

LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE TERMINAL EN EL DERECHO ALEMÁN

*Andrea Tietze**

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la garantía a la autodeterminación del paciente terminal en el Derecho alemán. Dicha garantía genera problemas si el paciente no puede otorgar o denegar su consentimiento frente a un tratamiento que salva o prolonga su vida a causa de su estado de salud. Si el paciente no ha tomado precauciones individuales, el tribunal tutelar nombra un asistente que decide como su representante legal. Para evitar este procedimiento judicial, el paciente tiene la posibilidad de otorgar anticipadamente un poder preventivo que constituye una instrucción del paciente destinada a determinar sus deseos relativos al tratamiento médico al final de su vida. La decisión del representante del paciente requiere un control judicial mediante una autorización del tribunal tutelar. Esta cuestión, ampliamente discutida en la doctrina alemana, ha sido decidida este año por el Bundesgerichtshof.¹

AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las expectativas de vida generadas por los tratamientos médicos se han elevado enormemente. Esto ha traído consigo un positivo impacto en el marco sanitario, pero también ha implicado problemas: La prolongación de la vida puede acarrear no sólo un beneficio sino también un padecimiento extenso y una muerte lenta y

angustiosa.² De esto resulta el deseo de muchos pacientes de controlar el cómo y cuándo morir para resguardar su dignidad también al término de la vida.

En la discusión jurídica, el problema del tratamiento médico de un paciente terminal ha sido tratado casi siempre bajo el aspecto de la responsabilidad penal del médico.³ Sin embargo, este aspecto no agota el problema. Si un paciente debe o no ser tratado o si un

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Profesora Asistente de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania.

¹ Tribunal Supremo en materia civil. En adelante: "BGH".

² Keilbach, H., "Vorsorgeregungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (en adelante: FamRZ)* 2003, p. 969.

³ Lipp, V., "Patientenautonomie und Sterbehilfe", *Betreuungsrechtliche Praxis (en adelante: BtPrax)* 2002, p. 47.

tratamiento médico no sólo es superfluo sino ilegal, apunta hacia la cuestión del contenido de la decisión del paciente. Sólo él puede tomar la decisión acerca de si quiere un tratamiento médico o no. Aun cuando parece fácil, este principio está enlazado con dificultades jurídicas y también prácticas que resultan evidentes si el paciente no puede expresarse, por ejemplo, porque se encuentra en estado de coma.

El presente trabajo pretende investigar el derecho a la autodeterminación del paciente terminal en el derecho alemán. La primera parte tiene por objeto describir los principios de la autodeterminación del paciente y tratará sobre todo el caso del paciente terminal que no puede expresar sus deseos y decisiones. En la segunda parte, abordaré las posibilidades que tiene un paciente para expresar su voluntad respecto de las actuaciones sanitarias que desee recibir en el futuro, otorgando documentos de voluntad anticipada. Uno de los problemas que se presenta es el del paciente que no puede expresarse, respecto del cual, su representante debe tomar la decisión o, por lo menos, debe imponer la voluntad del paciente. Aquí se pone de relieve la cuestión del control judicial de esta decisión del representante que describiré en la tercera parte. En este contexto presentaré el fallo del BGH de fecha 17 de marzo de 2003⁴ que en seguida provocó una amplia discusión no sólo en el ámbito jurídico sino también en el social y, según el cual, el legislador está llamado a actuar creando una nueva ley que garantice la autodeterminación del paciente manifestada en documentos de voluntad anticipada.⁵

⁴ Fallo BGH, de fecha 17. 3. 2003, publicado en *Neue Juristische Wochenschrift (en adelante NJW)* 2003, p. 1588.

⁵ Strätling, M./ Sedemund-Adib, B./ Scharf, V./ Schmucker, P., "Gesetzliche Normierung von Patientenverfügungen", *BtPrax* 2003, p. 154, 157.

2. LOS PRINCIPIOS LEGALES RELATIVOS AL TRATAMIENTO MÉDICO DEL PACIENTE TERMINAL

2.1. *La obligación de respetar la voluntad del paciente*

Toda actuación en el ámbito sanitario requiere el consentimiento previo del paciente.⁶ Después de recibir la información adecuada, el paciente puede decidir entre los tratamientos médicos disponibles y también tiene derecho a negarse al tratamiento.⁷

Este principio resulta de la autodeterminación del paciente que se basa en los artículos 1 y 2 del Grundgesetz⁸ que garantizan la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad.⁹ Sólo el paciente puede determinar si desea someterse a un tratamiento médico. El médico no tiene ningún derecho propio involucrado en el tratamiento.¹⁰ Es importante subrayar que lo mismo rige si el médico ya ha comenzado a aplicar un tratamiento pues para continuarlo requiere el consentimiento del paciente. En otras palabras, es la cesación de un tratamiento la que necesita el consentimiento, si no la continuación del mismo, aun si se trata de

⁶ Laufs, A./ Uhlenbruck, W., *Handbuch des Arztrechts*, 3ª edición, Munich 2002, p. 959; Deutsch, E., *Medizinrecht*, 4ª edición, Berlín, Heidelberg, Nueva York 1999, p. 75.

⁷ Mayer, K., *Medizinische Maßnahmen an Betreuten*, Wurtzburgo 1995, p. 35.; Taupitz, J., "Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens", *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages*, Band I, Gutachten, Munich 2000, p. A 28.

⁸ Constitución alemana. En adelante: "GG".

⁹ Fallos BGH de fecha 9. 12. 1958 y 14. 2. 1989, publicado en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (en adelante: *BGHZ*) 29, pp. 46, 49, 54 y 106; pp. 391, 397; Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 47.

¹⁰ Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 47.

un régimen que salva o que prolonga la vida del paciente y éste morirá sin el tratamiento.¹¹ Si el médico aplica un tratamiento sin el consentimiento o aún contra la voluntad del paciente, está obligado a la indemnización del daño corporal causado al paciente aun si la actuación médica sirve para la restauración o el mejoramiento de la salud del paciente.¹² Además, el médico es penalmente responsable por su actuar.¹³

La autodeterminación del paciente debe ser respetada también si se encuentra en estado terminal.¹⁴ En el presente trabajo dicho concepto describe un estado en el cual el paciente presumiblemente fallecerá en un futuro cercano sin medidas médicas que salven o prolonguen su vida. Estas medidas incluyen también la nutrición y la hidratación artificial mediante sondas. Aun si el paciente pudiese morir sin las medidas médicas o como consecuencia de la cesación del tratamiento, el médico no debe actuar si el paciente no lo quiere: el paciente puede decidir si quiere morir y cuándo. Es irrelevante si la decisión del paciente es considerada razonable por el médico.¹⁵ Tampoco se puede deducir de una decisión insensata que el paciente no es capaz de otorgar o negar su consentimiento y que, por ende, su voluntad

no sea eficaz y un representante deba decidir.¹⁶ En este caso, la muerte expresa la autodeterminación del paciente.

