

EL LLAMADO TESTAMENTO BIOLÓGICO (*Living Will*)

Alberto Pacheco Escobedo

Ha comenzado a usarse en los Estados Unidos y son cada vez más numerosos los casos que van llegando a los tribunales. Cuarenta y cuatro Estados de la Unión Americana han legislado ya sobre esta materia y la opinión pública no se ha opuesto en forma directa a la expedición de esas leyes, pues se han presentado como el cumplimiento de una legítima disposición por quien puede hacerlo. Los medios de formación e información de la opinión pública han debatido ampliamente varios de estos casos, pretendiendo que se dé cumplimiento a un *Living will* o lamentando su carencia en otros casos para salir de una situación que parece o se presenta como una clara violación de los derechos humanos. Para tratar de solucionar estos casos, el Estado de Nueva York, por ejemplo, ha adicionado, con fecha 18 de enero de 1991, el artículo 29-C de su Ley de Salud Pública, y en esa disposición se autoriza a otorgar poderes a personas de confianza para el caso de que el poderdante no pueda tomar decisiones sobre su salud, ya sea por enfermedad o accidente, otorgándole facultades que tienden a evitar un ensañamiento terapéutico, pero que, en otros casos, pueden ser disposiciones ilegítimas de la propia vida.

El *Living will* no es una institución legislada ni estudiada dentro de nuestro derecho y aun su traducción al castellano resulta difícil, pues un *testamento de vivos* es un contrasentido, ya que todos lo son; *testamento sobre mi vida* tampoco es correcto, pues el testamento es la disposición de bienes y derechos y la declaración o cumplimiento de deberes que hace una persona viva y en pleno goce de sus facultades para ser ejecutadas después de su muerte (artículo 295 del C.C.) y en el *Living will* se están ordenando o solicitando acciones que deben realizarse durante la vida del sujeto; *testamento biológico* es

una expresión ambigua y equívoca que tampoco debe prevalecer. El *Living will*, no pasa de ser una serie de disposiciones sobre mi vida para el caso de que yo no pueda darlas y por esto quizá el término más apropiado para designarlo sea el de *Disposiciones Vitales*, pues pueden tomar la forma de un mandato, con la dificultad, en este caso, de que será un encargo que deberá cumplirse cuando el mandante no esté física o psíquicamente en posibilidad de hacerlo, y por tanto, lindando con una situación de incapacidad del mandante, si es que ya no se incurrió en ella. Utilizaremos por tanto la expresión *Disposiciones Vitales*, reconociendo de antemano la exagerada amplitud que se contiene en esa expresión.

Por tanto, no estamos en presencia de un testamento ni se ve la necesidad de ampliar el concepto tradicional de testamento para llamar así el instrumento en que se hacen constar unas órdenes que deben ser ejecutadas en vida del sujeto, y siempre que él no pueda darlas. Esto más bien se asemeja en algo a un Mandato y participa del género de las Autorizaciones, las cuales, como es sabido, no tienen por qué referirse sólo a relaciones patrimoniales, sino que se aplican a todos los campos del derecho y legitiman situaciones que en otra forma serían contrarias a la ley o a la justicia. Las relaciones jurídicas familiares conocen muchos casos de autorizaciones no patrimoniales y, por ejemplo, una autorización dada por los padres que ejercen la patria potestad para que su hijo menor viaje al extranjero en compañía de otra persona, es lo que separa un acto legítimo de un acto delictivo que podría configurar un Secuestro o Robo del Infante. No debe por tanto considerarse como un mandato, pues debe ejecutarse cuando el mandante se ha vuelto incapaz, sino que es una autorización dada por un sujeto para actuar sobre su persona que será válida y legítima si el acto a realizar lo es.

Desde el punto de vista de la forma, ninguna exige la ley, pues ésta no contempla nada parecido a las *Disposiciones Vitales*. La prudencia normal, y más tratándose de materia de tanta gravedad, hará que consten en forma fehaciente; por tanto, constará por escrito con la firma autógrafa del interesado y al menos dos testigos. Cuando las

disposiciones no vayan contra la moral o las buenas costumbres, podrán constar en escritura pública (Cfr. artículo 35 frac. V de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). Sería recomendable que siempre se hiciera en escritura pública, dada la importancia y trascendencia de este tipo de Disposiciones Vitales, tanto para el sujeto, como para los médicos y para aquellas personas que deben ejecutar el encargo.

