

4. *LIVING WILL* O TESTAMENTO DE VIDA Y LA TUTELA AUTODESIGNADA*

Moisés Rodríguez Santillán
Profesor-Investigador, UAA

 ara comentar un poco sobre el derecho y el proceso del final de la vida, me permití seleccionar como tema el *Living Will* o llamado “Testamento de Vida”, que se ha desarrollado en los Estados Unidos, pero que se relaciona con otras disposiciones de voluntad anticipadas, como pueden ser la autotutela o el poder otorgado por una persona capaz para cuando devenga incapaz, o la disposición para el tratamiento de una enfermedad terminal, o para la donación de órganos y tejidos. Me limitaré a la tutela autodesignada.

El Derecho, dentro de la Bioética, tiene por objeto al hombre; le concierne cuanto afecte a su vida y condición desde sus más íntimas y específicas funciones: reproducción artificial, madres de alquiler, manipulación de genes, embriones y fetos humanos, trasplante de órganos, entre otros. Le incumbe también la pertinencia de admitir normas que conculcan el derecho a la vida y producen la muerte, ya sea en su inicio con el tratamiento genético o con el aborto, pero también debe ocuparse de la calidad de vida del individuo y de las colectividades; establecer normas para la incapacidad de las personas

y para atender el final de su vida; el derecho a rechazar un tratamiento médico o admitir el derecho a la muerte, evitando ensañamientos terapéuticos. En una palabra, de cuantos fenómenos con trascendencia jurídica tienen que ver con la vida y con la calidad de vida en la salud del hombre, y en medio de todo esto, al Derecho, dentro de la Bioética, también le incumbe analizar el llamado Testamento de Vida, en relación con otras disposiciones para el supuesto en que sobrevenga la propia incapacidad.

De alguna manera el *Living Will* o Testamento de Vida es un antecedente para las disposiciones de voluntad anticipadas que ya se regulan en España, Alemania y en México se comenzaron a aprobar las primeras leyes de voluntades anticipadas, como en el Distrito Federal, actual Ciudad de México, que fue aprobada el 7 de enero de 2008.²⁴ En ese mismo año, julio de 2008, el estado de Coahuila aprobó su ley de voluntades anticipadas²⁵ y, a partir de esta fecha, comenzaron otras entidades federativas con sus respectivas legislaciones en esta materia.

El *Living Will* o Testamento Vital surgió con el derecho anglosajón de los Estados Unidos de América²⁶ como un instrumento de protección de médicos y hospitales para hacer frente a la gran cantidad de demandas promovidas en su contra por pacientes o familiares de éstos con motivo del empleo de tratamientos médicos o quirúrgicos que han generado trastornos físicos o la muerte del paciente. El *Living Will* es un instrumento jurídico que busca deslindar de responsabilidades al médico en el ejercicio de su profesión ante decisiones médicas que pueden dar motivo a una reclamación;

24 *Ley de voluntad anticipada del Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial* el 7 de enero de 2008.

25 *Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila*, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de julio de 2008.

26 *Patient Self-Determination Act* (Ley de Autodeterminación del Paciente). Esta ley la aprobó el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica en 1990 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1991.

esta figura ya es regulada en cuarenta y ocho estados de la Unión Americana. Traducido al español, *Living Will* significa “testamento entre vivos”, lo que conforme a nuestra cultura jurídica, que es la romano-germánica, resulta ser un contra-sentido, pues es de esencia del testamento que sus efectos se desplieguen a partir de la muerte del testador, en tanto se ha definido desde el antiguo derecho romano como “una disposición de los bienes para después de la muerte”,²⁷ lo que no sucede con el también llamado “Testamento Biológico” en donde sus efectos se producen antes del fallecimiento, cuando el otorgante deviene enfermo y en estado terminal. No obstante, este término de testamento de vida también se ha popularizado en algunos países de Europa y América. En esa razón, algunos autores han propuesto no emplear ese término, sino el de “disposiciones vitales”, aunque el mismo no es realmente el apropiado. Por ejemplo, el alemán Christian Hertel propuso el de Disposiciones y Estipulaciones para la propia Incapacidad²⁸ y la jurista mexicana Ingrid Brena Sesma sugirió el de Manifestaciones Anticipadas de Voluntad.²⁹

En el Estado de Oregon, fue votada y aprobada en noviembre de 1997 una ley con el nombre de *Ley de Muerte con Dignidad* la cual establece características para los testamentos de vida, ordenamiento que establece lo siguiente: “Un adulto capaz, residente en el Estado de Oregon, cuya enfermedad haya sido determinada terminal por su médico y un consultan-

27 Ulpiano definió el testamento como *la justa decisión de nuestra mente y realizada solemnemente para que produzca efecto después de nuestra muerte*. Tituli ex corpore Ulpiani 4 y su discípulo Modestino lo definió como *la justa expresión de nuestra voluntad, respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte*. *Digesto*, 28,1.1.

