

Algunas reflexiones en torno a la Declaración de Voluntad Anticipada. Ley N° 18.473 del 17.03.2009*

Prof. Esc. Dora Bagdassarián

Profesora Titular de Técnica Notarial I y Clínica, Consultoría y Asesoramiento Notarial

1. Introducción

La elección del tema obedece, en primer lugar, a que se trata de una reciente incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico (no deja de ser novedoso para nosotros, aunque en muchas legislaciones del mundo, la regulación de esta figura o de otras similares, data de muchos años) y en segundo término, por su vinculación con una problemática de marcada actualidad, como lo es la "Ancianidad", en virtud de que la figura a examen es aplicable también a esta etapa de la vida. Y en la búsqueda de los institutos que hoy se encuentran regulados en los distintos ordenamientos jurídicos, y los que no están regulados y debieran estar, la Declaración anticipada de voluntad aparece como uno de los posibles, que amerita su análisis.

2. Ubicación del tema

Distintas denominaciones se han utilizado: testamento vital, documento de voluntad anticipada (DVA), testamento de vida, testamento viviente, etc.

El testamento vital refiere a la declaración de voluntad de una persona para decidir con antelación algunos aspectos para el final de la vida. No es más que la disposición expresada por una persona capaz, para ser aplicada al momento de su incapacidad, enfermedad o vejez, por ejemplo.

Esta figura jurídica, como es fácil apreciar, se vincula íntimamente con la del testamento para después de la muerte y el mandato post-mortem¹. Pero existen claras diferencias entre ellos. En el caso de estos dos últimos, refieren exclusivamente a disposiciones de voluntad para después de la muerte; en cambio el llamado "testamento vital", surtirá sus efectos para el final de la vida del

(*) El presente trabajo es una versión de la exposición realizada en las X Jornadas de Derecho Comparado del Mercosur, realizadas en la ciudad de Uruguayana (Brasil) los días 5 y 6 de noviembre de 2009.

(1) El mandato post mortem ha sido contemplado por los artículos 2096, 2097 y 2098 del Código Civil. Los dos primeros refieren al mandato post mortem de derecho sucesorio, que debe estar otorgado en testamento, mientras que el artículo 2098 reconoce la validez del mandato post mortem en la esfera contractual. Cfme. H. Gatti, *Albaceas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956, pág. 91 y sigs.; J. Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo I, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 53. E. Vaz Ferreira, *Tratado de las Sucesiones*, T. III, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 485 y sigs.

declarante —negocio inter vivos²—. A diferencia del contrato mandato, que se extingue en caso de incapacidad de cualquiera de las dos partes (artículo 2086 numeral 7º del Código Civil) aquí subsiste el negocio a pesar de la incapacidad superviniente del otorgante, pues media norma especial al respecto (artículo 1, inciso 3º de la Ley), contemplativa de la propia finalidad del negocio.

3. Contenido posible de acuerdo a la doctrina y a diversas legislaciones

De acuerdo a lo que surge de diversas legislaciones, se advierte que el contenido del mismo no sólo es posible en cuanto a los cuidados y tratamientos médicos, sino que además puede referirse a otros apoderamientos preventivos de autoprotección.

Retomando un trabajo que escribimos conjuntamente con María Inés Sapriza de Mercant y Andrea Telechea³, en el que citamos diversas legislaciones y Doctrina, podemos resumir y señalar algunos contenidos posibles, a vía de ejemplo:

1) La posibilidad que tiene una persona de señalar, con carácter anticipado y haciendo uso de su autonomía, qué medida y tratamiento terapéutico quiere que le sean administrados, o por el contrario, cuáles no desea que se le apliquen cuando ya no sea capaz de decidirlo por sí mismo.

2) La posibilidad de delegar en otra persona (delegado o sustituto) facultades para que ésta pueda actuar validamente en la decisión de los aspectos personales y patrimoniales, hasta que sea declarada incapaz y le sea nombrado un curador.