Si el médico *no* aplica la medida que prolonga o salva la vida del paciente o *cesa* el tratamiento, hace valer la voluntad del paciente. En consecuencia, esta omisión del médico es entonces lícita como forma de “eutanasia pasiva”.¹⁷ En contraposición a ésta se encuentra la “eutanasia activa” que describe una acción intencional del médico destinada a privar de vida al paciente. La eutanasia activa está prohibida por el derecho penal alemán.¹⁸

2.2. La decisión del representante (La autodeterminación del paciente incapacitado de manifestar su voluntad)

El derecho del paciente a la autodeterminación no se extingue ni aún si él mismo estuviere impedido de manifestar su voluntad. En este caso, el paciente no puede decidir por sí mismo sobre el tratamiento médico. Pero lo anterior no significa que el médico pueda siempre tomar la decisión sobre el tratamiento en lugar del paciente. Ello sólo es posible en casos de emergencia, si no hay tiempo para preguntar a otra persona que tenga el derecho a la decisión.¹⁹ Sin embargo, el médico no debe decidir según sus pro-

¹¹ Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 48.

¹² § 823 I Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil alemán. En adelante, “BGB”. Véase también: Frost, A., *Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio 1994, p. 4.

¹³ § 223 Strafgesetzbuch, Código Penal alemán. En adelante “StGB”.

¹⁴ Schaffer, W., “Patientenautonomie am Ende des Lebens”, *BtPrax* 2003, pp. 143, 144.

¹⁵ Diederichsen, U., *Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 62ª edición, Munich 2003, § 1901, Rn. 3, p. 2083. Pawlowski, H., “Betreuung wider Willen?”, *Recht in Europa, Festschrift für H. Fenge*, de Yessiou-Faltsi, Hamburgo 1996, p. 479. Véase también § 1901 II 2 BGB.

¹⁶ Taupitz, J., citado en *supra* nota 7, p. A 57; Jürgens, A./Kröger, D./ Marschner, R./ Winterstein, P., *Betreuungsrecht kompakt*, 5ª edición, München 2002, p. 79.

¹⁷ Schwab, D., *Münchener Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4ª edición, Munich 2002, § 1904, Rn. 34, p. 1976.

¹⁸ § 216 StGB.

¹⁹ Opderbecke, H., Weißauer, W., “Ein Vorschlag für Leitlinien - Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht”, *Medizinrecht* (en adelante: *MedR*) 1998, pp. 395, 396; Schaffer, W., citado en *supra* nota 14, p. 145.

prios criterios sino aplicar los criterios del paciente, es decir, según la voluntad presunta del paciente. Esta se compone de sus conceptos, ideas y deseos subjetivos.²⁰ Si no se conocen, el médico debe actuar en favor del bien objetivo del paciente, esto es, de su salud y de la salvación de su vida mediante el tratamiento médico.

Después de haber estabilizado el estado de salud del paciente, el médico necesita todavía el consentimiento del paciente para *continuar* el tratamiento. Lo mismo vale cuando el médico desea posponerlo por un tiempo. Si transcurrido éste, el paciente puede expresarse, no surgen problemas: el médico puede preguntarle. Si el paciente aún no puede manifestar su voluntad, habrá que preguntarle al representante del paciente que actúa en su lugar. Este decide sobre las actuaciones sanitarias y concede o deniega el consentimiento en nombre del paciente.

En primer lugar, es importante decir que en el derecho alemán los familiares no tienen el poder de representación. Esto genera muchas dificultades en la práctica, porque en realidad la mayoría de las personas cree tener tal poder por sus parientes. Especialmente los cónyuges, los padres y los hijos suelen decidir sobre el tratamiento médico sin contar con facultades para ello. Por esta razón, el legislador alemán tiene la intención de reformar el derecho de asistencia en este aspecto. La comisión instituida por la Conferencia de Ministros de Justicia presentó su

informe final haciendo un llamado a los ministros de Justicia en el sentido de crear una ley que permita a los familiares tomar una decisión médica en caso de que el paciente no pueda manifestar su voluntad.²¹

Sin embargo, según la ley actual, los familiares no tienen el poder de decisión, a menos que sean designados como representantes, ya sea por el tribunal tutelar (representante legal) o por un acto del paciente (representante por acto negocial privado). Analizaremos en primer lugar la situación jurídica del representante legal.

Según el § 1896 I BGB, el tribunal tutelar puede nombrarle un asistente a una persona mayor de edad que no es capaz de regular sus asuntos a causa de una enfermedad física o mental. La ley sobre asistencia entró en vigencia el 1 de enero de 1992 y normó la tutela dirigida a las personas mayores de edad. Se comprende como instrumento de realización de la autodeterminación del enfermo que no es capaz de realizarla él mismo. La diferencia más grande con respecto a la tutela es que el acto judicial de nombramiento del asistente no produce ningún efecto con respecto a la capacidad de contratar. En otras palabras, aun cuando el tribunal tutelar haya nombrado un asistente, el asistido puede, en principio, celebrar contratos por sí mismo. Para él rigen las mismas reglas aplicables a cualquier persona mayor de edad, según las cuales se determina la incapacidad de contratar.²² La única excepción es el § 1903 BGB: con el objeto de impedir un peligro grave para el patrimonio o la per-

²⁰ Lipp, V., "Selbstbestimmung am Ende des Lebens", en: *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, Wolter, J./ Riedel, E./ Taupitz, J. (ed.), Heidelberg 1999, pp. 75, 78. En contra: Taupitz, citado en *supra* nota 7, p. A 41 que se refiere sobre todo a los intereses objetivos del paciente a causa de la seguridad jurídica.

²¹ Véase el informe final en <http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/betreuung/index.html> (de fecha 16. 9. 2003).