El problema jurídico de fondo de las *Disposiciones Vitales* se refiere a su contenido. Mediante estas disposiciones el sujeto autoriza a los médicos o a los parientes cercanos para actuar en una determinada forma, en el supuesto de que el propio sujeto no pueda tomar resoluciones al respecto o dar instrucciones sobre su salud y su vida. Con esto queda evidente que las *Disposiciones Vitales* son siempre revocables ya que el propio sujeto puede contradecirlas o anularlas en cualquier momento. Sería absurdo interpretarlas como declaraciones unilaterales de voluntad que vinculan a quien las hizo y otorgan derechos a terceros para actuar conforme a ellas contra la voluntad del sujeto. Pero ¿obligan al médico y a los parientes a actuar conforme a ellas? ¿Autorizan al menos a los médicos o parientes para actuar conforme a lo indicado? ¿Los médicos o parientes que han actuado conforme a la autorización salvan con eso su responsabilidad jurídica, ya sea ésta civil o penal? En otras palabras, ¿las *Disposiciones Vitales* legitiman cualquier acción de médicos o parientes con la sola condición de que se actúe dentro de lo autorizado por esas disposiciones?

Estas interrogantes nos llevan necesariamente al fondo de nuestro estudio, pues para saber si una autorización legitima una acción, es necesario saber dos cosas: 1. Si el autorizante está a su vez legitimado para realizar la acción. 2. Si esa acción no debe ser realizada necesariamente por él, sino que pueda encargarla a otro.

De todos es sabido que hay actos que no pueden delegarse o encargarse a otro y que son los derivados de derechos personalísimos, como son muchos de los derechos políticos, casi todos los familiares y sólo algunos de los patrimoniales.

Parece lógico considerar las cuestiones en el orden propuesto, ya que, además, sólo podrá delegarse o encargarse a otro un acto, cuando el sujeto pueda realizarlo por sí mismo legítimamente y no se trate de un acto personalísimo. Ésta es una diferencia sustancial entre los actos de un incapaz y los de un sujeto falto de legitimación. La incapacidad se suple con un representante; la falta de legitimación no se suple con encargar a otro que realice el acto.

Debemos plantearnos por tanto si el sujeto que pretenda otorgar un *Living will* puede dar indicaciones con objeto de que se le den o dejen de dar tratamientos médicos.

Como estas disposiciones serán con frecuencia disposiciones sobre su propia vida, el problema se traslada a investigar si el sujeto puede disponer o no de su propia vida, ya sea a través de la suspensión de ciertos tratamientos médicos o por medio de acciones tendientes a suprimirla.

Para contestar las interrogantes planteadas hasta ahora se debe comenzar por clarificar el derecho que el hombre tiene sobre sí mismo. El asunto no es nuevo en las ciencias jurídicas. Ya en el siglo XVI se discutía ampliamente sobre el *ius in se ipsum* (el derecho sobre sí mismo), y muchos siglos antes, un famoso texto de Ulpiano recogido en el **Digesto** afirma con claridad que «nadie parece ser dueño de sus propios miembros» (L. 13, D. 9, 2). Desde luego que no escapaba a la percepción de estos juristas el hecho de que no puede el hombre establecer relaciones jurídicas consigo mismo y así, en términos generales, no es materia de la ciencia del Derecho el que un sujeto disponga o no de su propia vida, mientras no perjudique a terceros mediante esa disposición o haga intervenir a otros para ejecutar acciones sobre su propia vida o su cuerpo. El que no sea materia jurídica, no lleva sin embargo a la conclusión de que el sujeto pueda disponer de su vida, como quiera, por no ser un acto antijurídico. No va contra el Derecho, porque no hay alteridad, pero eso no significa que sea legítimo.

En este campo, moral y derecho se tocan estrechamente. No es antijurídico disponer de la propia vida, pero sí es inmoral, pues la vida no es un valor inmanente, ni el hombre se la dio a sí mismo. La finalidad de la vida no es vivirla, sino que, por el contrario, se vive para algo y ese algo no son solamente los fines o metas que el propio ser viviente se propone. El hombre, precisamente por ser racional es persona, y por ser persona tiene fines trascendentes. Esos fines trascendentes que sólo se alcanzan a través de la vida, son los que hacen en cierta forma ajena al propio sujeto su propia vida; se vive para alcanzarlos, no solamente para vivir.

El sujeto, por tanto por razones metajurídicas, que el Derecho no puede ignorar, no puede disponer de su vida como de un bien propio sobre el que tuviera un dominio absoluto y esto se demuestra cuando se considera que el suicidio no es un problema jurídico, pero sí lo es la ayuda al suicida, la complicidad con el que se privó de la vida, pues entonces ya existe una relación de justicia (dar a cada cual lo suyo) y el ayudante del suicida comete un acto injusto, y por tanto antijurídico, cuando no respeta en el suicida lo suyo, como es su derecho a vivir.

