

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES DEL PLENAMENTE CAPAZ PARA REGIR EN CASO DE LA PROPIA Y EVENTUAL INCAPACIDAD

MARTÍN PECOY TAQUE

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. EMPLAZAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA. II. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD, CONCEPTO. III. LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS PREVISIONES ASUMIDAS POR LA PERSONA CAPAZ PARA TENER VIGENCIA EN CASO DE UNA EVENTUAL INCAPACIDAD. IV. EL "LIVING WILL" ANGLOSAJÓN (O TESTAMENTO BIOLÓGICO - VITAL-). V. EL INSTITUTO EN DERECHO COMPARADO. VI. INSTITUTOS DEL DERECHO CIVIL APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE NUESTRA PROBLEMÁTICA. VII. CUESTIONES PRELIMINARES: VIII. DISTINCIÓN DE LA EUTANASIA. IX. PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD Y CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL ACTO POR TERCEROS. X. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO URUGUAYO (FORMA Y REGISTRACIÓN). XI. CONCLUSIONES. XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. EMPLAZAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

Trataremos en este trabajo una cuestión que entendemos de mucha actualidad y que merece de nuestra parte un estudio profundo.

Por supuesto que este estudio no pretende agotar la materia, por el contrario intenta motivar la previsión legal del instituto, así como incentivar el estudio de las problemáticas que de él se derivan.

En el ámbito del Derecho comparado se estudian en la actualidad, algunas figuras jurídicas a través de las cuales se pretende lograr una solución a problemas derivados del estado de incapacidad en que las personas físicas pueden caer durante su vida. Así, estudiaré en el presente trabajo las figuras que denominamos bajo el nombre de "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad".

Se trata de disposiciones unilaterales que un sujeto en pleno uso de su facultades hace en estado de lucidez, con el objetivo de disponer de su persona, de sus bienes y su administración, por si en algún momento deviene incapaz. Todo ello implica designación de tutores, herederos, administrador de bienes y mandatario para realizar su última voluntad.

El tema que analizamos, halla su fundamento jurídico en el principio de autonomía de la voluntad, y se advierte en un análisis "prima facie", que el instituto entraña una serie de consecuencias jurídicas de relevancia, a saber: de la noche a la mañana pueden ser interrumpidos ciertos acuerdos y pactos jurídicos asumidos por la persona, sus obligaciones, derechos y sus bienes quedarían "congelados", "suspendidos" en el tiempo y se quitarían del comercio de los hombres.

Para comprender la real dimensión del asunto, conviene considerar los excesivos y probablemente inútiles costos que exigirá la atención médica de quien, padeciendo una afección patológica incurable o enfermedad terminal, verá prolongada artificialmente su vida y afectado su patrimonio por una causa funesta: el mantenimiento de su existencia por los médicos a un paciente que clínicamente no tiene posibilidades -piénsese, a vía de ejemplo, en una embolia cerebral- y que el mantenimiento de la vida vegetal de esa persona será costosa, larga y dolorosa para sus familiares y allegados.

Asimismo, podría ocurrir que el sujeto hubiera dispuesto de sus órganos vitales en beneficio de terceros, lo cual no puede cumplir como consecuencia de su estado mental.

A ello puede adosarse las exigencias de un mundo economizado, un planeta mercantilista, consumista, informatizado, medicalizado, en el cual la persona importa en cuanto a su productividad. En este mundo, la

incapacidad conspira contra la naturaleza personal, y la muerte, la vejez y enfermedad constituyen disminuciones de la muy pretendida omnipotencia del hombre. Esta visión, aunque negativa del mundo tecnologizado, reviste una lectura positiva que se encuentra radicada en las nuevas necesidades económicas, humanas y familiares que observa la persona, y que a la vez generan nuevas situaciones de riesgo, que nosotros como juristas estamos llamados a regular adecuadamente.

Los avances sanitarios y el progreso médico es otro aspecto a considerar, y que no es para nada bizantino, puesto que desde el siglo XIX hasta el presente se han logrado avances en la medicina respecto de afecciones e infecciones que en siglos anteriores acabaron con pueblos enteros. Además, avances en la farmacología y la vacunación han permitido la postergación de la muerte, la prolongación de la vida y el mantenimiento artificial de la misma.

En lo que atañe a la longevidad, resulta de aplicación en nuestro país el instituto en estudio y también en casos de incapacidad, dado que en el primer caso, la longevidad (que se encuentra en el límite entre la madurez y la senectud) conlleva problemas y deterioro de órganos afectando la motricidad y la capacidad psíquica, de manera que se afecta la familia en su ámbito económico pero también psicológico. El segundo caso -la incapacidad-, nos obliga a un régimen de protección por el que la ley fuerza a vivir asistido por una persona designada, siendo que el sujeto podría haber optado previamente por un curador más cercano a sus intereses y afectos.

Deberá procurarse entonces, un ejercicio ético de la medicina de carácter más humanitario, siendo el deber de asistencia un apoyo y cuidado en el devenir hacia la muerte, como proceso de vida, eliminando o aliviando el dolor y permitiendo un tránsito y una declinación en paz.¹

En efecto, las pandemias que atacan la civilización actual, como ser Alzheimer, demencia senil, SIDA, y flagelos que provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos personales y patrimoniales de su existencia.

La vigencia y actualidad del tema se acrecienta cuando pensamos en que estas realidades no son un fenómeno episódico.

Desde otra postura filosófica de la realidad, se concibe que moralmente es incorrecta la actitud que se acaba de desarrollar, puesto que impone una disposición de la vida que ni siquiera el titular mismo de ese derecho a la vida posee legítimamente.

