

Sambrizzi, Eduardo A.

Voluntades anticipadas, su valor legal

Vida y Ética. Año 11, Nº 2, Diciembre 2010

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sambrizzi, Eduardo A. "Voluntades anticipadas, su valor legal" [en línea]. Vida y Ética. 11.2 (2010). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

VOLUNTADES ANTICIPADAS, SU VALOR LEGAL

*Ciudad de Buenos Aires,
jueves 14 de octubre de 2010*

Dr. Eduardo A. Sambrizzi

- Abogado
- Doctor en Derecho Civil
- Ex Profesor de Derecho Civil en distintas universidades del país
- Ha escrito numerosos artículos y notas en revistas jurídicas del país y del exterior, además de once libros sobre su especialidad, el último de los cuales es un Tratado de Derecho de Familia en ocho tomos
- Dos de sus libros han sido premiados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires, de la que es miembro de su Instituto de Derecho Civil
- Ha actuado como Jurado del Consejo de la Magistratura para la selección de jueces nacionales en lo Civil
- Ha actuado como Jurado en distintos concursos para la designación de Profesores en la Facultad de Derecho de la UBA
- Ha sido Jurado evaluador de tesis doctorales en distintas universidades del país y del exterior

Palabras clave

- Directivas anticipadas
- Tratamientos
- Voluntad
- Distanasia
- Eutanasia

Key words

- Living will
- Treatments
- Will
- Disthanasia
- Euthanasia

RESUMEN

El autor analiza el contenido de las denominadas directivas previas o testamento vital, que una persona puede instrumentar a efectos de instruir a los médicos que en el futuro la atiendan en el supuesto de no poder en ese momento expresar su voluntad, relacionadas con los tratamientos que está dispuesta a que le sean aplicados.

Se hace referencia al alcance, los inconvenientes y peligros que traen aparejadas dichas directivas, su tiempo de validez y la situación actual en otros países y en el nuestro, así como una escueta reseña de dos sentencias dictadas en el país al respecto.

ABSTRACT

The author analyzes the content of the so-called advance directives or living will that an individual may prepare in order to give instructions to the physicians that could attend him in the future, in connection with the treatments he is willing or not to receive in case he is unable to state his will at that time.

Reference is made to the scope, inconveniences and dangers involved in said directives, to the time they remain valid and to the present situation in our country and abroad, as well as a brief summary of two judgments pronounced in our country regarding this issue.

INTRODUCCIÓN

Siguiendo una tendencia vigente en otras legislaciones, en los últimos años se ha admitido en nuestro país la posibilidad de que una persona pueda decidir válidamente, con anticipación a sufrir una enfermedad grave -que la haya dejado en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad-, cómo desearía ser tratada en ese supuesto y qué tratamientos estaría dispuesta a aceptar y cuáles no, como también la de poder designar a un tercero para que, de

llegar a encontrarse en esa situación, éste decida en su nombre sobre dichas cuestiones, o, simplemente, para que interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones que la persona hubiera previamente dado para ese supuesto. Esas directivas se refieren, por lo general, al rechazo de tratamientos considerados desproporcionados en relación a las posibilidades de curación de la enfermedad.

Se trata del denominado *testamento* [1] *vital*, o *directivas previas o anticipadas*,

[1] Armando S. Andruet (h.) critica la denominación de *testamento*, por cuanto éstos están destinados a regir la voluntad de la persona para después de su muerte (art. n. 3.607, Cód. Civil), mientras que en el caso de las instrucciones, las

también denominadas *living will* en los países anglosajones, que –como señala Armando S. Andruet (h.) y resulta de lo más arriba expresado–, constituyen instrumentos escritos que describen la voluntad declarada y así certificada, con respecto a cuáles tratamientos no pueden ser actuados, y cuáles sí, sobre ese enfermo que técnicamente se describe como “terminal”, [2] habiendo expresado dicho autor que la génesis de ese tipo de documentos resulta de la actitud de los médicos. Ellos, de ese modo, “encontraban una manera relativamente segura de evitar ser perseguidos por acciones civiles posteriores al deceso” al tener a su favor “un instrumento, que en caso de una litis por mala praxis profesional por no haber obrado con la totalidad de elementos, fármacos y aparatología existente, se pueden de alguna manera exculpar de responsabilidad civil mediante su acreditación”. [3]