Podría pensarse que ese Derecho a Vivir no debe ejercitarse contra la voluntad del sujeto, el cual por tanto puede renunciar a él y legitimar mediante su consentimiento o su solicitud, la ayuda que otro le preste a su suicidio. Pensar así es trasplantar a los Derechos Humanos, categorías y características de derechos derivados y subordinados. Concretamente, sería pensar que los Derechos Humanos son Derechos Subjetivos. Fueron los autores de la Ilustración los primeros que pretendieron considerar a los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos, pero que vieron de inmediato el peligro de introducir ese concepto en este campo, y así, casi siempre que se hablaba de los Derechos del Hombre, innatos y naturales, que todos tienen, se veían obligaciones a añadir de inmediato que era inalienables; pues nadie puede vender su libertad, su honor o su vida.

Pero los Derechos Humanos –y el Derecho a la Vida es el primero y fundamental de ellos, pues sin él los demás no existen–, no son derechos subjetivos en el sentido que normalmente se da a esa expresión. Eso fue obra del extremo individualismo de filosofías ya superadas.

Los Derechos Humanos los tiene todo hombre por el sólo hecho de serlo y no es necesario que nadie se los otorgue. Por tanto los tendrá mientras sea hombre y no dependen de su voluntad, pues tampoco depende de su voluntad, el ser ni la manera de ser. El hombre los tiene aunque no quiera; así todo hombre tiene derecho a su honor y fama, y aunque sea un depravado y vicioso, sigue teniendo derecho a que se le trate con dignidad y aunque él lo autorice, comete un acto injusto quien lo difama o deshonra.

Con estas ideas, podemos ya dar un paso adelante en nuestra investigación de la legitimidad del *Living will*: mediante éste, decíamos, el sujeto dispone que si se encuentra en determinadas circunstancias, en que él no pueda decidir, autoriza u ordena a médicos y familiares para que se proceda en determinada forma; normalmente se trata de enfermedades graves, dolorosas, en las que se puede esperar un largo proceso antes de la muerte por la naturaleza de la enfermedad misma o porque las técnicas actuales de la ciencia médica, puedan mantener en vida a esa persona en estado de inconciencia durante mucho tiempo. Las instrucciones son normalmente una orden o petición de que llegado el caso, se proceda a suprimir la vida del sujeto evitando así mayores sufrimientos o prolongar innecesariamente una baja calidad de vida.

Como se ve, son muchos los supuestos que hemos incluido en el párrafo anterior y es necesario ordenarlos y distinguirlos, pues reciben distinta valoración jurídica varios de ellos.

1º Partiendo de la base de que el sujeto no puede disponer de su propia vida según la regla moral, tampoco puede autorizar a que otro lo haga según el derecho, pues sería siempre un acto injusto, pues lo que no puede realizar el propio sujeto sin incurrir en falta, tampoco puede autorizar a otro para que

lo haga. Todo hombre tiene *derecho a vivir*, pero también tiene *obligación de vivir*, mientras su vida no llegue a su fin natural. La dificultad de determinar cuándo es el fin natural de la vida, no puede llevarnos a pensar que el sujeto queda legitimado para señalarlo a su arbitrio: será la propia naturaleza, a través de los síntomas que presente el enfermo o moribundo, la que señalará ese término.

2° La regla subsiste aunque se trate de enfermos graves o terminales, pues el derecho a la vida no tiene que ver con edad ni con salud, con dolor o gozo.

3° Sin embargo no podemos considerar que la obligación de vivir sea absoluta pues la vida misma necesariamente se acaba. Todos estamos condenados a morir, como ya decía Carnelutti: el juez que firma una sentencia de muerte no condena a muerte, sólo fija la fecha.

El sujeto tiene la obligación de poner los medios para recuperar la salud pues otra cosa sería atentar contra su vida misma. Pero esa obligación es relativa y deben tenerse en cuenta las circunstancias en las que el sujeto se encuentra. Sin descender a una casuística que no aclararía nada, suele decirse que hay obligación de conservar la salud (y por tanto hay obligación del médico de seguir poniendo los medios para ello) cuando se utilizan medios *ordinarios y proporcionados*.

No es lo mismo ordinarios que proporcionados. Los primeros son los que la práctica médica considera como seguros porque han sido suficientemente experimentados; los segundos hacen relación al resultado que se espera obtener.