No obstante la enorme vigencia práctica del tema, desde el digesto justiniano hasta nuestros días no se ha buscado una solución en el ámbito del Derecho continental, mas sí ocurrió una cierta regulación en el foro anglosajón.

El vacío institucional para sistematizar una necesidad humana en el plano jurídico, es a la vez legal, jurisprudencial y doctrinario. Asimismo, encontramos un gran abismo entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador -dado su carácter *mortis causa*, según el cual sólo produce efectos al fallecimiento de quien lo realizó-, y me explico: el mandato y el testamento considero que resultan parciales y reguladores de situaciones diferentes como para englobar el instituto en estudio, espacio de vacío este que puede ocupar nuestro instituto.

De estarse a la anterior afirmación, parecería que estamos ante una falta inaceptable del ámbito jurídico todo, pero existen algunos motivos que explican este vacío: 1. La prolongación de la vida es un hecho nuevo, 2. Un hecho natural del hombre es rechazar la muerte y las enfermedades, 3. El desarrollo normativo no ha acompañado al desarrollo relativamente reciente de las técnicas de diagnóstico precoz de la medicina.

Consecuentemente, cabe aseverar que los ordenamientos jurídicos en iberoamérica permiten la disposición en previsión de la propia incapacidad, pero se plantean problemáticas que hacen conveniente su regulación minuciosa en forma específica y sistemática.

En tal sentido, estimo fundamental sancionar disposiciones que autoricen y confieran eficacia a las decisiones mediante las cuales un sujeto pretende disponer para su última enfermedad, para su probable incapacidad, previendo:

- a) un final de su existencia ajustado a sus designios personales,
- b) decidir en quien confía para el gobierno de su persona,
- c) cuáles han de ser sus instrucciones y movimientos que desea respecto de sus bienes,
- d) la atención de sus necesidades y las de quien de él dependían.

Todas estas disposiciones, tienen origen, como mencionáramos *ut supra*, en el derecho anglosajón, y particularmente en el "living will" desarrollado en Estados Unidos desde el año 1938.

1 A esto se refiere Hipócrates cuando dice "... mi único fin será cuidar y curar a los enfermos, responder a su confianza y evitar hasta la sospecha de haber abusado de ella..."

Cierto es que el tema al que voy a avocarme reviste muchas aristas filosóficas y deontológicas, pero intentaré brindar una visión de la realidad jurídica y el posible futuro de una implantación uniforme y reglada del instituto de las Disposiciones y Estipulaciones del plenamente capaz para el caso de la propia incapacidad.

II. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD, CONCEPTO

Partiendo de las premisas expresadas, trataré de delinear una noción de las disposiciones para la propia incapacidad, que haga cognoscible la real dimensión del asunto.

De inmediato me avocaré al examen del concepto del presente instituto, no sin antes referir a una dificultad que se presenta al pretender una noción es el vacío institucional existente en las legislaciones comparadas (2). es decir que no existe una normativa orgánica en el derecho común que pueda servir de base para la construcción de la figura.

Así planteada la situación, consideramos a la disposición para la propia incapacidad como la manifestación de voluntad de una persona física, plenamente capaz, en el marco del ejercicio de atribuciones personalísimas, relativa a: instrucciones o medidas a tener en cuenta en situación de su posible incapacidad, vejez, enfermedad, o tratamientos médicos a dispensársele, persona designada para representarle, instrucciones para el designado y estipulaciones para la administración de sus bienes. Todo lo cual encuentra su fundamento íntimo en la autonomía de la voluntad de las personas -y en el carácter personalísimo de los derechos de que dispone-.

De forma y modo, que debe atenderse a un principio fundamental, como rector en todo el proceso de razonamiento de este instituto: la autodeterminación de las personas dado su calidad de ser único irrepetible y libre por naturaleza.

III. LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS PREVISIONES ASUMIDAS POR LA PERSONA CAPAZ PARA TENER VIGENCIA EN CASO DE UNA EVENTUAL INCAPACIDAD

En el contexto de este trabajo, resulta imprescindible examinar la validez de las disposiciones tomadas por un individuo a través de un testamento.

De conformidad con lo enunciado *ut supra* II, la persona puede disponer en vida cuál va a ser el destino de su patrimonio cuando sobrevenga su muerte. Como criterio rector de la doctrina comparada, encontramos que la persona puede disponer de todo cuanto quiera, salvo cuando incursiona en el campo del orden público o las buenas costumbres y más aún cuando perjudica a los legitimarios, afectando el indudable principio de la intangibilidad de las legítimas.³

De ello se desprende que la persona puede estipular en su testamento cualquier disposición o previsión en el orden patrimonial, pero ellas no podrían significar un gravamen o carga sobre los causahabientes que vayan contra el orden público, puesto que se tomarían por no escritas, en cuanto estarían afectadas de nulidad.

IV. EL "LIVING WILL" ANGLOSAJÓN (O TESTAMENTO BIOLÓGICO -VITAL-)

A) Concepto

El *living will* se define como la voluntad viva que tiene una persona de dar la orden expresa y anticipada de no autorizar el empleo de medidas destinadas a prolongar la vida, en caso de una enfermedad terminal o de lesión irreversible, es decir, el documento mediante el cual una persona que al encontrarse en un estado de salud en que no pueda expresar su voluntad y se le prolongue la vida artificialmente declara su deseo de morir.

Los vocablos en idioma inglés han sido traducidos con libertad al castellano como testamento vital, testamento de vivos o sobre mi vida, testamento biológico, e incluso se habla de instrucción u orden de muerte natural.