²² La incapacidad de contratar está regulada en los §§ 104 y siguientes del BGB.

sona del asistido, el tribunal tutelar puede ordenar una reserva de consentimiento, con la consecuencia jurídica que el asistido necesitará el consentimiento de su representante legal para emitir una declaración de voluntad válida. Por lo tanto, queda limitado en su capacidad de contratar.²³

El asistente representa al asistido en el marco de aquellos asuntos en que le está vedado actuar por sí mismo. Si actúa, *debe* —y esa es la segunda gran diferencia con la tutela— atenerse a la voluntad del asistido, es decir, debe respetar y garantizar la autodeterminación del asistido en la medida de lo posible. La única limitación a esta obligación la constituye el bienestar del asistido. Si sus deseos constituyen un peligro a su bienestar, entonces el asistente no debe cumplirlos. Este principio está regulado en el § 1901 III 1 BGB y representa una de las normas de más difícil interpretación.²⁴

Para ser nombrado asistente y con ello representante legal del paciente, hay que seguir un procedimiento largo y difícil.²⁵ Antes de nombrar al asistente, el juez tutelar debe dar audiencia al afectado para obtener una impresión directa de la persona y de su enfermedad mental o de la disminución de sus capacidades mentales.²⁶ Debe también oír a la autoridad administrativa competente y, en principio, a los familiares del paciente.²⁷ Lo más impor-

tante es un dictamen médico que establezca la necesidad de nombrar un asistente al afectado para que regule sus asuntos a causa de su enfermedad.²⁸ Este procedimiento sirve para proteger al asistido de una injerencia ilegítima en sus derechos, limitando la intervención estatal a los casos en que sea estrictamente necesario. El principio de la necesidad es un principio básico en el derecho de asistencia y vale también para todas las medidas del asistente. Además, el tribunal tutelar debe nombrar al asistente sólo para aquellos asuntos en los cuales falta la capacidad regulatoria del afectado, por ejemplo, en la administración de los bienes del enfermo o en las decisiones relativas a su estado de salud. Como consecuencia, el asistente sólo debe actuar en estos ámbitos y carece de poder decisorio en los demás.

Si el tribunal tutelar ha nombrado un asistente en materia de salud, éste puede actuar como representante legal del asistido, es decir, puede consentir en las medidas sanitarias en lugar del paciente.²⁹ Sin embargo, una parte de la doctrina alemana sostuvo que el representante no tiene el poder decisorio en esta materia, porque se trataría de una decisión que el propio paciente debería tomar.³⁰ Esta discusión fue terminada por el BGH que constató que el

²⁸ § 68 b FGG.

²⁹ Taupitz, J., citado en *supra* nota 7, p. A 71; Schwab, D., *Münchener Kommentar*, citado en *supra* nota 17, § 1904 BGB, Rn. 6, p. 1964; Mayer, K., citado en *supra* nota 7, p. 55; Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, § 1904 BGB, Rn. 2, p. 2087; Bienwald, W., *Staudinger*, citado en *supra* nota 25, § 1896 BGB, Rn. 90, p. 105.

³⁰ Fallo Landgericht (en adelante LG) München, de fecha 18. 2. 1999, publicado en *FamRZ* 1999, p. 742; fallo LG Augsburg, de fecha 4. 8. 1999, publicado en *FamRZ* 2000, p. 320, 321; Seitz, W., “Das OLG Frankfurt aM und die Sterbehilfe”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (en adelante: *ZRP*) 1998, p. 417, 420.

²³ Por eso, el § 1903 BGB indica las normas sobre el menor que está limitado en su capacidad de contratar, §§ 108 – 113, 131 II, 210 BGB.

²⁴ Véase también bajo III 3.

²⁵ Véase Bienwald, W., *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 1896-1921 BGB, 13 e., Berlín 1999, Vorbemerkungen zu §§ 1896 ff., Rn. 46, p. 39.

²⁶ § 68 Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria. En adelante: “FGG”.

²⁷ § 68 a FGG.

representante puede, en principio, tomar las mismas decisiones que el paciente mismo.³¹ El carácter personal de la decisión no implica la imposibilidad de que el representante la tome en lugar del asistido. Este principio se manifiesta también en la normativa sobre asistencia, en la medida que ella justamente presupone la competencia del asistente relativa a decisiones personales.

Sin embargo, el asistente debe actuar dentro de un determinado *margen de decisión* que está dado por la indicación del tratamiento que haga el médico. Si un tratamiento médico no es prescrito por el facultativo, el asistente no puede decidir sobre la cesación de este tratamiento. Presupuesto de la decisión del asistente sobre la cesación de un tratamiento médico es que el médico lo ofrezca.³² Es un principio de lógica porque el asistente no puede decidir sobre una medida que el médico no propone.

Para tomar la decisión, el asistente no debe aplicar sus propios criterios y valores sino que debe orientarse según la voluntad del paciente, § 1901 III 1 BGB. La obligación de respetar la voluntad real del asistido vale también si éste no es capaz de consentir. En caso contrario, el § 1901 III 1 BGB no tendría relevancia: Si el afectado es capaz de consentir, él mismo puede decidir sobre el tratamiento médico. La decisión del asistente sería irrelevante. Sólo si el afectado es incapaz de consentir, dependerá del asistente la decisión sobre la medida sanitaria.³³ En este caso, el asistente está obligado a respetar el deseo del afectado.

Sin embargo, los casos de que trata el presente trabajo se caracterizan por el hecho de que los pacientes ya no pueden expresarse porque se encuentran en estado de inconciencia. ¿Cómo conocer el deseo del asistido entonces? O el paciente ha otorgado un documento de voluntad anticipada³⁴ o el asistente debe decidir según la voluntad presunta del paciente. Esto último explica que normalmente sean nombrados asistentes los familiares del paciente que conocen sus valores y su actitud frente a la cesación de un tratamiento médico al final de su vida. Mediante esta disposición legal se garantiza, entonces, que la autodeterminación del paciente sea conservada lo más posible.

Pero según el fallo del BGH de fecha del 17 de marzo del año en curso, existe una limitación al poder decisorio del asistente.³⁵ Él sólo puede aprobar la cesación del tratamiento médico que salva o prolonga la vida del paciente, si la enfermedad que sufre éste ha tomado un curso irreversible y letal. Esta limitación ha sido muy criticada en la doctrina.³⁶ En primer lugar, porque el contenido de esta expresión, en el contexto en que se emite, resulta difuso. Hasta ahora, esta expresión había descrito la fase en la cual el paciente agoniza.³⁷ Si el poder decisorio del asistente estuviera limitado de esta

³⁴ Véase bajo III 1 y 3.

³⁵ Fallo BGH, de fecha 17. 3. 2003, publicado en *NJW* 2003, p. 1588.