Unos medios extraordinarios pueden volverse ordinarios cuando la práctica médica o el avance de los conocimientos de la medicina hacen subir los índices de éxitos a unos porcentajes aceptables. También pueden volverse ordinarios unos medios que antes no lo eran por ejemplo, cuando los servicios de salud están al alcance de esa persona concreta y en cambio pueden seguir siendo extraordinarios por razón de distancia, de imposibilidad física de acudir, o motivos semejantes determinados medios que para otras personas que no se encuentran en esas circunstancias, son ordinarios.

Son proporcionados, decíamos, cuando el resultado que se espera obtener guarda al menos una cierta relación de proporcionalidad con las dificultades, molestias y aun costos a los que deba someterse el enfermo.

Cuando los medios son extraordinarios y desproporcionados, no hay obligación de aplicarlos y, por tanto, si el *Living will* ordena hacerlo, no deben tenerse en cuenta esas indicaciones; cuando no obstante se realizan, estamos en presencia de un ensañamiento terapéutico que también viola los derechos del paciente, el cual así como tiene derecho a vivir, también tiene derecho a morir, cuando la vida naturalmente termina.

Podemos concretar un poco más en relación con situaciones que pueden ser materia de *Disposiciones Vitales*, como son las indicaciones que autorizan a suspender el tratamiento médico o a suprimir la vida mediante una acción positiva cuando se prevea una enfermedad larga o dolorosa. En estos casos es necesario distinguir con la mayor claridad posible si el sujeto está disponiendo de su vida o si está ejerciendo su derecho a morir con dignidad.

Según lo dicho anteriormente, la decisión debe tener como base la posibilidad real de vivir que tenga el sujeto, o sea la irreversibilidad de su situación y la gravedad de los trastornos sufridos, no su deseo de no sufrir, pues ésta no es razón válida para acortar la vida. Los muchos o pocos sufrimientos no son nunca razón válida para el suicidio o el homicidio y por tanto unas *Disposiciones Vitales* que autoricen o soliciten una determinada acción que pueda suprimir la vida con la sola comprobación de unos malestares extraordinarios, serán necesariamente ilícitas, pues el sujeto estaría disponiendo de su propia vida, a lo cual no tiene derecho según lo visto anteriormente. En estos casos, la ciencia médica debe tratar de disminuir lo más posible los dolores o malestares, pero no suprimir la vida. En cambio, serían correctas y puede pensarse que aun serían obligatorias para los familiares y médicos que atendieran el caso, unas *Disposiciones Vitales* que trataran de evitar el ensañamiento terapéutico y éste se produciría

si el sujeto, sin las ayudas extraordinarias que se le estén suministrando, presentara ya los síntomas de muerte.

Correctamente se enfocan algunos de estos casos en el *Living will* que acostumbra usarse en el Estado de Nueva York ajustado a su legislación de enero de 1991, cuando establece que: «En cualquier momento que surja una situación en la que no exista una razonable posibilidad de mi recuperación por extrema incapacidad física o mental, quiero que me permitan morir y no me mantengan vivo por medio de resucitación eléctrica o mecánica del corazón cuando haya parado; por medio de respiración artificial mecánica, por medio de alimentación por tubo nasogástrico, medicamentos, “medidas heroicas” o por algún otro medio mediante el cual el peso del tratamiento será mayor que el probable resultado benéfico. En la misma situación descrita, también instruyo que se me administren las medicinas necesarias para aliviar el sufrimiento, aun cuando esto acorte o ponga fin a lo que queda de mi vida».

La Ley General de Salud en su artículo 317, establece siete requisitos para poder certificar la pérdida de la vida, y aun añade un octavo indeterminado al señalar que también serán necesarios «los demás que establezca el reglamento correspondiente» y la certificación de la muerte para el caso de transplantes de órganos, exige aun otros requisitos que señala el artículo 318 de la misma Ley. Para el caso que nos ocupa, esas disposiciones pueden ser orientadoras, aunque no se aplican estrictamente al supuesto que estudiamos, pues el autor de las *Disposiciones Vitales* está señalando acciones que deben realizarse mientras esté vivo, no cuando haya muerto. El apoyo que podemos encontrar en los artículos citados es para evitar el ensañamiento terapéutico, pues si el paciente no presenta todavía los síntomas de muerte, pero sí la mayoría de ellos, por la sola asistencia extraordinaria que se le está prestando, estaremos en presencia de una acción ilícita, y para suspenderla no es necesario que existan indicaciones previas del paciente ni de sus familiares: el médico puede suspender esa ayuda, pues ya está en presencia de un cadáver el cual no presenta aún los siete síntomas de la muerte por los que se permite llegar a ella, pero

naturalmente lo haría si no se lo estorbaran. En estos casos sí podemos hablar de un *Derecho a Morir* que hay que respetar.