2 (salvo por el caso de la Ley de Texas -USA-)

3 El cual, en Uruguay, con la aprobación de la Ley 16.081 sobre el Derecho real de uso y habitación que le corresponde al cónyuge superviviente, podría resultar vulnerado dado que de ser insuficientes para cubrir el mencionado derecho las porciones de libre disposición y porción conyugal, se habilita a afectar la porción legítima.

La referida denominación hispana resultaría *ab initio* un contrasentido puesto que un testamento de vivos no es posible, y lo mismo ocurre con las demás traducciones que resultan ambiguas, por lo que la frase "disposiciones vitales" me parece ajustada -pese a que es portadora de una gran amplitud-

Pero, fuera de esta cuestión terminológica, y entendiendo que el nombre no hace a la cosa, debe señalarse aquí que el *living will* no constituye un verdadero testamento en el sentido jurídico que el derecho anglosajón reconoce y que se define como "la expresión legal o la declaración de la voluntad de muerte de una persona o de los desechos de esta referente a la disposición de sus bienes, para tener efecto o para ser realizada después de su muerte"⁴

Por el contrario el *living will* surtirá sus efectos exclusivamente durante la vida del otorgante y se entiende como un "documento que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un período de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre capacitada ya para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico"⁵

Por los testamentos ordinarios los sujetos disponen de sus bienes para después de la muerte. Los *living wills* prevén el tratamiento médico a seguir al final de la vida, antes de que llegue la muerte, pero cuando el sujeto ya es incapaz. No obstante su gran denominación, los *living wills* tienen un campo limitado: solo sirven para rechazar cuidados extraordinarios que tiendan a prolongar la existencia del declarante, y además únicamente son efectivos para rechazar ese cuidado cuando el paciente ha sido declarado en fase terminal o cuando la muerte esta muy cercana.

De manera que el *living will*, surge en el derecho anglosajón como un testamento puramente biológico, traducido como "morir con dignidad", dejando a un lado una serie de consideraciones que no necesariamente se relacionan con las instrucciones que dicta una persona capaz y que son las que forman el objeto del presente estudio.

Me atrevo a afirmar que el *living will* surge en el derecho anglosajón como una medida de protección que las instituciones o agrupaciones de profesionales médicos han diseñado y creado para permitir a sus miembros médicos hacer frente al inmenso caudal de demandas a las que se han visto sometidos, promovidas por pacientes o por familiares de ellos, como consecuencia de los trastornos físicos o incluso por el fallecimiento acaecido por su tratamiento. Y ello no deja de confirmarse cuando atendemos al elevado nivel litigioso de la sociedad norteamericana, siendo muchos los casos derivados de la "medical malpractice" -o "mala praxis médica"-.

B) Naturaleza Jurídica

De lo dicho se deduce que el *living will* del derecho norteamericano tiene como naturaleza jurídica la de una declaración unilateral de voluntad no vinculativa ni para quien la hace, ni para quienes se dirige, con el reducido alcance de relevar de responsabilidad médica a los profesionales que atiendan al declarante en su última enfermedad o al final de su vida cuando sea incapaz de decidir por sí mismo.

En algunos Estados de Norteamérica la legislación permite que se pueda rechazar el que se realicen cuidados médicos para prolongar extraordinariamente la vida, en otros sin embargo, sucede que se le proporciona un mayor alcance llegando a ordenar el rechazo de cualquier cuidado médico, una vez que el paciente llega a adquirir una enfermedad terminal -tal es el caso del Estado de Texas-.

Entiendo fundamental recalcar -de modo de afirmar el vacío legal en cuanto al instituto que se encuentra en estudio- que el *living will* no tiene el alcance de una autorización que hace el declarante a futuro, ni mucho menos el de un mandato para tener efectos cuando la capacidad del mandante haya cesado (afirmación que se hace patente cuando pensamos que el mandato se extingue con la muerte y la incapacidad del mandante).

Asimismo, resulta menester aclarar que la declaración que constituye el llamado *living will*, no tiene contenido patrimonial alguno, y por lo tanto, no permite obtener vinculación alguna de destinatarios o terceros a través de transmisión o afectación de bienes.⁶

C) Realidad en USA

Forzosamente debemos concluir que 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

4 Véase: BLACK'S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.

5 LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992, pag. 1.

6 Véase: COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.

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.

Por otra parte, la regla subsiste aun cuando 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 con gozo.

Empero, no puede llegar a concluirse que la obligación de vivir sea absoluta pues la vida misma necesaria y fatalmente se acaba.⁷

Es más conveniente encuadrar este instituto anglosajón dentro del campo de aquello que el individuo dispone durante su vida para tener efectos antes de ocurrir la muerte, vale decir, en una etapa que se ubica en su última enfermedad antes de ocurrir el deceso de la persona, o en caso de sobrevenir una incapacidad.

V. EL INSTITUTO EN DERECHO COMPARADO

Es materia esencial el estudio de la normativa y doctrina comparada en la materia, ello por cuanto existe un vacío legal en nuestro país, que obliga a una "Integración" adecuada o a la instauración de un instituto legal correspondiente, o en su defecto la sería consideración del asunto para una implementación futura del instituto.

De este modo, corresponde ahora analizar los institutos que legislan los países en Derecho comparado para la solución de la problemática planteada, señalando los más importantes y los que acogen institutos similares al que se aborda en este análisis.

De todos modos, es menester señalar que no existe normativa orgánica en el derecho común que pueda servir de base para la construcción de la figura de las disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de su propia incapacidad.