³⁶ Spickhoff, A., "Anmerkung zum BGH-Beschluss, de fecha 17. 3. 2003", *Juristenzeitung* (en adelante: *JZ*) 2003, pp. 739, 741; Lipp, V., "Anmerkung zu BGH-Beschluss, de fecha 17. 3. 2003", *FamRZ* 2003, p. 756.

³⁷ Spickhoff, A., citado en *supra* nota 36, p. 741; Bienwald, W., "Anmerkung zu BGH-Beschluss, de fecha 17. 3. 2003", *Monatsschrift für deutsches Recht* (en adelante: *MDR*) 2003, pp. 694, 695.

³¹ Fallo BGH, de fecha 17. 3. 2003, publicado en *NJW* 2003, p. 1588.

³² Fallo BGH, de fecha 17. 3. 2003, publicado en *NJW* 2003, p. 1588.

³³ Bienwald, W., *Kommentar zum Betreuungsrecht*, 3ª edición, Bielefeld 1999, § 1904 BGB, Rn. 38, p. 422.

manera, entonces él no tendría nunca la posibilidad de decidir sobre la cesación del tratamiento médico que salva o prolonga la vida, porque en esta fase, el médico no ofrecería un tratamiento de este tipo. Eso significaría que el asistente nunca podría hacer valer la autodeterminación del paciente. Analizada la argumentación del BGH, resulta que su fórmula limitativa deriva de una interpretación incorrecta de un fallo del BGH en lo penal.³⁸ En este fallo, el BGH dijo que la voluntad presunta debe ser examinada con mucha prudencia, pero también subrayó la legalidad de la eutanasia pasiva, es decir, de la decisión de cesar un tratamiento médico que salva o prolonga la vida del paciente con la consecuencia que éste muera. Por estas razones, en mi opinión, la fórmula limitativa del poder decisorio desarrollada por el BGH no perdurará en la discusión jurídica.³⁹

3. LOS DOCUMENTOS DE VOLUNTAD ANTICIPADA

El procedimiento para nombrar un representante legal es largo e implica altos desembolsos en dinero. Además, no es seguro que el tribunal nombre como representante a la persona más cercana al paciente. Normalmente, es la familia del paciente la que conoce sus deseos, pero también puede suceder que la relación con la familia no sea tan íntima. Por otra parte, es muy difícil decidir sobre la cesación del tratamiento médico al final de la vida, porque a nadie le gusta hablar de su muerte y, por ende, la cesación del trata-

miento médico que salva o que prolonga la vida es un tema que no se discute mucho en la familia.

En conclusión, la vía judicial intenta garantizar de la mejor manera la autonomía del paciente, pero no es perfecta. Por eso, se han desarrollado medidas para imponer la autodeterminación del paciente: los documentos de voluntad anticipada.⁴⁰

Se trata de documentos mediante los cuales una persona puede fijar con anticipación su voluntad para el caso en que no pueda manifestarla personalmente.⁴¹ En la doctrina y en la práctica, se han impuesto tres tipos de estos documentos que persiguen fines diferentes: La "instrucción del paciente" (*Patientenverfügung*), el "poder preventivo" (*Vorsorgevollmacht*) y la "instrucción al asistente" (*Betreuungsverfügung*).

3.1. La instrucción del paciente ("Patientenverfügung")

Mediante una instrucción del paciente, éste puede determinar su tratamiento médico con anticipación.⁴² Por regla general, las instrucciones tienen por objeto la cesación de un tratamiento médico que salva o prolonga la vida del paciente, por ejemplo me-

⁴⁰ Para una introducción sobre el tema, véase Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 6 y siguientes, p. 2072; Keilbach, H., citado en *supra* nota 2, p. 970; Uhlenbruck, W., *Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht: Zur Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes*, 3ª edición, Dortmund 1998; Langenfeld, A. *Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsgesetz*, Constanza 1994.

⁴¹ Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 53.

⁴² Véase Taupitz, J., citado en *supra* nota 7, p. A 96; Schöllhammer, L., *Zur Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments*, Berlín 1993.

³⁸ Fallo BGH, de fecha 13. 9. 1994, publicado en *NJW* 1995, p. 204.

³⁹ Así también Lipp, V., citado en *supra* nota 36, p. 756.

diente aparatos mecánicos.⁴³ Así, el paciente se defiende contra una prolongación de su sufrimiento aunque ya no pueda expresar su deseo a causa de su estado real. El rechazo al tratamiento que prolonga su vida no implica que el paciente quiera morir sufriendo. Las medidas sanitarias básicas como la limpieza del paciente y el tratamiento paliativo deben aplicarse en todo caso.

Jurídicamente, la instrucción del paciente no requiere de formalidades especiales. Por eso, su calificación como “testamento del paciente” conduce a error, porque los testamentos del derecho sucesorio deben ser manuscritos y sirven para determinar la persona de los herederos.⁴⁴ La libertad en cuanto a la forma resulta del hecho que la instrucción del paciente es un instrumento de su autodeterminación: la protección de la misma no estaría garantizada si la posibilidad de expresar su voluntad con anticipación estuviera limitada por la necesidad de una formalidad especial. Sin embargo, por motivos de prueba, el paciente debe otorgar su instrucción en forma escrita.⁴⁵ Para ello puede utilizar alguno de los formularios existentes en la práctica médica. Para que el médico sepa que la voluntad del paciente no ha cambiado, lo mejor es actualizar la instrucción del paciente cada cierto tiempo. Jurídicamente no es necesario, pues la instrucción, como declaración de voluntad, mantiene su eficacia mientras el otorgante no se retracte.⁴⁶ Si el otorgan-

te cambia sus deseos respecto del tratamiento médico al final de la vida, es de su cargo el riesgo de modificar su instrucción.⁴⁷

El presupuesto para otorgar una instrucción válida es la capacidad de consentir del paciente acerca de un tratamiento médico. El paciente es capaz de consentir si puede comprender y valorar tanto el tratamiento médico como sus consecuencias y riesgos, y decidir según su valoración.⁴⁸ El hecho que una instrucción requiera la capacidad del paciente de consentir no implica necesariamente que debamos investigar esta capacidad cada vez que el paciente ha otorgado anticipadamente una instrucción. Más bien por el contrario, la instrucción es siempre eficaz, si no se constata la *incapacidad* de consentir. Ello resulta del principio que un mayor de edad es considerado capaz en el tráfico jurídico, mientras su incapacidad no fuere constatada.

Es evidente que el paciente puede revocar su instrucción cuando cambien sus deseos. Debe manifestar que su instrucción ya no vale. Eso también resulta del principio de la autodeterminación del paciente.