Se ha sostenido, asimismo, que esos documentos han surgido como un ins-

trumento diseñado para promover la aceptación de la eutanasia, por un grupo denominado *Solicitud por los Moribundos*, fundado en el año 1967 por la *Euthanasia Society of America*, que consideró que, si bien la gente no estaba todavía lista para aceptar la idea de la eutanasia, las personas podrían ir gradualmente acostumbrándose con ese tipo de documentos, hasta llegar a cambiar la opinión pública, de manera de llegar en un futuro a aceptar el mal llamado *derecho* a escoger sobre cuándo, cómo y por qué morir. [4]

Las instrucciones en cuestión pueden ser expresadas de una forma general y amplia, o por el contrario, ser más específicas y enderezadas a contemplar una o más situaciones particulares, lo que por lo general las hace más fácil de interpretar cuando se presenta el supuesto de su aplicación. Este último tipo de instrucciones –más específicas– fueron apareciendo como una evolución de las prime-

mismas son suscriptas para que tengan cumplimiento antes de la muerte de quien ha emitido el documento, aunque se encuentre en estado vegetativo o comatoso. Es por ello que dicho autor prefiere denominar a las directivas en cuestión “Instrucciones o directivas respecto a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal” o “Directivas de no-sometimiento a tratamientos desproporcionados” (*Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, Córdoba, Alveroni, 2004, p. 247 y ss.).

[2] Cabe aclarar que nada impide que el testamento vital o directivas previas se emita también para supuestos en que no se trate de un enfermo terminal, lo que así fue aprobado por mayoría en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario en septiembre de 2003. Cfr. ANDRUET (h.), Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad...*, op. cit., p. 235.

[3] ANDRUET (h.), Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad...*, op. cit., pp. 231 y ss. Catalina E. Arias de Ronchietto coincide con lo expresado por Andruet en: “Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano ¿Morir, un derecho?”, *ED*, t. 175, Buenos Aires (1998), p. 932.

[4] CASTAÑEDA, Adolfo J., *Los Testamentos en vida* [en línea], disponible en: <<http://www.vidahumana.org/vidafam/eutanasia/testamentos.html>> [consulta: 11 de octubre de 2010].

ras, muchas veces impulsadas por casos jurisprudenciales concretos en los que se ventilaron problemas de exégesis de las declaraciones genéricas. [5] Cabe señalar que una de las cuestiones que se han suscitado con relación a estos documentos, consiste en el alcance de la legalidad de las instrucciones relativas al retiro, en determinadas circunstancias, de los cuidados relativos a la nutrición e hidratación, lo que ha sido cuestionado -ciertamente con razón- por distintas asociaciones pro-vida.

UN MODELO DE TESTAMENTO VITAL

Como muestra del contenido de un testamento vital, queremos recordar uno redactado por la Comisión Episcopal de Pastoral Sanitaria del Episcopado Español, en el que se expresa lo siguiente: "Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento. Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero

desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios. Por ello, yo, el que suscribe [acá va el nombre de la persona] pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irre recuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni que se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos. Pido asimismo ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana. Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración".