A) Alemania

Alemania reconoce hoy legislativamente el mandato de autoprotección o poder de previsión de asistencia para la vejez (*altersvorsorgevollmacht*) y la designación del propio curador o disposición de asistencia -Ley de Asistencia o de Reforma del Derecho de tutela y curatela para mayores de edad (de 12 de setiembre de 1990, vigente desde el 1º de enero de 1992)-.

El llamado *poder de previsión de asistencia para la vejez* permite preestablecer la regulación independiente de los asuntos personales o patrimoniales para el momento en que se produzca la incapacidad. Significa una excepción a la caducidad del mandato por incapacidad del mandante que consagra el Código Civil. Puede ser otorgado en términos generales o especiales, sujeto a limitaciones impuestas por el otorgante, mediante acto notarial o por instrumento privado con firmas certificadas, y requiere ser otorgado por persona capaz.

Por su parte, la *Disposición de Asistencia* constituye la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, y no requiere capacidad del disponente teniendo por finalidad proponer la persona del asistente o curador. Es una manifestación que se presenta y sustancia judicialmente, mientras que toda persona que conozca de su existencia esta obligada a declararla. Tiene una particularidad, la cual consiste en que el incapaz debe ser consultado en todo momento acerca del asistente que propuso.

Por último la institución del *Patiententament*, o testamento vital no se encuentra reglamentado en el Código Civil, sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por su reconocimiento legal exigiendo una manifestación de persona capaz, inequívoca y formal, especialmente ratificada ante testigos. Esta disposición puede ser modificada en todo momento por el otorgante y de manera informal, incluso por el mero asentimiento expresado por gestos o signos inequívocos a una pregunta verbal.

B) Canadá

El mandato para la disposición de su propia incapacidad es normal. Resulta de utilidad hasta la muerte, y el testamento es para luego de la muerte.

Debe ser homologado para tener valor, procedimiento que realiza el juez teniendo en cuenta un documento del médico de cabecera, un documento psico-social y el mandato. A su vez, el juez interroga a la persona, configurando un juicio extremadamente extenso, pero certero, que en la audiencia final consulta nuevamente al sujeto, procurando la confirmación de la disposición en análisis.

7 Al decir de Carnelutti: "el juez que firma una sentencia muerte, no condena a muerte, solo fija la fecha".

Cierto es además, que el art. 2166 del Código Civil del Québec⁸ prevé que podría ser otorgado un mandato por persona mayor y plenamente capaz en previsión de su propia incapacidad para su protección personal o la administración de su patrimonio.

C) Estados Unidos

Los Estados norteamericanos reconocen los institutos siguientes: el testamento vital o *living will*, el mandato de autoprotección o *durable power of attorney*, y finalmente el fideicomiso o *living trust*.

No referiré aquí a los institutos mencionados en razón de que el régimen fue referido y estudiado críticamente en el anterior capítulo de este trabajo.

D) España

La cuestión se encuentra falta de regulación normativa general en España, pero puede citarse el ejemplo de Cataluña con su ley referida a la autodelación de la tutela (Ley 11/1996 de 29 de julio de 1996. Además, es menester mencionar la circunstancia de que en España la Tutela es un órgano de protección de los incapaces mayores de edad.

No obstante, es conveniente referir que se discutió parlamentariamente una modificación al Código Civil que incluiría una aceptación *in genere* de la figura.

E) Francia

El Código Civil preceptúa tres regímenes diferentes de protección al mayor incapaz, según su grado de incapacidad, a saber: *mayores puestos bajo la protección de la justicia, tutela, curatela*.

En el primero los mayores "(...)conservan el ejercicio de sus derechos pero sus actos pueden ser rescindidos por simple lesión o reducidas las prestaciones a su cargo".

En el segundo caso, el régimen de la tutela se abre cuando una persona tiene necesidad de ser representada de una manera continua en los actos de la vida civil.

Por último, encontramos que el régimen de la curatela es aquel por el cual el interdicto sólo puede actuar en determinados casos con la asistencia de su curador.

F) Inglaterra

Los sajones no tienen resuelta la cuestión que se estudia aquí, salvo en lo que dice relación con el *enduring power of attorney act* o lo que es lo mismo: poder subsistente a la incapacidad del poderdante, que sólo puede abarcar cuestiones patrimoniales, en ningún caso personales. El referido instituto ha tenido recepción legal desde 1985 —no obstante, debemos salvar las distancias de lo que significa un análisis y una norma anglosajona del *commonwealth*, de lo que sería una norma y un concepto del derecho continental—.

Con todo, pueden destacarse algunas reformas importantes en el tema dentro de Inglaterra, a saber: el *continuing power of attorney* de la persona capaz para tener efectos respecto a su incapacidad abarcativo de toda clase de cuestiones relativas al bienestar, la salud, el patrimonio y los negocios del otorgante, siendo que para revestirlo de validez es menester la registración.⁹

G) Japón

En este país opera una diferencia entre la cuestión patrimonial y lo concerniente a la prolongación artificial de la vida. En efecto, este derecho positivo se reconoce: 1. fideicomiso o *trust*, 2. Declaración unilateral de voluntad o *unilateral declaration of refusal of simple life prolongation measures*, y 3. El contrato de mandato o *contract of death with dignity*.

Otro aspecto destacable de la nación nippona, resulta de la existencia de la Organización Japonesa para la Muerte con Dignidad, la cual recibe en depósito las referidas declaraciones, extendiendo copia de ellas y aconsejando a los depositantes que anticipen su existencia a la familia y a sus médicos tratantes.