28 Hertel, Christian, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: Derecho alemán”. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-colegio-notarios/article/view/21573/19228>. Consultado 4/enero/2007.

29 Brena Sesma, Ingrid, *Revista Eutanasia hacia una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, julio, 2008, p. 83.

te y exprese voluntariamente su deseo de morir, puede hacer un escrito requiriendo medicación para el propósito de poner fin a su vida conforme a lo que establece la ley”. Washington, en 2008, fue el segundo estado de la Unión Americana que legisló la ley de muerte asistida muy similar a la de Oregon.

La legislación es explícita y minuciosa respecto al procedimiento a seguir en la legalidad del *living will*; los presuntos ejecutores de la muerte del paciente deben llenar importantes requisitos como lo son la comprobación del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad terminal, consultando con todo aquel que pueda dar una opinión responsable; la capacidad del enfermo que hace la solicitud y comprobación de que es hecha por su libre voluntad; la obligación de informar al paciente en forma amplia y completa el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad y las consecuencias previsibles ante la ausencia de medicación, así como la alternativa de recibir cuidados apropiados y el control del dolor, etcétera; de tal manera que si lo desea, el requirente considere su petición o la retire.

Respecto a la forma, no hay solemnidad, basta la presencia de dos testigos. En el mismo *Living Will* pueden designarse personas que actuarán como apoderados del paciente autorizados para tomar decisiones por él en caso de devenir en incapacitado.

En México no existe la figura jurídica del “Testamento de Vida”. Si éstos se llegaren a realizar no tendrían ninguna validez legal. Pero tampoco existe ninguna figura jurídica para que, como en el *Living Will*, puedan designarse personas que actúen como apoderados del paciente para tomar decisiones por el paciente, no digamos en una enfermedad incurable y en estado terminal, ni siquiera para los casos de incapacidad mental, para que alguien de su confianza y a nombre de él se haga cargo de manejar patrimonio moral ni material. Al contrario, las leyes establecen como delito de homicidio doloso, con pena atenuada la causación de “la muerte por móviles de

piedad, mediante súplicas notorias y reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo arreglo para salvar su vida”.

Lo que podemos rescatar del *Living Will* es esa idea de hacer constar en un documento, cuando la persona está en plenitud de su capacidad mental, las órdenes que deben ser ejecutadas en vida de la persona, siempre que devenga incapaz.

Existe un proyecto de Ley de Suspensión de Tratamientos Curativos en el Senado de la República³⁰ y otras iniciativas para reformar la Ley General de Salud en cuanto hace a los cuidados paliativos del enfermo terminal³¹ y otras modificaciones que en la Asamblea Legislativa se están proponiendo para modificar las leyes del Distrito Federal, incluyendo al mismo Código, para suprimir el llamado “homicidio por móviles de piedad”. Desde luego esas leyes están proponiendo las disposiciones de voluntad anticipadas. Esas iniciativas también proponen que, para mayor seguridad jurídica, deben ser otorgadas ante un notario público, por estar dotado de fe pública y no sólo ante el médico con la presencia de dos testigos como en el derecho anglosajón.

Ninguna iniciativa ha sido aprobada y desde mi perspectiva estoy convencido de que no se aprobará la eutanasia, como algunos suponen. Seguramente se regularán los derechos del paciente para tratamientos curativos y paliativos en caso de una enfermedad terminal, y evitar acortarle la vida, pero también evitar prolongarla con medidas extraordinarias. Mientras no sea resuelto ningún nuevo ordenamiento, el *Living Will* o testamento de vida, no tiene carta de naturalización en México, porque de alguna manera se admite la eutanasia, pero si, como ya lo dije, lo que puede rescatarse son

30 *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 312 del Código Penal Federal y se crea la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo*. Esta iniciativa la presentó el Partido de la Revolución Democrática (PRD) el jueves 12 de abril de 2007.

31 *Proyecto de Decreto que reforma y adiciona la Ley General de Salud, en materia de Cuidados Paliativos*, 25 de noviembre de 2008.

las órdenes que una persona capaz puede dar a otra para que las ejecute cuando devenga incapaz. Éstas son las bases del derecho romano germánico y se asemejan más a la tutela voluntaria o autotutela y en algo a un mandato o apoderamiento para la propia incapacidad y a las disposiciones para la donación de órganos y tejidos. Nos limitaremos, por ahora, como ya dije, a hablar de la tutela designada.