LAS DIRECTIVAS PREVIAS PUEDEN NO ADAPTARSE PLENAMENTE A LA SITUACIÓN DEL PACIENTE

En efecto, dichas directivas pueden no adaptarse plenamente a la o las situa-

[5] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 361.

ciones tenidas en cuenta al formularlas, que pueden ir variando con el tiempo, lo que puede crear fundadas dudas sobre si el enfermo se encuentra o no en la situación que previó al establecerlas. Esto ha provocado que haya autores a los que el testamento vital les despierta cierta desconfianza, [6] ya sea por la desactualización de la voluntad que resulta de los mismos (puede haber transcurrido un período de tiempo prolongado desde que fueron emitidos hasta el momento de hacerlos valer) o por el subjetivismo interpretativo al que, en mayor o menor medida, se prestan las expresiones contenidas en los mismos, cuya ambigüedad no se descarta.

Además, el hecho de haberse expedido la persona sobre cómo quiere ser tratada desde un punto de vista médico con anterioridad a la situación contemplada, tiene como desventaja el hecho de quedar la persona algo así como "atrapada" dentro de lo que en su momento consideró que era de su conveniencia. Si bien es cierto que puede modificar dichas directivas en cualquier momento, tam-

bién es factible que no se acuerde de hacerlo hasta que sea tarde para ello, por lo que sin duda parece lícito dudar sobre la eficacia actual de la voluntad del paciente expresada con anterioridad, al estar imposibilitado para cambiar la decisión que tomó, en uno u otro sentido, cuando se hallaba con plena lucidez y capacidad.

Por otra parte, las directivas en cuestión son por lo general elaboradas y suscriptas -si es que han sido hechas por escrito- por una persona que en el momento de suscribirlas se encuentra bien de salud, lo que hace que la propia muerte se vea lejana y se considere como algo más bien abstracto. Por esa razón, lo expresado en esa época podría no haber sido confirmado por esa misma persona si hubiera podido expresarse con plena lucidez en el momento en que realmente se encuentra afectada por una enfermedad terminal, en que el estado anímico y psicológico del paciente varía en forma relevante, pudiendo en ese momento prevalecer el instinto de conservación, cuya fuerza resulta innegable. [7] Esto ha lleva-

[6] Entre otros, se encuentra MANTOVANI, Ferrando, "El problema jurídico de la eutanasia", en: AA.VV., *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Comares, 2001, p. 97. Por el contrario, Jesús Barquín Sanz es favorable a su aceptación, en especial en los casos de eutanasia pasiva y eutanasia activa indirecta, aunque, aclara, con las debidas cautelas de seriedad y veracidad (BARQUÍN SANZ, Jesús, "La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro", en: AA.VV., *Eutanasia y Suicidio...*, op. cit., p. 174).

[7] En igual sentido, Miguel Ángel Núñez Paz afirma al respecto que al testamento vital se le atribuye una validez relativa, dado que la declaración se emite cuando la persona se encuentra en un determinado estado de salud y para un supuesto que no puede ser totalmente valorado desde la perspectiva de aquella situación (NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 169).

do a señalar como limitaciones a las directivas previas, su rigidez y la imposibilidad de aclarar dudas y matizar las afirmaciones con alguien idóneo, habiéndose puesto de relieve que las mismas requieren una actualización periódica. Por ello, según se ha sostenido, no deberían respetarse las directivas de las que se dude que representen las preferencias reales y actuales del paciente, puesto que una cosa es imaginarse una situación de riesgo de salud, y otra diferente, vivirla. [8]

Puede también ocurrir que los deseos previos resulten inadecuados para el estado clínico en el que se encuentra el paciente, dadas las peculiaridades que se pueden presentar en cada situación, debiendo, en cualquiera de esos casos, ser los médicos o los familiares, quienes deben tomar las decisiones al no encontrarse aquél en situación de decidir. Esto ha llevado al Consejo General de Colegios Médicos de Alemania a establecer como uno de sus *principios*, que "las disposiciones de los pacientes son obligatorias en la medida en que se refieren a la situación concreta del tratamiento y no

sean reconocibles circunstancias que indiquen que el paciente ya no las tiene por válidas".