3) El nombramiento de su propio curador en previsión de una eventual incapacidad!

4) Ingreso o no del anciano a una institución geriátrica.

4. Contenido posible de acuerdo a la Ley uruguaya

El único contenido admitido por la Ley uruguaya N° 18.473 es el de señalar con carácter anticipado, y haciendo uso de su autonomía, su oposición a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida y alude que en el documento respectivo, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad.

No es posible, en consecuencia, aplicar ninguno de los otros contenidos, que de alguna forma aparecen en legislaciones extranjeras.

Además, cabe señalar que dentro del contenido admisible, se persigue que quien hoy se encuentra en uso de sus facultades mentales, para el caso de encontrarse en una condición irrecuperable no se le mantenga con vida por diversos medios, ni se le prolongue el proceso de la muerte.

También cabe recordar, que todo esto, es sin perjuicio de lo previsto en la Ley N° 17.668, de

(2) Según L. Carjota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, Edit. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 256, negocios inter vivos son aquellos que producen efectos independientemente del evento muerte.

(3) D. Bagdassarián- M. I. Sapriza- A. Telechea, "El Testamento Vital", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 17, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, págs. 119-128.

15 de julio de 2003, relativo a trasplantes de órganos y tejidos, donde se establece la forma y el procedimiento en torno a estos casos específicos. Y podríamos estar pensando también en la hipótesis que en la declaración de voluntad anticipada que estamos estudiando, la persona interesada podrá hacer constar la donación de sus órganos, siempre que se dé cumplimiento a la forma establecida por la ley de trasplantes de órganos. Podrán hacerse en un mismo documento, siempre que se haga por ejemplo ante Escribano Público por escritura pública o acta notarial, ya que dentro de la forma regulada para ambas modalidades, cabe esta posibilidad.

5. Análisis del contenido posible de acuerdo a la Ley

Según el Artículo 1º de la Ley "Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

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.

Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural.

No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo, con lo que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7 de la presente ley".

De la lectura de esta norma surge que:

1º) Se podrá oponer a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en detrimento de la calidad de la misma, en dos circunstancias: en todo momento que una persona lo quiera hacer previendo una situación futura o cuando se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible (el diagnóstico de estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, surge del artículo 5). En ambos casos tendrá plena eficacia aún cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural. Pero surge de la norma que la persona también, se podrá manifestar en contrario de lo anterior, es decir manifestar que no se opone a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma (inciso final del Art. 1º).

2º) No se entenderá que la manifestación de voluntad anticipada implique una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

Se entiende por cuidados paliativos: aquellos que pueden proporcionarle al paciente que está al final de su vida, y que pueden ser médicos o psicológicos o de otra índole.

6. Categorización de la declaración de voluntad anticipada

Estamos en presencia de un negocio jurídico, pues consiste en una manifestación de voluntad tendiente a obtener un fin práctico que es tutelado por el Ordenamiento⁴. Es negocio jurídico unilateral, porque procede o consta de la manifestación de voluntad de una sola parte, y en principio no recepticio, porque se forma en cuanto la manifestación de voluntad tiene lugar⁵, sin que deba llegar a conocimiento de la persona o personas a que está destinado. Es decir sólo hay una declaración de voluntad, puesto que es obra de una sola persona.

Debe ser personal porque solo puede ser llevado a cabo por el propio interesado mientras esté conciente, aunque en ciertas circunstancias se prevé la posibilidad de participación de familiares, cónyuge, o concubino.

Es negocio inter vivos, porque produce su efecto en vida del otorgante, solemne (formal) porque su validez se alcanzará cuando la declaración de voluntad se manifieste a través de las solemnidades que establece la ley, de Derecho personal o familiar⁶, porque no tiene contenido patrimonial, y esencialmente revocable por el propio otorgante.