8 Nuevo Código Civil de Quebec vigente desde el 1/1/94, Wilson & Lafleur Limitée.

9 Law Commission Report No. 231, Mental Incapacity, Summary of Recommendations, fo. de marzo de 1995.

H) México

La doctrina mexicana es conteste en considerar que la respuesta a la problemática en examen sería la siguiente: a) interpretación de normas vigentes no expresas, b) aplicación de normas expresas que ya existen y c) en el menor de los casos, la realización de reformas legales.

Así, la emisión de voluntad para lograr los alcances señalados puede ya contenerse en declaraciones unilaterales de voluntad, y la vinculación de terceros puede obtenerse a través de actos unilaterales, testamentos y poderes, o bien mediante contratos sujetos a ciertas condiciones.

Por otra parte, la Ley General de Salud mexicana contiene en materia de órganos, tejidos, cuerpos y cadáveres una reglamentación que puede utilizarse en algunos casos a este respecto –si bien no goza de una perfección destacable–.

I) Nueva Zelanda

No legisla el *living will*, y la incapacidad se encuentra regulada por el Acta de Protección de los derechos personales y patrimoniales de 1988.

No obstante, reconoce este país el *enduring power of attorney* o mandato de autoprotección, como una excepción a la caducidad de los mandatos por la incapacidad sobreviniente del mandante.

J) Colombia

La legislación colombiana en lo civil no contempla la situación, mientras que acepta las disposiciones y estipulaciones testamentarias con efectos jurídicos para luego de la muerte, no lo hace para el caso de incapacidad.

Sin embargo, es pacífico en la doctrina que en los siguientes actos, sería posible una regulación en la materia: a) cuidado de los bienes que integran su patrimonio, b) facultad de contratación de bienes muebles e inmuebles, c) nombramiento de curador para la incapacidad, d) nombramiento del profesional que atendería su incapacidad con facultades de decisión de requerirse una muerte digna, e) autorización al cónyuge para decidir sobre la separación de bienes, de cuerpos y el divorcio.

K) Situación en Uruguay

En nuestro país, la situación no reviste regulación alguna.

No obstante, corresponde realizar un sucinto análisis y crítica del proyecto de ley de testamento vital que se presentara en el Parlamento en el pasado año 2001.

En lo que atañe al concepto del testamento vital, el proyecto expresa que consiste en: “rechazar tratamientos médicos desproporcionados o que impliquen un alargamiento artificial del proceso de la muerte en una situación terminal o irreversible. (Art.1°)”.¹⁰

Los requisitos para que se configure el mismo son:

- a) persona con dieciocho años cumplidos de edad y psíquicamente apta, prestando su consentimiento en forma voluntaria, conciente y libre,
- b) documento certificado notarialmente y firmado por el titular en presencia de dos testigos, los que deberán tener dieciocho años de edad. (Art.2°) -no pudiendo ser testigos: 1) Los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el titular. 2) Aquellos pasibles a una parte de la herencia del titular. 3) El médico tratante, un empleado del médico tratante o un funcionario de la institución de salud en la cual el titular sea paciente. 4) La persona designada como sustituto de acuerdo al artículo 6° de la presente ley, y los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el mismo. (art. 3°).-
- c) Para que el Testamento Vital sea de aplicación a la situación terminal o irreversible del titular deberá ser certificada por dos médicos, uno de los cuales deberá ser el médico tratante. (Art.5°).
- d) El Testamento Vital no podrá tener una antigüedad mayor a tres años al momento de su aplicación. (Art.10).

En definitiva, y pese a ser un tanto insuficiente al no consagrar el instituto en estudio, y tampoco establecer un apropiado registro, puede destacarse que se establece la necesidad de que las institucio-

10 Para mayor detalle, ver página web del parlamento uruguayo: www.parlamento.gub.uy, asunto 16.665, carpeta 1120/2001.

nes públicas y privadas de prestación de servicios de salud cuenten con "(...) una Junta de Bioética que funcionará como tribunal de alzada ante los recursos planteados por el médico tratante, el sustituto o un familiar directo del titular del Testamento Vital, en los siguientes temas: a. Diagnóstico de la situación terminal o irreversible. b. Evaluación de la incapacidad del paciente. c. Rechazo injustificado de los tratamientos médicos por parte del titular del Testamento Vital si fuera capaz o su sustituto. d. Solicitud de objeción de conciencia del médico tratante. (Art.12°)".

Finalmente, es menester observar que el instituto que se consagra en el mencionado proyecto, se constituye en una disposición exclusivamente referida a la salud y al tema de la eutanasia que se estudiará *ut infra* VIII, dejándose de lado toda regulación acerca del patrimonio del sujeto estipulante.

VI. INSTITUTOS DEL DERECHO CIVIL APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE NUESTRA PROBLEMÁTICA

La ausencia de una solución concreta y específica para la problemática que estudio, lleva directamente a cualquier jurista a recurrir a otros institutos regulados por el derecho civil que puedan brindar otras alternativas de resolución.

A) Donación

La aplicación de este instituto referiría a un eventual contenido del instituto de las Disposiciones y Estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, y la posible expresión de voluntad de donar ("animus donandi") por medio del mismo instituto.

En un somero análisis de la normativa nacional al respecto, encontramos que serían de posible aplicación la Donación sujeta a posterior aceptación (pero ella no sería título traslativo de dominio hasta el momento en que tuviera lugar la aceptación) y la Donación onerosa (aquí se admite la transmisión de la propiedad de determinados bienes, acorde al cargo, que permitirá al eventual incapaz gozar de los beneficios).

B) Renta vitalicia

Al respecto de este contrato aleatorio, nada impide que se pacte para prever fondos para atender un estado de incapacidad eventualmente.