Hasta ahora, no existe un registro especial para las instrucciones del pacien-

⁴³ Berger, C., “Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens”, *JZ* 2000, p. 797, 802.

⁴⁴ Fallo Oberlandesgericht (en adelante: OLG) Hamm, de fecha 8. 1. 1997, publicado en *BtPrax* 1997, p. 162; Amelung, K., “Probleme der Einwilligungsfähigkeit”, *Recht und Psychiatrie* (en adelante: RuP) 1995, p. 20, 26; Marschner, R., *Jürgens, Kommentar zum Betreuungsrecht*, 2ª edición, München 2001, § 1904 BGB, Rn. 4, p. 344; Heide, J., *Medizinische Zwangsbehandlung*, Berlin 2001, p. 140; Wolf, A., “Personenbezogene Entscheidungen im Diskussionsentwurf eines Betreuungsgesetzes”, *ZRP* 1988, pp. 313, 314.

⁴³ Keilbach, H., citado en *supra* nota 2, p. 970.

⁴⁴ Keilbach, H., citado en *supra* nota 2, p. 970.

⁴⁵ Dodegge, G./Fritsche, I., “Zur Rechtslage bei der Entscheidung über den Abbruch medizinischer Behandlungen”, *Neue Justiz* (en adelante: *NJ*) 2001, p. 176, 182.

⁴⁶ Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 9, p. 2072.

te. Es tarea del otorgante que sus familiares, su médico u otras personas cercanas conozcan la instrucción para el caso en el cual no pueda expresar sus deseos. Por esta razón, el paciente debe informar a estas personas para que ellas puedan actuar según sus deseos.

Antes de otorgar una instrucción siempre es útil hablar con un médico sobre las posibilidades de los tratamientos médicos al final de la vida.⁴⁹ De esta manera, el paciente puede evaluar mejor lo que le espera en caso de pérdida de conciencia. Pero aun sin tal información, una instrucción del paciente debe ser reconocida. Rige el mismo principio que en el consentimiento informado. Cada actuación en el ámbito de la salud del paciente supone un consentimiento libre e informado. El paciente tiene derecho a la información sanitaria que le permita valorar las diversas opciones médicas. Sin embargo, si el paciente, por cualquier razón, no quiere la información, el consentimiento todavía puede ser eficaz. Como a cualquier otro derecho, el paciente también puede renunciar al derecho a información sanitaria.⁵⁰

Quiere decir que aun si valoramos una instrucción del paciente como consentimiento anticipado del mismo, la falta de información no impide la validez de la instrucción.

Eso nos lleva a una cuestión complicada: ¿Qué efectos producen las instrucciones del paciente en el tráfico jurídico? Este problema fue muy discutido en la doctrina alemana.⁵¹

⁴⁹ Sobre la obligación jurídica de informar al paciente, ver Taupitz, citado en *supra* nota 7, p. A 113.

⁵⁰ Keilbach, H., citado en *supra* nota 2, p. 972.

⁵¹ Véase la discusión Schöllhammer, L., citado en *supra* nota 42, p. 26 y siguientes.

Todos están de acuerdo en que una instrucción del paciente es válida y debe ser respetada.⁵² Pero no es muy claro si tal instrucción representa un consentimiento anticipado que autoriza al médico para aplicar el tratamiento sanitario.⁵³ Aquí surge el problema de que la instrucción del paciente ha sido otorgada con anticipación. Jurídicamente, esta característica no presenta inconvenientes pero implica que el documento deba ser muy amplio. En consecuencia, una instrucción del paciente normalmente está redactada de manera muy general. Entonces, por regla general el médico no podrá saber si la medida médica que tiene proyectada queda comprendida en la instrucción y si el paciente desea o rechaza el tratamiento. En este caso, sería necesaria una decisión concreta de un representante. Si el paciente no ha otorgado un poder preventivo, el tribunal tutelar deberá nombrarle un asistente que consienta o rechace el tratamiento médico, interpretando la instrucción del paciente. En otras palabras, muchas veces la existencia de una instrucción del paciente no evita la necesidad del nombramiento judicial de un asistente.

Si, por casualidad, la instrucción del paciente trata exactamente de la medida sanitaria que es necesario aplicar, no hay impedimentos jurídicos para que ella presente un consentimiento anticipado.⁵⁴

⁵² Fallo BGH, fallo de 17.3.2003, publicado en *NJW* 2003, p. 1588; Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 9, p. 2072.

⁵³ A favor de un consentimiento: Bienwald, W., *Staudinger*, citado en *supra* nota 25, § 1904 BGB, Rn. 46, S. 386; Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 9, p. 2072; en contra de un consentimiento: Spickhoff, A., citado en *supra* nota 37, p. 739.

⁵⁴ Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 7, p. 2072.

La discusión doctrinaria había llegado a esta conclusión que derivó en un amplio reconocimiento de las instrucciones.⁵⁵ En este mismo sentido se inclinó el fallo del BGH del 17 marzo 2003. Por una parte, subrayó la importancia y eficacia de las instrucciones del paciente y, de la otra, la argumentación apuntó, por el contrario, hacia el desconocimiento de la instrucción del paciente, como consentimiento anticipado, aun en el caso que ella comprendiese el tratamiento en cuestión. Volveré sobre este fallo del BGH al abordar la discusión sobre la decisión del representante del paciente.⁵⁶

3.2. *El poder preventivo* (“*Vorsorgevollmacht*”)

Aún más importante en el tráfico jurídico que la instrucción del paciente es el denominado poder preventivo.⁵⁷ Como ya señalé, la instrucción del paciente sólo vale como consentimiento anticipado en ciertos y determinados casos. En todos los demás, el médico necesita una autorización para aplicar o no el tratamiento médico. Como el paciente no puede expresar sus deseos, necesita un representante que sustituya su voluntad. Si el paciente no ha autorizado a nadie, el tribunal tutelar nombra un asistente. Por esta razón, resulta conveniente otorgar poder a alguien⁵⁸ mediante un documento de autorización preventiva.

Aún en los casos en que la instrucción del paciente representa un consen-

timiento anticipado, el paciente necesita de una persona que *garantice* que los médicos respetarán su voluntad y que impondrá sus deseos. Por eso también es útil haber autorizado a una persona de confianza para que pueda ocuparse de la realización de la autonomía del paciente.