Asimismo, se ha puesto el acento en el hecho de que este tipo de instrucciones, cuando son de carácter general, suelen presentar el problema de su indeterminación, lo que puede traer como consecuencia dificultades de interpretación, no contándose, en tal caso debido al estado del paciente, con la posibilidad de lograr una aclaración por parte del mismo. [9]

Por estos motivos, pensamos que a las directivas en cuestión no se las tiene necesariamente que considerar como algo definitivo e inamovible en todos los supuestos, dependiendo de las circunstancias del caso, lo cual ha llevado a buena parte de los autores a expresar que, salvo que las mismas coincidan con actitudes del paciente expresadas con anterioridad a su enfermedad, el médico no puede ser condicionado fundándose en instrucciones dadas en forma muy anticipada.

[8] MANZINI, Jorge L., "Las directivas anticipadas para tratamientos médicos", *JA*, 2001-IV-1264. Dicho autor agrega que pacientes que se encuentran en buen estado de salud, al describirles una situación de vida con grave menoscabo físico, psíquico o de su independencia funcional, han dicho que no querían vivir en una situación semejante, pero cuando lamentablemente tiempo después debieron experimentarla, en muchos casos decidieron seguir viviendo. Hubo otros casos -continúa diciendo Manzini- de pacientes que habían firmado una orden de no reanimar (ONR), no obstante fueron reanimados luego de un paro cardiorrespiratorio, hecho que terminaron agradeciendo.

[9] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, op. cit., p. 361.

Por otra parte, las directivas previas pueden llevar a la eutanasia, que no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano, sino que, más bien, lo esquivo ya que pretende eliminar el dolor exterminando a quienes lo sufren, en lugar de proporcionarle a la persona los denominados *cuidados paliativos*, destinados a eliminar el sufrimiento -que en la casi totalidad de los casos es posible- o hacerlo más soportable en la fase final de la vida. Los analgésicos y la medicina paliativa por un lado, y el consuelo moral, la compañía, el calor humano y el auxilio espiritual, por otro, son los medios que enaltecen la dignidad de la muerte de un ser humano, que siempre -aún en el umbral de la propia muerte- conserva la misma dignidad. El ser humano moribundo debe ser más que nunca respetado en su dignidad ontológica y moral cuando se encuentra en situación indigente y frágil, respeto que exige necesariamente que se proteja, cobije y acoja su vida, precisamente cuando se encuentra en su condición más débil y amenazada.

CUÁNDO LAS DIRECTIVAS PREVIAS RESULTAN INAPLICABLES

Aparte de lo dicho hasta aquí, otro de los límites que tiene la validez de las

citadas directivas consiste en que las mismas no deben ser aplicadas en cualquier circunstancia o cualquiera sea su contenido, no debiendo ser -a nuestro juicio- cumplimentadas en el supuesto de que violen una disposición legal, o cuando sean moralmente inadmisibles o contrarias a la *lex artis*. En tal caso, resultarían nulas por ser ilícitas, lo que ocurriría, por ejemplo, cuando el paciente haya indicado que se lo elimine en el caso de que estuviera con una enfermedad terminal de carácter irreversible, a fin de evitar el sufrimiento que dicha enfermedad podría traer aparejado. Dicha directiva, en ese caso, constituiría un supuesto de eutanasia, legalmente prohibida en la mayoría de las legislaciones, incluso en nuestro país.

Andruet señala al respecto que se ha ido produciendo una suerte de ensanchamiento o ampliación del contenido del testamento vital, avanzando de una posición no-distanásica (con la finalidad de evitar el encarnizamiento terapéutico), a una pretensión eutanásica. [10]

EL TIEMPO DE VALIDEZ DE LAS DIRECTIVAS PREVIAS

Lo cierto es que si nada fue establecido al contrario con respecto al tiempo de vali-

[10] ANDRUET (h.), Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad...*, op. cit., p. 240.

dez de las directivas previas, éstas no pierden su vigencia y perduran en el tiempo.