En todo caso, debe atenderse a la necesidad de proteger y minimizar los riesgos del acreedor de la renta, instituyendo que la renta puede transferirla y que cualquier cláusula en contrario es nula.

C) Curatela

La curatela constituye un cargo impuesto a favor del que no puede dirigirse a si mismo o administrar sus negocios, y tiene aplicación respecto a los mayores incapaces.

A su vez, observamos diferentes tipos de curatela: legítima, testamentaria, legal, dativa.

Este instituto reviste cierta importancia cuando nos asomamos al tratamiento de las estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, mas no constituye la solución absoluta a la cuestión, si bien podría operar como consecuencia de los efectos de aquellas estipulaciones.

Por otra parte, si fuera admitido el testamento vital, el régimen de curatela estatuido debería de experimentar varias modificaciones, vgr.: el disponente tendría la facultad de variar el orden de llamamiento, pudiendo limitar, variar o aumentar las facultades del curador.

D) Testamento

En este punto, nos abordan algunas dudas: ¿el testamento es el vehículo formal adecuado para contener las disposiciones de "autoprotección" en estudio?, ¿puede el testamento contener solamente tales estipulaciones?, ¿podrían ser conocidas por terceros en vida del disponente?, ¿el otorgamiento de un testamento posterior derogaría aquellas cláusulas que contienen tales disposiciones?

La decisión de estas cuestiones asume una enorme trascendencia practica. En primer lugar, adelanto que el testamento no podría ser un instrumento adecuado para contener las disposiciones para el caso de la propia incapacidad, en tanto tiene efectos *mortis causa* y para las disposiciones de asistencia médica no tendría aplicación, y en cuanto a la ausencia de publicidad que domina al testamento en vida del testador hace que no sea cognoscible por los interesados (léase: médico tratante y familiares más cercanos).

En lo que atañe a la segunda cuestión, el testamento puede contener solamente estas disposiciones, siendo que pese a ser un acto de disposición de bienes para después de la muerte⁽¹¹⁾, su contenido atípico (extrapatrimonial) puede ser el único, y para ello no hay ningún impedimento.

Para dar respuesta a las siguientes interrogantes, cabe destacar momentos una vez otorgado el testamento: un primero desde el otorgamiento hasta la muerte de su autor, y un segundo que nace con el fallecimiento del testador.

En el primer momento el testamento frente a su autor tiene plena virtualidad –y es esencialmente revocable– y para el resto de las personas solo es relevante con la muerte del testador.¹²

En el segundo momento, el testamento adquiere carácter definitivo y produce sus efectos.

Conviene ahora, referir al aspecto de la publicidad, y la posibilidad del conocimiento de tales disposiciones por terceros. Aquí, partiendo de las premisas señaladas *ut supra*, es sencillo desprender la conclusión del gran inconveniente administrativo que significa el conocimiento de un testamento, cuanto más si se trata de este tipo de disposiciones (pese a que este rigiendo en la materia el principio registral por excelencia: la Publicidad Registral).

El punto último dentro del análisis del testamento lo constituye la materia destinada a la posibilidad de revocación de las disposiciones de autoprotección. Sin perjuicio de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables –acorde al derecho común–, tal afirmación no debe implicar necesariamente que todo el contenido del testamento es revocable. En la especie, considero que la *ratio legis* de la disposición referida es que existe revocabilidad puesto que se presume que las estipulaciones contenidas en el testamento son de última voluntad.

No obstante lo dicho, entiendo que las normas de autoprotección serán revocables aunque no son de última voluntad, por cuanto son esencialmente mudables. Por lo cual, si en el testamento posterior nada se dice acerca de la compatibilidad del nuevo y el anterior y no se salva expresamente de la revocación, ello se tendrá por revocado totalmente.

Finalmente, una última cuestionante que es importante referir, pese a que no la anotáramos al comienzo de este capítulo, es la siguiente: ¿que tipo de testamento puede contener las disposiciones de autoprotección?

Claro está que el testamento cerrado no es adecuado al respecto puesto que el otorgante no revela su voluntad, con lo cual al abrirse el testamento y protocolizarse el mismo, las disposiciones de autoprotección no podrán producir ningún efecto.

El testamento ológrafo tampoco resulta ajustado, puesto que también debe aguardarse un procedimiento, todo el cual ocurre luego de la muerte del testador.

Resulta entonces, descartados también los testamentos especiales, que el testamento abierto otorgado ante Escribano Público es aquel que ofrece mayores garantías al respecto.

E) Insuficiencia de estos institutos

Pues bien, cierto es que estas figuras jurídicas pueden conformar una alternativa válida e importante, pero no nos proporcionan una solución de carácter integral, sistemática y precisa.

Además, estos institutos no dan cabida a las estipulaciones ni las disposiciones vinculadas con el gobierno de la persona del incapaz.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

Como se analizara *ut supra* I, las disposiciones y estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, pueden contener muchas referencias y disposiciones para los casos en que ante la última enfermedad de la persona, o ante enfermedades graves, pueda proceder la eutanasia u otros mecanismos de muerte indolora, o de evitar sufrimiento innecesario.

Antes que nada, prefiero hacer la salvedad de que no se pretende reflejar aquí el universo de las opiniones acerca de la eutanasia, ni mucho menos realizar promoción de tal práctica, sino que el objetivo del presente capítulo es tan sólo abrir el haz de posibilidades que la medicina presenta y la posible inclusión de alguno de los supuestos como hipótesis válidas de aplicación de las disposiciones en estudio.

11 Artículo 779 del Código Civil uruguayo.

12 La doctrina uruguaya es conteste a este respecto, pero me afilio a la postura de AREZO PIRIZ, Enrique: "Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria". Rev. AEU. Vol. 73 pags. 25 a 37.