El poder preventivo representa un negocio jurídico mediante el cual el poderdante faculta a una persona, en forma anticipada, para que ésta pueda actuar en su lugar en caso de incapacidad. Este poder puede abarcar todos los asuntos del afectado susceptibles de representación y, por lo tanto, también puede incluir la posibilidad de consentir o rehusar un tratamiento médico, si el paciente no es capaz de manifestar su propia voluntad.⁵⁹ Entonces, no es el paciente mismo quien toma la decisión sobre la cesación del tratamiento médico que salva o prolonga su vida, sino la tercera persona autorizada por el poder preventivo. La otra diferencia respecto de la instrucción del paciente es el momento en que se toma la decisión: mediante la instrucción del paciente, éste decide con anticipación sobre el tratamiento, mientras que el apoderado toma la decisión en el momento mismo de la coyuntura médica, es decir, cuando el paciente está en estado de coma. Estas circunstancias posibilitan que el tercero pueda tomar una decisión en el caso concreto, como garantizar que esta decisión sea respetada. El nombramiento de un asistente resulta innecesario existiendo un representante legal, según el § 1896 II 2 BGB. Además, el mandatario no sólo puede decidir sobre el tratamiento médico sino también sobre los asuntos patrimoniales del paciente. La esfera de competencias del apoderado, se decide según la

⁵⁵ Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 9, p. 2072.

⁵⁶ Véase bajo IV.

⁵⁷ Eisenbart, B., “Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten”, *MedR* 1997, p. 307.

⁵⁸ §§ 164 y siguientes BGB.

⁵⁹ Keilbach, H., citado en *supra* nota 2, p. 970.

relación interna entre el mandante y el mandatario.

El otorgamiento de un poder preventivo como negocio jurídico requiere la capacidad de contratar.⁶⁰ Normalmente, el apoderamiento no requiere una forma especial⁶¹ pero por razones de prueba, es mejor otorgarlo por escrito. Sin embargo, el § 1904 II BGB prescribe que ciertas medidas sanitarias que conllevan el peligro que el afectado muera o sufra un daño grave, sólo estarán comprendidas en el poder preventivo si existiere constancia escrita expresa. Por cierto, el § 1904 II BGB habla de medidas, es decir, de una acción, y en el caso de la cesación del tratamiento que salva o prolonga la vida del paciente, se trata de una omisión. Pero finalmente, el requisito de la escrituración sirve para proteger al paciente. Esta finalidad de la norma vale tanto más si resulta la muerte del paciente a causa de la cesación del tratamiento.⁶²

Normalmente, el poder preventivo se otorga para el caso en que el poderdante no pueda actuar por sí mismo.⁶³ Por eso,

⁶⁰ Lo mismo vale para la revocación del poder preventivo. Fallo del Bayerisches Oberstes Landesgericht (en adelante: BayObLG), de fecha 16. 5. 2002, publicado en *BtPrax* 2002, p. 214.

⁶¹ § 167 II BGB: El poder no requiere de las formalidades que ordena la ley para el negocio jurídico. Sin embargo, la escrituración es necesaria en el mandato judicial, BayObLG, *FamRZ* 1998, p. 920.

⁶² El mismo requisito de la escrituración para el poder preventivo existe en relación con las medidas privativas de libertad. Si el poderdante quiere facultar a alguien para que éste pueda privarle de su libertad, debe manifestarlo expresamente en el escrito de mandato.

⁶³ Según Diederichsen, U., *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 7, p. 2072, un poder preventivo siempre representa un poder bajo condición, aún sin la cláusula correspondiente. Así también Bühler, M., "Zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz und zur

surge el problema de cómo expedir el poder: Si el poderdante lo expide sin condiciones y se encuentra en un estado en el cual todavía puede decidir, corre el riesgo de que su representante actúe desde ya en el tráfico jurídico. Por cierto, este riesgo sólo surge de las decisiones en asuntos patrimoniales. En asuntos personales, como por ejemplo el consentimiento para un tratamiento médico, el médico siempre se dirige al paciente mismo, si éste puede manifestar su voluntad. Si el poderdante faculta al mandatario para actuar en caso que él mismo no pueda decidir, es decir, expide un poder preventivo bajo condición, este poder preventivo es menos eficaz en el tráfico jurídico.⁶⁴ Las personas con las que el mandatario quiera contratar exigirán siempre un dictamen sobre el estado de incapacidad del poderdante. Para evitar estas dificultades los notarios y abogados recomiendan una tercera posibilidad que combina los dos métodos: el poderdante debe otorgar un poder preventivo ("Vorsorgevollmacht") sin condiciones ante notario. Éste lo guarda hasta que el poderdante no pueda ocuparse de sus asuntos él mismo, es decir, que se realice el caso para el cual el poder preventivo fue otorgado. Luego, el notario puede entregar el poder preventivo al mandatario. De esta manera, el notario ejerce un control. Además, existe la posibilidad que el notario anote el poder preventivo, que ha sido legitimado o certificado, en un registro central de la sala federal de los notarios. Así se puede en-

Vorsorgevollmacht", *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg* 1999, pp. 25, 26; Cypionka, B., "Fortfall der Entmündigung Volljähriger-Auswirkungen auf den Rechtsverkehr", *NJW* 1992, pp. 207, 208.

⁶⁴ Dieckmann, J./Jurgeleit, A., "Die Reform des Betreuungsrechts", *Betreuungsrechtliche Praxis* 2002, pp. 135, 138.

contrar el poder más rápido en caso de necesidad y se puede evitar el nombramiento de un asistente. Este método parece ser el más eficaz. Por cierto, la ley no ordena una legitimación o certificación por parte de un notario, pero de todas maneras un poder otorgado de tal forma halla más reconocimiento en la práctica que un poder escrito debido a que el notario se cerciora de la identidad del poderdante y de su capacidad de contratar.

3.3. *La instrucción dirigida al asistente* (*“Betreuungsverfügung”*)

Se puede también otorgar una instrucción directamente al asistente. Mediante este documento se toman precauciones para el caso en el cual el afectado llegue a necesitar asistencia, proponiendo a la persona del asistente (§ 1897 IV BGB) y manifestando la voluntad relativa a la ejecución de la asistencia (§ 1901 III 2 BGB).⁶⁵ Este documento no evita la asistencia sino que la presupone.⁶⁶ Pero impide al tribunal tutelar nombrar en calidad de asistente a una persona que el afectado no habría querido como tal. Además, el afectado puede determinar la manera en que el asistente deba ocuparse de sus asuntos, asegurándose que el asistente sepa y haga valer su voluntad.⁶⁷

La instrucción al asistente tampoco requiere formalidades especiales y, por consiguiente, vale también si el otorgante la ha manifestado oralmente. La conveniencia de otorgarla por escrito sólo surge de la obligación de prueba a su respecto.