El fundamento de este negocio se halla en la autonomía de la voluntad, que es un principio central del Derecho Privado⁷. Además el art. 7 de la Constitución de la República establece el Derecho de los habitantes de la República a ser protegidos en el goce de su vida; el artículo 44 que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes de la República y el artículo 10 que ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Similares conceptos recoge la Ley 17.668 de 15 de julio de 2003 relativa a Trasplantes de órganos y tejidos en cuanto establece la posibilidad de disponer de un cuerpo, a la vez que permite que otra persona sea quien decida en este caso en lugar del donante.

7. Capacidad del otorgante y nombramiento de una persona denominada representante

Respecto a la capacidad de obrar, podrán ser otorgantes los que tienen la capacidad general para otorgar cualquier tipo de negocio jurídico (Artículo 1280 y 280 CC), o sea, necesariamente mayores de 18 años de edad, y así lo establece el Art. 1º de la Ley, que establece que lo podrá otorgar "Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, conciente y libre...".

Se señala la diferencia con el testamento (negocio para después de la muerte), donde se admite el otorgamiento por menores de 12 o 14 años de edad (artículo 831 del Código Civil). En lo demás sigue los principios generales.

(4) Cfme. Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, pág. 58. N. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, Edit. Uteha, México, 1938, pág. 344.

(5) Cfme. Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, pág. 97.

(6) Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, pág. 149. E. Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 212.

(7) *El Negocio Jurídico*, en cuanto constituye uno de los medios para la autorregulación de los propios intereses, es el instrumento más calificado de la autonomía privada. Cfme. Cariota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, págs. 43-44.

En lo que tiene que ver con el nombramiento de "representante", establece el Artículo 6: "En el documento de expresión de voluntad anticipada a que se alude en el artículo 2º de la presente ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad, para el caso de que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo.

Dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por el representante que no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar.

No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular".

Quedan dudas respecto a la hipótesis en la cual se haga la declaración anticipada de voluntad, pero no se designe representante. ¿Es válido? La norma expresa "se deberá incluir siempre", no hay una solución de alternativa, por ej. nombramiento judicial. Por otra parte, ¿Qué sucede si el nombrado renuncia? Hay un vacío legal. O podrá entenderse, como lo hace Carozzi⁸, que es válido y que se deberá interpretar de esta forma, aplicando el Art.1300 del Código Civil, que establece el principio de conservación del negocio jurídico.

8. Forma, publicidad e intervención de la Comisión de Bioética

Conforme al Art. 2 de la Ley, se realizará por escrito, con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos.

También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial.

Según el Art. 4 no podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente.

Cualquiera de las formas en que consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.

Pero también es importante la publicidad que surge del Art. 8 de la Ley, para los casos en que se proceda a la suspensión de tratamiento. El médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución, cuando éstas existan, creadas en cumplimiento de la ley N° 18.335 de 15 de agosto de 2008, en la redacción dada por el artículo 339 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008, debiendo en ese caso resolver en un plazo de 18 horas de recibida esta comunicación. En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.

9. Revocación de la declaración de voluntad anticipada

Según el Art. 4 "La voluntad anticipada puede ser revocada de forma verbal o escrita, en

(8) Carozzi, Revista "Tribuna del Abogado" del Colegio de Abogados, Abril/mayo 2009.

cualquier momento por el titular. En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica".

Para la revocación, no se requiere la intervención de Escribano, y aún puede ser en forma verbal.

10. Hipótesis en que no existe voluntad anticipada

Conforme al Art. 8 en caso de que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible certificada de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 5° de la presente ley, no haya expresado su voluntad conforme el artículo 2° de la presente ley y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° de la presente ley.

En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión y para el caso de incapaces declarados, que oportunamente no hubieren designado representante conforme al artículo 1° "in fine", la deberá pronunciar su curador.

El inciso final expresa: "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 por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante".

11. Objeción del médico tratante

Surge esta posibilidad de lo previsto en el Artículo 9: "De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda".