VIII. DISTINCIÓN DE LA EUTANASIA

No intentaremos aquí referir a la validez desde el ámbito de la moral o la ética.

Tampoco se habla aquí de que la institución en estudio se incline hacia esta dirección ni a la dirección del suicidio sino que se busca diferenciar cuáles son los límites cuando tratamos de disposiciones referentes a la salud del disponente.

a. Cuestión bioética. ¿Hasta donde llega el derecho del sujeto a impartir directivas obre su persona, salud, calidad de vida? La cuestión exige delimitar el concepto de eutanasia y sus variantes recurriendo a la ciencia médica.

b. Clases de eutanasia. Se entiende por eutanasia toda acción u omisión que por su naturaleza y su intención causa la muerte con el fin de eliminar el dolor.

Presupone la proximidad de la muerte del enfermo, la intención de quien la exige y de quien la practica: suprimir la vida, y un móvil, el liberarse de mayores sufrimientos insoportables.

Cabe resaltar que no existe eutanasia no deliberada, mientras que en la eutanasia pasiva consiste en una omisión, en la eutanasia activa estamos ante una intervención directa que provoca la muerte.

c. Proporción en los medios. Resulta trascendente aquí la distinción entre medios proporcionados y desproporcionados, al respecto se debe valorar el tipo de terapia, la dificultad, el riesgo que comporta, los gastos, la fuerza física y moral del paciente.

d. Ortotanasia o morir con dignidad. La ortotanasia presupone que el paciente esté cercano a la muerte de modo irreversible, la intención de que acaezca la muerte por la propia enfermedad, y un móvil de muerte acorde con la dignidad de todo ser humano por el hecho de ser tal.

Se trata de morir con dignidad.

e. Distanasia o furor terapéutico. Es la prolongación innecesaria de la agonía por la utilización de medios desproporcionados. Constituye la contracara de la eutanasia y una consecuencia de no recurrir a tiempo a la ortotanasia.

IX. PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD Y CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL ACTO POR TERCEROS

Piénsese por un instante qué sucede si una persona es designada tutor por medio de una de estas disposiciones para el caso de incapacidad, pero no quiere aceptar tal cargo, ¿cuál es la fuerza vinculante que tiene la manifestación de voluntad de un sujeto capaz, pero que al momento de tener eficacia la disposición deviene incapaz?

Obviamente, el designado tiene la posibilidad de negarse, más aún considerando la situación de incapacidad en que se halla el disponente, y además de la obvia cuestión de que estamos ante una disposición unilateral.

Pero aún más cautivante, resulta la hipótesis de los médicos y su obligación de acatar tales disposiciones unilaterales de procedencia de la eutanasia en determinados casos, siendo que han hecho un juramento de proteger la vida.

Las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto el regular los intereses del propio interesado y, en tal sentido, corresponden a la autonomía de la voluntad, puesto que son "actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios de los mismos interesados"¹³

El reconocimiento de un ordenamiento jurídico de determinados actos de autonomía privada, no se produce sino desde el momento en que se reconoce dicha autonomía. Entonces, dado dicho reconocimiento los negocios de la vida privada revisten la calidad de negocios jurídicos, y se tornan instrumentos que el Derecho pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos, y por lo tanto, permanecen siempre como actos de autonomía privada.

13 BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, Editorial de Derecho Privado, Madrid 1959, pag. 43.

De forma y modo, que habrá que determinar en cada caso concreto: a) si se trata de disposiciones sobre la propia persona o sobre su patrimonio, b) si tales disposiciones tienen algún reconocimiento legislativo, c) si hay normas de orden público que contienen reglas distintas que no permiten que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.

En cualquier caso, las declaraciones de voluntad no tendrán efectos jurídicos vinculantes a terceros, pero su contenido como deseo, recomendación o instrucciones a médicos, familiares o jueces, podrán tener un cumplimiento espontáneo por su carácter de deberes morales.

X. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO URUGUAYO (FORMA Y REGISTRACIÓN)

Mi propuesta personal, consiste en que se consagre expresamente el reconocimiento a todo ser humano como capaz de su derecho inalienable a disponer y estipular en previsión de su propia incapacidad.¹⁴

Siendo el instrumento más adecuado -a mi entender- la escritura pública a fin del otorgamiento de las disposiciones para el caso de la propia incapacidad.

La necesidad de satisfacer los requerimientos actuales de la sociedad al respecto, nos exige a los juristas el aumentar y extremar la creatividad o bien para interpretar el derecho vigente, o bien para elaborar nuevos institutos.

Por lo cual, a la *lege lata* que se nos presenta ante nosotros en el ámbito del derecho sucesorio y de familia, debemos complementarla debidamente con la *lege ferenda* que indica la propia naturaleza humana y las necesidades del tiempo actual, en cuanto a la determinación cierta del estado de los bienes y las relaciones personales durante el período de incapacidad, además del "derecho a morir dignamente", sin perjuicio de que el acuerdo con ese derecho depende de la postura filosófica que asumamos al respecto.

Por estos argumentos y los expuestos en el proemio de este trabajo, propongo:

1. Que las disposiciones y estipulaciones para el caso de la propia incapacidad se consagren legalmente con el siguiente contenido posible:
 - a) serían disposiciones unilaterales, otorgadas ante Escribano Público, registrables en el Registro Nacional de Actos Personales, en la Sección Disposiciones unilaterales -la cual se crearía en ocasión de la creación del nuevo instituto.
 - b) intervenir en la designación de curador para el incapaz disponente
 - c) proporcionar instrucciones para los médicos tratantes, en caso de ocurrir la incapacidad
 - d) regular los derechos de la personalidad relativos al cuerpo y a la disposición de órganos y tejidos.
2. La creación de una Sección de Disposiciones unilaterales, en la órbita del Registro Nacional de Actos Personales, para registrar debidamente las disposiciones. (para lo cual se debería modificar la Ley de Registros 16.871 capítulo III).