Para tomar una decisión como la que se esboza en el párrafo anterior, un dato necesario parece ser la irreversibilidad de la situación, ya que si existe alguna posibilidad de salir con vida de la situación actual, hay que hacer lo posible por lograrla. Sin embargo, esa posibilidad no debe ser teórica, sino concreta, práctica y posible. Es decir, no se trata de saber si en situaciones similares ha habido casos de reversibilidad y sobrevivida, sino de juzgar, con toda la prudencia que los casos ameritan, si en una situación concreta, con los medios de que se dispone en el lugar o en un lugar accesible a ese paciente concreto, puede pensarse que puede haber solución. Pero aquí debe entrar en consideración la proporcionalidad de los medios usados, o sea los resultados que se esperan obtener con los medios puestos en juego, pues no hay por qué empeñarse en una sobrevivida degradada o simplemente vegetativa. En estos casos, es lícito suspender las ayudas médicas, pero no realizar una acción positiva que suprima la vida, la cual, si realmente se había llegado al límite de la misma, se extinguirá naturalmente en plazos relativamente cortos. Durante esos plazos hay que evitar sufrimientos al enfermo, pero no matarlo.

Una muestra de que se ha rebasado el límite legal y moral y que se ha caído en el ensañamiento terapéutico es la diversa actitud del equipo médico que atiende al paciente. Cuando ya no se busca curar sino investigar, se ha rebasado el límite. Podrían pensarse que unas *Disposiciones Vitales* que autoricen la investigación médica sobre el sujeto harían lícita ésta. No parece ser correcta esa postura, pues tratándose de enfermos terminales, como serían el caso de la aplicación de las *Disposiciones Vitales*, no se cumplirían con varias de las disposiciones que al respecto señala, con acierto a nuestro entender, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, el cual en su artículo 13 dice que: «En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer el criterio de respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar». Ya hemos

mencionado que también hay un *Derecho a Morir* cuando la vida naturalmente se termina y no habría ninguna búsqueda de bienestar del sujeto cuando ya no puede esperarse un resultado que le beneficie. No podemos tampoco admitir que las *Disposiciones Vitales* serían equivalentes al «consentimiento informado» que requiere el Reglamento citado para las investigaciones «con riesgo mayor que el mínimo», pues fue prestado antes de que el riesgo se presentara.

Queda, por tanto, asentado que nadie puede disponer de la vida de otro, cualquiera que sea la situación de éste. Tampoco el propio sujeto puede disponer de su propia vida, ni autorizar a otro para que lo haga, pues éste estaría cometiendo un acto injusto que debe ser castigado por las leyes, pues no estaría dando lo suyo al enfermo, suprimiendo lo más suyo que todos tenemos como es nuestra propia vida.

Por tanto, las *Disposiciones Vitales*, ya sean hechas en forma de testamento o de autorización o mandato, no son de aceptarse en nuestro derecho y nunca pueden contener disposiciones legalmente vinculantes, ni a los familiares ni a los médicos, pues si están tratando de evitar un ensañamiento terapéutico, es el equipo médico, con los asesoramientos que juzgue oportunos en cada caso, el que debe decidir sobre la suspensión o no de los tratamientos y si llega a la conclusión de que la situación es irreversible y los posibles resultados desproporcionados, debe suspender la ayuda extraordinaria que se está dando. Si por el contrario, las *Disposiciones Vitales* pretenden autorizar una acción positiva de supresión de la vida del sujeto, cuando éste tiene aún posibilidades de vida, esas *Disposiciones* no legitiman la acción de los médicos o familiares, pues estaríamos en presencia de una verdadera Eutanasia que no por aplicarse a enfermos agónicos o terminales, deja de ser homicida.

En el caso de *Disposiciones Vitales* sólo se está en presencia de obligaciones morales, que en algún caso concreto pueden servir de orientación a médicos o familiares, pero no en presencia de

obligaciones jurídicas. Si el equipo médico actúa conforme a las normas morales, no puede ser culpado jurídicamente aun cuando haya violado las *Disposiciones Vitales*, ni éstas pueden legalizar una situación de inmoralidad, que en el supuesto además sería antijurídica, como el caso de una acción homicida de eutanasia, pues el sujeto no puede disponer legítimamente de su propia vida.