No obstante, Andruet afirma la razonabilidad de establecer un plazo -que estima en cinco años- para determinar su caducidad, lo cual resultaría del hecho de que la medicina se trata de un campo donde existe una movilidad muy grande, pudiendo ocurrir que determinados parámetros que han sido tenidos en cuenta por el declarante como extraordinarios o desproporcionados, hayan variado, en poco tiempo, a un grado tal que puedan considerarse ordinarios, corrientes o proporcionados. [11] Claus Roxin, por su parte, afirma que el plazo de renovación de la voluntad del paciente debería ser anual. [12]

Nosotros entendemos que el plazo de validez dependerá del contenido y del alcance de las directivas expresadas, pudiendo darse el caso de que -por la caducidad que pudiera producirse por el transcurso de un determinado plazo- se apliquen procedimientos distanásicos a una persona cuya voluntad era claramente la contraria, pero que no tuvo la precaución de reiterar las instrucciones previamente expresadas.

Una ley sancionada en Francia a fines del año 2004, dispone que las directivas

anticipadas deben haber sido escritas menos de tres años antes de haber caído el paciente en la inconsciencia. En Bélgica, en cambio, el plazo de validez se establece en cinco años.

LAS DIRECTIVAS PREVIAS EN DISTINTAS LEGISLACIONES Y EN NUESTRO PAÍS

Las directivas previas son actualmente aceptadas en distintos lugares del mundo. A ello nos referiremos seguidamente en forma sucinta.

La cuestión en legislaciones ajenas a la nuestra

En prácticamente todos los estados de los Estados Unidos de América -lugar en donde han surgido- se ha dictado una normativa relativa a las directivas anticipadas, que regulan la posibilidad de delimitar el alcance de las acciones terapéuticas que pueden tomarse en el supuesto de personas que no se encuentran en situación de expresar su voluntad.

También en Alemania se admite la validez de las directivas previas, lo que también ha ocurrido en Francia por una ley dictada en el mes de noviembre de 2004. En España, las instrucciones pre-

[11] *Ibíd.*, p. 250 y ss.

[12] ROXIN, Claus, "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia", en: AA.VV., *Eutanasia y Suicidio...*, op. cit., p. 21.

vias no serán aplicadas cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o cuando no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Las leyes holandesa y belga reconocen la validez de las directivas previas, aunque en ambas leyes sólo se contempla el muy limitado supuesto de que la directiva se haya dado únicamente a efectos de dar término a la vida.

Si bien en Italia no existe una ley al respecto, la doctrina dominante niega valor a las directivas previas, en razón de la falta de actualidad de las mismas en el momento en que dichas directivas deben tener eficacia. [13] No obstante, en el año 1992 el Consejo Italiano de Bioética aprobó una denominada "Carta de Autodeterminación" en virtud de la cual la persona puede disponer, en el supuesto de que en el futuro se viera afectada por una enfermedad en fase terminal o por una lesión traumática irreversible, que las mismas no sean tratadas y que se le apliquen procedimientos de carácter

analgésico, aunque éstos pudieran acelerar su muerte.

Por último, recordamos que tanto en la Recomendación del año 1999 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la "Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos", como en el Convenio de Oviedo, se admite la validez de las directivas previas.

La situación en nuestro país

Hasta la sanción de la Ley 26.529 -en cuyo artículo 11 se admitió que toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, salvo que implique desarrollar prácticas eutanásicas-, en nuestro país no existía a nivel nacional norma alguna que permitiera en forma expresa esa especie de directivas previas. No obstante, la doctrina estaba en general de acuerdo en que ello no impedía su validez, [14] en el supuesto de que alguna persona capaz emitiera una declaración de voluntad que contemplara cuestiones de esa naturaleza, con la finalidad de evitar tener

[13] Véase al respecto: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad...*, op. cit., p. 114.

