-

tenderá que la manifestación anticipada de voluntad implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren”.

**Responsabilidad médica.** Para terminar, parece claro que el respeto puntilloso de la voluntad del paciente, dentro de las coordenadas fijadas por la Ley 18.473, eximen de toda responsabilidad civil al personal médico. Además despenaliza su conducta. Pero en modo alguno el reconocimiento jurídico de estas declaraciones importará la recepción de la eutanasia.

### **El principio de no discriminación que deben respetar las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud**

El último artículo de la ley intenta respetar el principio de no discriminación. El art. 11 advierte que el paciente no puede ser objeto de ninguna presión para que otorgue una declaración de voluntad anticipada para acceder a la calidad de afiliado al servicio de salud, o para aplicársele cualquier tratamiento. Con ello se busca evitar que las instituciones sanitarias utilicen las declaraciones de voluntad anticipada para reducir sus costos operativos si todavía existen posibilidades de cura, aun cuando tengan que seguir tratamientos prolongados y gravosos.

**Balance final.** Como balance final se puede decir que desde nuestro punto de vista estas declaraciones no serán de utilización masiva. Porque para su otorgamiento se requiere la existencia de determinadas condiciones personales: un sujeto consciente de la finitud de la vida; el deseo de mantener la calidad de la misma cuando se presenten síntomas de disminución física, psíquica o intelectual; y la voluntad de mantener aquellos parámetros de conductas, principios y valores que defendió en momentos de plena lucidez. Por ello, las declaraciones de voluntad anticipada no son para cualquiera. Enfrentados al tema de la muerte, muchos prefieren no pensar en ello y mirar para otro lado, dejando que las circunstancias y los demás decidan en definitiva. El problema no está en la ley sino en la forma de pensar de cada uno. La conclusión a la que se puede llegar en este tema es que no hay verdades absolutas que permitan dividir todo entre blanco y negro.

## Referencias

- Alonso Herreros, D. (2004). El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la ley holandesa sobre la eutanasia. *Revista Jurídica de Catalunya*. 103(2), 381–410.
- Asociación de Escribanos del Uruguay. (2007). IX Jornada del Notariado Novel del cono sur 30 de agosto al 1o de septiembre de 2007. Punta del Este, Uruguay.
- Carozzi, E. (2009). Declaraciones de voluntad anticipada: Análisis de la Ley 18.473. *Tribuna del Abogado*, 162, 10–13.
- Colegio de Escribanos del Paraguay. (2008). XIII Jornada Notarial Iberoamericana 26, 27 y 28 de junio. Asunción, Paraguay.
- Comunidad Autónoma de Cataluña. (2000, diciembre). Sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, Ley 21. España.
- Comunidad Autónoma de Galicia. (2001, mayo). Reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, Ley 3. España.
- Comunidad Autónoma de Navarra. (2002, mayo). Sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra, Ley 11. España.
- Consejo de Europa. (1999a). Recomendación N° R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados.
- Consejo de Europa. (1999b). Recomendación 1418 (1999) sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos incurables y de los moribundos.
- Convenio de la Haya sobre la Protección Internacional de los Adultos. (2000).

- Herrera, M. (2008). *La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapie en la protección internacional de la persona mayor de edad*. Presentado en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana, 26, 27 y 28 de junio. Tema II. Competencia notarial en asuntos no contenciosos. Asunción, Paraguay.
- Kant, M. (1973). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (4ª ed.). Madrid: Espasa Calpe.
- Lemon, A. (1993, 5 de noviembre). La más secreta intimidad. (El derecho constitucional en los umbrales de la muerte). *Diario La Ley*.
- Muñoz de Dios, L. (2009). ¿Hizo “testamento vital”? El Notario del S. XXI. *Colegio Notarial de Madrid*, 25, 26-31.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pico, G. (1942). *De hominis dignitate heptaplus de ente et uno*. Firenze: Vallecchi Editore.
- República Francesa. (2005, abril). Relativa al derecho de los enfermos y al fin de la vida, Ley 370. Francia.
- República Oriental del Uruguay. Código Civil.
- República Oriental del Uruguay. (1983). Documentos Extranjeros. Régimen para la legalización, Ley 15.441. Uruguay.
- República Oriental del Uruguay. (2004). Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823. Uruguay.
- República Oriental del Uruguay. (2008). Uniones Concubina-rias. Ley 18.246. Uruguay.
- República Oriental del Uruguay. (2009). Voluntad Anticipada. Se incorpora al ordenamiento jurídico y se establece su alcance, Ley 18.473. Uruguay.

Santos Belandro, R. (2007). Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital. Montevideo: Asociación de Ecribanos del Uruguay.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay (2004, octubre). Nuevo Reglamento Notarial, Acordada 7533. Uruguay. Recuperado de [http://www.cgn.gub.uy/innovaportal/v/282/7/innova.front/suprema\\_corte\\_de\\_justicia\\_-\\_acordada\\_nº\\_7533\\_-\\_nuevo\\_reglamento\\_notarial.html](http://www.cgn.gub.uy/innovaportal/v/282/7/innova.front/suprema_corte_de_justicia_-_acordada_nº_7533_-_nuevo_reglamento_notarial.html)

Tratados de Montevideo. (1889-1940). Tratado de Derecho Civil Internacional.