La ley de asistencia garantiza, según el § 1901 a BGB, que una instrucción dada al asistente sea tomada en cuenta. Según esta norma, la persona que tiene un documento, en el cual alguien propone una determinada persona como asistente para el caso de necesitar asistencia o manifiesta su voluntad relativa a la ejecución de la asistencia, debe entregarlo al tribunal tutelar después de conocido el inicio del procedimiento respectivo.⁶⁸

En principio, el asistente debe respetar la voluntad del afectado. La limitación a este principio está regulada por el § 1901 III 1 BGB. Esta norma señala que el asistente debe respetar la voluntad del afectado siempre que no vaya en contra de su propio bienestar y siéndole exigible al asistente. Esta exigibilidad no restringe la autodeterminación del afectado. Quiere sólo poner en claro que el afectado no puede exigir nada del asistente que no sea parte de sus obligaciones.

La más importante limitación está constituida por el bienestar del afectado. A primera vista, esta norma parece regular que el asistente debe ocuparse de que el afectado no se dañe a sí mismo. Eso significaría que la voluntad del otorgante manifestada en una instrucción al asistente sobre la cesación de un tratamiento médico al final de la vida, sería siempre ineficaz, porque la consecuencia de la muerte siempre es contraria al bienestar del asistido. Por consiguiente, el asistente nunca debería respetar tal deseo.

Lo anterior es incorrecto por dos razones: en primer lugar, porque el asistido

⁶⁵ Bienwald, citado en *supra* nota 25, § 1901 a BGB, Rn. 3, p. 326.

⁶⁶ Berger, C., citado en *supra* nota 47, p. 804.

⁶⁷ Berger, C., citado en *supra* nota 47, p. 804.

⁶⁸ Véase Schwab, D., *Münchener Kommentar*, citado en *supra* nota 17, § 1901 BGB, Rn. 1 y siguientes, p. 1929; Damrau, J./Zimmermann, W., *Kommentar zum Betreuungsrecht*, 3 e., Stuttgart 2001, § 1901 a BGB, Rn. 1 y siguientes, p. 390; Jürgens, citado en *supra* nota 48, § 1901 a BGB, Rn. 1 y siguientes, p. 319.

tiene derecho a dañarse como cualquier otra persona. El acto judicial de nombramiento de un asistente no tiene ninguna influencia en la capacidad del asistido de determinar su propia vida. Si él es capaz de formarse un juicio, libre de su enfermedad, tiene el derecho de hacerlo prevalecer como una persona no sujeta a asistencia.

La segunda razón es que el bienestar del asistido debe ser determinado de manera subjetiva. Según el § 1901 II 2 BGB, la posibilidad de configurar su vida según los propios deseos en el marco de sus capacidades, forma parte del bienestar del asistido. De allí que no dependa de los valores del asistente sino que se fije por el asistido personalmente.

Para conocer el sentido de la norma contenida en el § 1901 III BGB, hay que analizar su finalidad. Ella está destinada a proteger al asistido de sí mismo cuando no pueda ejercer su autodeterminación *a causa* de su enfermedad o incapacidad. En consecuencia, no hay que protegerle si su voluntad se formó de manera libre y autodeterminada. Si el asistido ha tomado una decisión autónomamente, el asistente debe respetarla, aun si lleva a su muerte.

3.4. *La combinación de los documentos de voluntad anticipada*

Los documentos que contienen voluntades anticipadas pueden también combinarse. Incluso esta combinación resulta recomendable para alcanzar la manifestación óptima de autodeterminación del paciente. Sobre todo la de la instrucción del paciente y del poder preventivo tiene una gran eficacia. A través de ella no sólo puede evitarse el nombramiento de un asistente, porque ya existe un representante que toma las decisiones

necesarias y garantiza la autodeterminación del paciente, sino que además este representante conoce la voluntad del paciente y puede decidir según ella.

Para tener la certeza de que en caso de necesitarse una asistencia una persona cercana sea nombrada como tal, el afectado también puede otorgar conjuntamente con los demás documentos una instrucción directa al asistente.⁶⁹ Sin embargo, en mi opinión, un poder preventivo que fuere ineficaz debiera ser interpretado como instrucción al asistente, debiendo el tribunal tutelar nombrar a la persona que el otorgante quería mandar.

4. EL CONTROL DE LA DECISIÓN DEL REPRESENTANTE

El representante, sea de origen legal o voluntario, tiene una amplia competencia que abarca el derecho a decidir sobre la cesación de un tratamiento médico que salva o prolonga la vida del asistido. Por eso, existe el peligro que abuse de su poder en la relación externa, es decir, en aquella que se entable con el médico. Este peligro surge siempre cuando una persona actúa como representante de otra. Aquí rigen los principios generales sobre el abuso del poder de representación: Si la parte contratante sabe o negligentemente desconoce que el representante carece de poder para actuar, no puede confiar en él. Lo mismo vale en el derecho de asistencia si el tercero sabe que el asistente actúa contra la voluntad del afectado. Estos principios son suficientes si se trata de medidas del asistente que no afectan los

⁶⁹ Bienwald, W., "Vorsorgeverfügungen und ihre Bedeutung für das Vormundschaftsgericht", *BtPrax* 2002, p. 227.; Dieckmann, J./Jurgeleit, A., citado en *supra* nota 64, pp. 135, 140.

derechos de la personalidad del paciente. Si, por el contrario, una acción del asistente trae consigo una consecuencia grave, surge la pregunta acerca de la necesidad de un control más efectivo. Para algunas medidas específicas del asistente la ley prevé un control del tribunal tutelar mediante una autorización previa. Según el § 1904 BGB el consentimiento del asistente a un tratamiento médico requiere de la autorización judicial cuando existe el peligro que el afectado muera o sufra un daño grave a causa de este tratamiento. Por el contrario, para la omisión de un tratamiento médico al final de la vida, el § 1904 BGB no contiene reglas. La aplicación analógica del precepto fue la cuestión más discutida en este contexto.⁷⁰

Contra la aplicación analógica del § 1904 BGB se puede argumentar que el legislador conocía el problema del control sobre el representante en la toma de decisiones al final de la vida, con la consecuencia que realmente no existía un vacío legal como presupuesto para la aplicación analógica de la norma.⁷¹ Pero la finalidad de la norma no apunta a una acción u omisión del médico. Más bien tiene por objeto controlar preventivamente al asistente frente a una toma de decisión que pueda acarrear consecuencias

graves para el asistido. La decisión del asistente sobre la cesación del tratamiento médico que salva o prolonga la vida lleva siempre a la muerte del paciente. Esa es la consecuencia más grave que pueda imaginarse de la decisión del representante. Frente a ello, surge la consideración en torno a si el asistente debe también ser controlado en estos casos mediante una autorización judicial previa.⁷²

Los Oberlandesgerichte⁷³ emitieron fallos contradictorios sobre la aplicación analógica del §1904 BGB al caso de la omisión de tratamiento. Así, los OLG de Frankfurt y de Karlsruhe aceptaron dicha aplicación basados en la finalidad del § 1904 BGB de proteger al asistido que también es válida para la omisión de tratamiento. En los dos casos existiría el peligro de muerte.⁷⁴ Por el contrario, el

⁷⁰ Baumann, W./Hartmann, C., "Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis", *Zeitschrift für deutsches Notarwesen* 2000, pp. 594, 601; Berger, C., citado en *supra* nota 48, pp. 799; véase también las notas citadas en *supra* nota 72.