Desde otra óptica, me permito considerar una solución menos gravosa para el Estado que la recién expuesta. A saber:

- i) Implementar la registración como mandato,
- ii) En consecuencia agregar al Capítulo III de la Ley 16.871, un inciso "3.6 -Sección Disposiciones unilaterales para propia incapacidad", incluyendo un artículo 48 al mismo cuerpo legal.

De este modo, la modificación sería de un sólo artículo, y no impondría nueva destinación de recursos.

Otra posibilidad que resulta coherente, es la posibilidad de que se inscriban estas disposiciones en el Registro del Banco Nacional de Órganos y Tejidos.¹⁵

XI. CONCLUSIONES

Como juristas nos corresponde afrontar los nuevos retos de la realidad, y asignarle consecuencias jurídicas en función de inquietudes y necesidades de la sociedad -a la cual el Derecho debe su finalidad acertadora y formadora de grados de certeza en las relaciones individuales-.

14 Fundamentalmente por una cuestión de proporcionar seguridad jurídica, tanto al comercio de los bienes del sujeto incapaz, como de sus relaciones personales.

15 Ley 14.005 de 17 de agosto de 1971.

Es evidente el vacío legal que domina el aspecto que fue referido en el presente trabajo. Pero del análisis de los estudios doctrinarios referentes al tema permite sostener que la laguna no se corresponde con una escasa relevancia del tema.

No obstante, se conocen instituciones como el *living will*, los cuales apuntan más a la limitación de responsabilidad médica que a dar seguridad y estabilidad a la voluntad del otorgante.

Por añadidura, estos regímenes anglosajones, son tan solo correspondientes a las relaciones personales exclusivamente referidas a su estado de salud, no conteniendo disposiciones patrimoniales, y siendo insuficientes para contemplar las necesidades del instituto que propongo.

Por todo lo expuesto, concluyo que:

- I. Es posible disponer y estipular eficazmente en previsión de la propia y eventual incapacidad, conforme a los principios interpretativos del Código Civil, no existiendo mayores dificultades en aplicar el testamento a tales efectos. Sin perjuicio de ello, es lógico inferir que es insuficiente la regulación de derecho común que puede resultar aplicable, siendo indispensable la instauración del instituto en forma específica.
- II. También resulta admisible prever tratamientos médicos a dispensarse en la última enfermedad, y otras disposiciones para una muerte digna.
- III. Otra cuestión, para nada bizantina, es aquella referida al control judicial que en todo momento debe estar presente, tanto al momento de la designación de curador para el propio disponente, cuanto para el caso de el ejercicio de derechos personalísimos cuyo cumplimiento no puede ser suplido por representante.
- IV. Finalmente, la opinión del incapaz debe ser tenida en cuenta en todo momento para las decisiones sea sobre su peculio o también respecto de su vida y relaciones personales. Sin embargo, es notoriamente inconveniente que se consulte a un sujeto incapaz (¿dado que cómo se puede evacuar las fluctuaciones volitivas que pueden ocurrir en situaciones extremas como la última enfermedad de una persona?), argumento este de gran peso que hace temblar los pilares del instituto que se analiza y su posible aplicación. Mas, considero que es el único modo adecuado de implementación, así como lo hace el régimen de Canadá, y como lo hace de manera similar nuestro Derecho positivo en el proceso de incapacidad, dentro del cual se incluye un traslado al incapaz para contemplar su postura.

Estoy plenamente consciente de que las modificaciones propuestas significan un gasto y partidas extras para la Administración Pública uruguaya que ya se encuentra en bastantes dificultades como para agregarle otras, sin perjuicio de lo cual, la propuesta enunciada en segundo lugar creo permitirá darle efectividad a estas disposiciones al consagrarse su publicidad y oponibilidad (aspecto este de la publicidad que considero fundamental para que opere con las suficientes garantías para Escribanos, Abogados, y sujetos de derecho).

XII. BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Derecho Civil. Personas*, Caracas, Venezuela, 1987.
- ALEMANIA, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad (Ley de asistencia del 12/9/90).
- AREZO PIRIZ, Enrique: *Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria*. Rev. AEU. Vol. 73 paginas. 25 a 37.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, pag. 43 y 44.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.
- CANADA, Nuevo Código Civil de Quebec vigente desde el 1/1/94, Wilson & Lafleur Limitée.
- COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.
- COLOMBIA, Código Civil colombiano, Ortega Torres Jorge, 2da. Edición 1976, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, D.C.
- DE GASPERI, Luis: *Tratado de Derecho Hereditario*, tomo 3, Buenos Aires, 1953.
- FRANCIA, Code Civil, Edit. Dalloz, 1994/95.
- GATTI, Hugo E. : *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo 1957.
- INGLATERRA, Law Comission Report No. 231, Mental Incapacity, Summary of Recommendations. 1o. de marzo de 1995.
- LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992, pag. 1.

- SILVA RUIZ, Pedro, *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*, Revista General de Derecho, Madrid, enero-febrero 1994, pag. 425.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly Alicia y otro, *Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones*, tomo 2. Montevideo.
- VENEZUELA, Código Civil venezolano 1982.
- VII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA. Veracruz (México) 1998: Ponencias presentadas por el Notariado Español y por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.