[14] Cfr. ANDRUET (h.), Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad...*, op. cit., p. 244 y ss.; BLANCO, Luis Guillermo, *Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas*, Buenos Aires, Ad. Hoc., 1997, p. 105; LEMON, Alfredo, "La más secreta intimidad (El derecho constitucional en los umbrales de la muerte)", *La Ley*, 1993-E-839. Los dos primeros autores fundamentan la validez de las directivas previas en las reglas del contrato de mandato.

que verse eventualmente en el futuro sometida a situaciones de tipo distanásico. [15]

Antes de la sanción de la Ley 26.529, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se había creado un Registro de Actos de Autoprotección, en el cual se pueden inscribir las actas otorgadas en las escribanías referentes a lo que el otorgante desea para el supuesto de que se encontrare en el futuro en una situación tal que no pudiera expresar su voluntad con respecto a los tratamientos médicos o terapias a serle aplicadas en razón de su estado de salud.

Además, en varias provincias de nuestro país se dictaron normas que admiten la validez de las directivas previas, en alguna de las cuales existen disposiciones de cuyo contenido se desprende la admisión de la práctica de actos eutanásicos. Recordamos, en tal sentido, las Leyes 4.263 y 4.264 de la provincia de Río Negro, en las que, entre otras disposiciones, se reconoce la validez de las disposiciones anticipadas para el supuesto de que la persona se encontrare en un esta-

do tal de no poder expresar su voluntad. En la primera de ellas se admite la posibilidad del rechazo a la hidratación y alimentación por parte de la persona que padece una enfermedad irreversible e incurable y que se encuentra en un estadio terminal, dejando de lado, de ese modo, que -aunque las mismas se lleven a cabo por vías artificiales- dichos actos representan siempre un medio natural de conservación de la vida, y no un acto médico, por lo cual, en principio, deben ser considerados ordinarios y proporcionados, y, como tales, moralmente obligatorios en la medida que demuestren alcanzar su finalidad propia. [16]

También la Ley 2.611 del año 2008, de la provincia de Neuquén, admite la validez de las directivas previas sobre los cuidados y el tratamiento de la salud a fin de que sean cumplidas en el supuesto de encontrarse la persona en situación de no poder expresar su voluntad. Se establece, asimismo, que dichas instrucciones no deberán ser cumplidas cuando fueran contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, como tampoco las que no se correspondan con el supuesto de hecho

[15] Alberto Jorge Gowland entiende que las directivas previas son, en nuestro Derecho, de dudosa validez, aunque dicha opinión es únicamente con relación al supuesto de la declaración efectuada previamente con la finalidad de no ser mantenido artificialmente con vida. Agrega Gowland que, en todo caso, ese derecho se enfrenta con la necesaria lucha por la vida del paciente que todo médico debe procurar, y que al existir en nuestra legislación una "laguna", la misma debe llenarse a favor de la vida, y no en contra de ésta, pues el derecho a la vida es el que máxima protección constitucional merece ("Eutanasia: una decisión personalísima", *El Derecho*, 08.06.2005).

[16] Véase con relación a dicha ley: SAMBRIZZI, Eduardo, "La admisión de la eutanasia en Río Negro", *La Ley*, Buenos Aires, 2008-A-1144.

que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

LA PRAXIS JUDICIAL

Entre las pocas sentencias que se han dictado relacionadas con la voluntad anticipada para la realización de los tratamientos médicos a recibir, queremos recordar dos de ellas, una de las cuales fue dictada por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que rechazó un recurso interpuesto contra una sentencia del Tribunal de Familia n. 2 de la ciudad de San Isidro, que había negado la petición efectuada por el esposo de una mujer que se encontraba en un estado vegetativo persistente, para no continuar alimentándola e hidratándola. El fundamento principal del fallo de la Corte consistió en el hecho de que no se había acreditado la existencia de directivas previas por parte de la esposa, en el sentido de no continuar prestándole esa asistencia en el supuesto de encontrarse en el estado en el que se hallaba. [17]

La otra sentencia a la que nos referimos fue dictada por un Tribunal Penal de la ciudad de Mar del Plata, a cargo del Dr. Pedro Federico Hooft. Se trataba de una acción de amparo mediante la cual el cónyuge de una persona con una enfermedad de carácter grave requirió que se resolviera que en el futuro fuera respetada la decisión de su esposa -expresada ante el Juez y por escritura pública-, en el sentido de que no le sean practicadas una traqueotomía con la finalidad de conectar un respirador artificial portátil y una gastrostomía para su alimentación e hidratación.