Esta objeción trata de respetar convicciones personales, religiosas o morales del médico tratante.

12. Garantía del cumplimiento de la voluntad anticipada y programas educativos

El Art. 10 expresa: "Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud deberán:

a) Garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada del paciente expresada en el documento escrito que alude el artículo 2° de la presente ley, incorporándolo a su historia clínica.

b) Proveer programas educativos para su personal y usuarios, sobre los derechos del paciente que estipula la presente ley, debiendo el Ministerio de Salud Pública implementar una amplia difusión".

13. Reflexiones finales

El testamento vital supone una nueva actitud frente a la vida, una afirmación de la autonomía de la persona en sus últimos momentos, lo que conlleva, entre otros aspectos, a una aceptación más natural de la muerte.

Legislar sobre esta materia significa profundizar en la protección de las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, en un momento tan crucial como lo es el final de la vida humana.

Este tipo de regulación implica que estamos en presencia de un documento firmado por el paciente, en pleno uso de sus facultades mentales, ayudando así a que el individuo conserve su derecho para elegir y decidir sobre aspectos relacionados con su cuerpo, su vida y su salud.

Pero también advertimos algunas posibles limitantes. Una de ellas, saber si realmente el paciente ha comprendido toda la información al respecto (consentimiento informado). La otra aparece cuando, a causa de las condiciones del paciente, trastorno mental, etc., solamente se pueda obtener el consentimiento de los familiares, situación que es particularmente delicada en determinadas circunstancias con en el caso de ancianos, dado que la familia puede optar por tomar decisiones que se ajustan a sus intereses y no a los del propio paciente.

Apéndice

Texto de la Ley N° 18.473. Voluntad Anticipada.

Publicada D.O. 21 abr/009 - N° 27714

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, DECRETAN:

Artículo 1°.- Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

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.

Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural.

No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el in-

ciso segundo de este artículo, con lo que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7º de la presente ley.

Artículo 2º.- La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos.

También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial.

Cualquiera de las formas en que se consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.

Artículo 3º.- No podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente.

Artículo 4º.- La voluntad anticipada puede ser revocada de forma verbal o escrita, en cualquier momento por el titular. En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica.

Artículo 5º.- El diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente. Para el segundo profesional médico regirán las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3º de la presente ley.

Artículo 6º.- En el documento de expresión de voluntad anticipada a que se alude en el artículo 2º de la presente ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad, para el caso que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo. Dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar.

No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular.

Artículo 7º.- En caso que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible certificada de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 5º de la presente ley, no haya expresado su voluntad conforme al artículo 2º de la presente ley y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º de la presente ley.

En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión y para el caso de incapaces declarados, que oportunamente no hubieren designado representante conforme al artículo 1º "in fine", la deberá pronunciar su curador.

Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor. Si la tutela se hubiera discernido porque, a su vez, los padres son

menores de edad, el tutor deberá consultar a los padres que efectivamente conviven con el niño.

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 por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.

Artículo 8º.- En todos los casos de suspensión de tratamiento que trata esta ley, el médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución, cuando éstas existan, creadas en cumplimiento de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, en la redacción dada por el artículo 339 de la Ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, debiendo en ese caso resolver en un plazo de 48 horas de recibida esta comunicación. En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.

Asimismo, las instituciones de salud deberán comunicar todos los casos de suspensión de tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública, a los efectos que corresponda.

Artículo 9º.- De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda.

Artículo 10.- Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud deberán:

A) Garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada del paciente expresada en el documento escrito que alude el artículo 2º de la presente ley, incorporándolo a su historia clínica.

B) Proveer programas educativos para su personal y usuarios, sobre los derechos del paciente que estipula la presente ley, debiendo el Ministerio de Salud Pública implementar una amplia difusión.

Artículo 11.- Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada.

Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 17 de marzo de 2009.