Para hablar de la tutela autodesignada, primero debemos hacer referencia a los derechos de la personalidad, a esa parte del patrimonio de la persona física que no es susceptible de apreciación pecuniaria que se llama: patrimonio moral o no patrimonial.

Los Derechos de la Personalidad son inherentes a todo ser humano. El derecho a la vida, la libertad, la seguridad de su persona, el reconocimiento de su personalidad jurídica, el trato digno, la protección de la ley bajo el principio de igualdad y sin distinción alguna, el derecho a la nacionalidad y a la convivencia, a la propiedad, a la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión y asociación, entre otros.

El derecho más importante de todos los que constituyen la personalidad del ser humano lo es el de la vida. Los Derechos de la Personalidad son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables y pueden oponerse a toda persona,0 sea autoridad o particular.

Volviendo a la tutela autodesignada o autotutela, podemos decir que éste es un Derecho de la Personalidad. Es el derecho que debe gozar toda persona física capaz para designar a su propio tutor para la eventualidad de que devenga incapaz, en aras de su propia protección jurídica. Esta figura se sustenta en el máximo respeto a la autonomía de la voluntad.

La autorregulación respecto de situaciones de pérdida de capacidad, en nuestros días es un tema de gran trascendencia práctica. Los avances científicos, médicos y sociales han permitido un incremento de vida de la población, pues

según la más reciente información proporcionada por el INEGI, la esperanza de vida de los mexicanos se ha incrementado, en las mujeres hasta 80 años y en los hombres a 75, cuando en la década de 1940 la esperanza de vida promedio de los mexicanos era de 41 años. Esto ha motivado que se presenten situaciones jurídicas especiales motivadas por enfermedades o acontecimientos que en el pasado eran poco frecuentes o desconocidos, de ahí que nuestros antepasados no hayan regulado figuras jurídicas que dieran solución a la problemática que nos ofrecen los tiempos que vivimos.

A medida que el hombre avanza en su edad y ésta se prolonga por muchos años, se presentan determinadas enfermedades que lastiman de manera gradual sus capacidades físicas e intelectuales, que hacen ver disminuida su capacidad natural; dados los avances tecnológicos de nuestra era se expone a accidentes que motivan la pérdida repentina de su capacidad.

Las demencias seniles, el alzheimer, las enfermedades motivadas por la ingestión de drogas, alcohol, anfetaminas, barbitúricos, alucinógenos, entre otras o el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) que en un estado avanzado priva parcial o totalmente de la razón a quienes lo padecen, son enfermedades de nuestros tiempos que disminuyen o hacen perder la capacidad racional de la persona.

El envejecimiento de la sociedad, la disminución de los índices de natalidad, la proliferación de las uniones *de hecho* en sus diferentes estilos, y la transformación de la estructura de la institución jurídica de la familia, nos obligan a reflexionar sobre una nueva legislación que conceda el derecho a toda persona capaz de prever y regular su futuro en la eventualidad de resultar incapaz, mucho más allá del *Living Will* o Testamento de Vida, nombrando previamente a su propio tutor, para la guarda y cuidado de su persona, sus tratamientos curativos y, ¿por qué no?, para administrar sus bienes materiales, todo ello con respeto de la autonomía de la voluntad para no quedar

sujeto, contra su voluntad, a un sistema tutelar impuesto por la ley (tutela legítima) que hoy presenta ciertos inconvenientes.

Entonces, las disposiciones de la autotutela deben comprender tanto el patrimonio económico como moral de la persona física: El primero está integrado por los derechos de crédito o personales y por los derechos reales que son susceptibles de apreciación pecuniaria; el segundo está integrado por los derechos subjetivos que no son valorables en dinero, los cuales se conocen con el nombre de Derechos de la Personalidad. Las dos esferas gozan del reconocimiento del orden jurídico.

Referencias bibliográficas

- Brena Sesma, Ingrid, *Revista Eutanasia hacia una muerte digna*, México, Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico, julio, 2008.
- Hertel, Christian, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: Derecho alemán”. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-colegio-notarios/article/view/21573/19228>. Consultado 4/enero/2007.
- Ley de voluntad anticipada del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial el 7 de enero de 2008.
- Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2008.
- Patient Self-Determination Act (Ley de Autodeterminación del Paciente). Esta ley la aprobó el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica en 1990 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1991.