En la sentencia se afirmó la validez de las directivas anticipadas en la medida en que **no impliquen prácticas eutanásicas activas**, y se recordó lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso Bahamondez, [18] en el cual se sostuvo que "no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno

[17] *La Ley*, 2005-B-265, con nota de ZAMBRANO, Pilar, "Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos vitales". El fallo también fue publicado en *El Derecho* (8 y 9 de junio de 2005), con notas aprobatorias de GOWLAND, Alberto Jorge, "Eutanasia: una decisión personalísima" y SUARES, Roberto César, "La intangibilidad de la vida en una excelente decisión judicial".

[18] *El Derecho*, 153-249, con notas de PORTELA, Jorge Guillermo, "Hacia una justificación de la objeción de conciencia" y BIDART CAMPOS, Germán J., "La objeción de conciencia frente a tratamientos médicos". El fallo también se publicó en *La Ley*, 1993-D-126, con nota de SAGÜES, Néstor Pedro, "¿Derecho constitucional a no curarse?".

discernimiento y no afectara a derechos de terceros”, de lo que se infiere -se afirmó- que tratándose de conductas *auto-referentes*, “las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales”. En razón de considerar el juez que, de tenerse que practicar a la actora -con la finalidad de mantenerla con vida- una traqueotomía, o una gastrostomía para su alimentación, se vería violada su dignidad, entendió que la misma se encontraba autorizada con fundamento en el principio de autonomía, para optar entre ambos valores -dignidad y vida, los dos de carácter superior y constitucionalmente protegidos-, habiendo ya optado por el primero de ellos -dijo- mediante las *directivas previas* que había emitido mediante una actuación notarial. Se afirmó, asimismo, en la sentencia, entre otros conceptos, que el objeto de la acción no consistía en la obtención de una *convalidación, homologación o autorización judicial* para prácticas eutanásicas, sino que la misma tendía, de manera inequívoca, a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes, por cuanto, en última instancia, en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afectaba a la paciente, de ocurrir su muerte ella sería la consecuencia directa de su patología, respecto de la cual, en el actual estado de la ciencia médica, no existía ninguna terapia curativa.

Al comentar el fallo afirmamos que, si bien ni la traqueotomía ni tampoco la gastrostomía para procurar la hidratación y alimentación de la paciente constituían -en razón del estado de la misma- una terapia, lo cierto es que, al menos con la gastrostomía, no parecía existir un fundamento razonable como para permitir que en el futuro no fuera practicada, pues dicha omisión llevaría a anticipar la muerte de la amparista que, de ese modo, se produciría antes del momento en el que ocurriría naturalmente, como consecuencia directa de su patología. También señalamos que, no obstante ser la gastrostomía un acto invasivo, no constituía una acción o tratamiento desproporcionado, lo que nos llevó a cuestionar el fallo en ese aspecto. Recordando lo expresado al respecto por Juan Pablo II, afirmamos que la alimentación e hidratación artificiales son parte de los tratamientos normales que siempre se le deben prestar al enfermo, cuando no resultan gravosos para él, circunstancia esta última que no se daba en el caso, constituyendo la práctica de una gastrostomía un medio de conservación de la vida que no le acarrea a la paciente sufrimientos adicionales, ni tampoco le impedía la comunicación con otras personas, no constituyendo, por tanto, un proceder que pudiera ser calificado de encarnizamiento terapéutico.