⁷¹ Fallo LG München, de fecha 18. 2. 1999, *Juristische Rundschau* (en adelante: *JR*) 2000, p. 64, 65; Fallo LG Augsburg, de fecha 4. 8. 1999, *FamRZ* 2000, p. 320; Paehler, "Zur Zulässigkeit des Sterbenlassens", *BtPrax* 2000, p. 21.

⁷² Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 52; con el mismo resultado: Fallo BGH, de fecha 13. 9. 1994, publicado en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (en adelante: *BGHSt*) 40, pp. 257, 261; Fallo OLG Frankfurt, de fecha 15. 7. 1998, publicado en *NJW* 1998, pp. 2747, 2748; Fallo OLG Frankfurt, de fecha 20. 11. 2001, *FamRZ* 2002, p. 575, comentado por Bienwald, W.; Kutzer, K., "Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1994, pp. 110, 114; Baumann, W./Hartmann, C., citado en *supra* nota 70, p. 602; en contra: Fallo LG München, de fecha 18. 2. 1999, *NJW* 1999, p. 1788; Fallo LG Augsburg, de fecha 4. 8. 1999, *NJW* 2000, p. 2363; Schwab, D., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, citado en *supra* nota 17, § 1904 BGB, Rn. 38, p. 1977; Diederichsen, *Palandt*, citado en *supra* nota 15, Einführung vor § 1896 BGB, Rn. 10, p. 2072; Eberbach, W., "Staatliche Genehmigung zum Sterben", *MedR* 2000, pp. 267, 269.

⁷³ Audiencia Territorial del Land. Abreviatura: OLG.

⁷⁴ Fallo OLG Frankfurt, de fecha 20.11.2001, publicado en *FamRZ* 2002, p. 575; fallo OLG Karlsruhe, de fecha 29.10.2001, publicado en *FamRZ* 2002, p. 488.

OLG Schleswig se negó a aplicar en forma analógica el § 1904 BGB y por ello envió el caso al BGH para que éste se pronunciase sobre el punto, argumentando que en el caso regulado por el § 1904 BGB la medida sanitaria sirve para curar, situación que no puede compararse con la cesación de un tratamiento que lleva a la muerte.⁷⁵

Las declaraciones formuladas en la argumentación del BGH no son claras y llevan a confusiones en el importante problema de la autonomía del paciente, resultando, en definitiva, más perjudicial que útil.⁷⁶

4.1. *Los hechos del caso*

El fallo del BGH se refirió a la posibilidad que tiene el asistente de obtener, en forma análoga a lo prescrito en el § 1904, una autorización judicial previa. Los hechos que sirvieron de base al fallo fueron los siguientes:

Después de un infarto, el paciente se encontraba en estado de coma. Los médicos le alimentaban artificialmente mediante una sonda. No existía la posibilidad de comunicarse con él. Después de dos meses, el tribunal tutelar nombró al hijo en calidad de asistente para regular los asuntos de salud de su padre. Después de 16 meses de permanecer en coma, el asistente solicitó al tribunal tutelar la autorización para terminar con la alimentación mediante sonda. Para justificar su decisión de cesar este tratamiento prolongando la vida de su padre, el asistente se refirió a un documento de voluntad anticipada que el paciente había otorgado dos

años antes del infarto y en el que constaba que el paciente no quería la alimentación artificial.

El BGH examinó el caso bajo la perspectiva de una solicitud de autorización para la cesación del tratamiento médico que salva o prolonga la vida, decidiendo que los tribunales inferiores no habrían debido rechazar la solicitud sin examinar previamente el caso. Finalmente, el BGH no pudo fallar definitivamente el caso, porque los tribunales inferiores no habían investigado a cabalidad. Remitió el caso al juzgado municipal, el que en definitiva no tuvo que fallar, porque el paciente murió en el intertanto.

La resolución del BGH fue muy interesante y levantó una fuerte polémica, en primer lugar no a causa del consentimiento del tribunal tutelar sino por sus argumentaciones y las consecuencias atribuidas a las decisiones al final de la vida.

4.2. *La argumentación legal del BGH relativa a la autorización judicial*

El BGH decidió que la decisión del asistente sobre la cesación de un tratamiento que salve o prolongue la vida del paciente requería de la autorización previa del tribunal tutelar. En oposición a los OLG, no aplicó analógicamente el § 1904 BGB para fundar esta obligación. Más bien hizo primar la exigencia de tal autorización basado en su permanente labor de creación de derecho en relación con la asistencia. En definitiva, la razón para afirmar la procedencia de la autorización judicial para la decisión del representante legal es la misma: la protección del afectado respecto de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la autodeterminación frente al abuso de poder por parte del representante legal. Además, el BGH explica que la autorización sirve

⁷⁵ Fallo OLG Schleswig, de fecha 12.12.2002, publicado en *FamRZ* 2003, p. 554.

⁷⁶ Spickhoff, A., citado en *supra* nota 37, p. 739.

para aliviar al asistente en la toma de decisión sobre la vida o la muerte del paciente. El asistente queda en una posición más segura y no tiene que temer, por ejemplo, una eventual responsabilidad penal.

La autorización debe ser concedida por el juez tutelar.⁷⁷ Antes de otorgarla, dicho juez debe formarse una percepción personal del paciente, es decir, debe ir al hospital para ver al paciente, hablar con los médicos y con los familiares, y, normalmente, un médico debe emitir un dictamen pericial.⁷⁸ En este procedimiento de autorización, es importante sentar que el juez sólo está examinando la decisión del representante.⁷⁹ No debe tomar una decisión propia. Si el asistente decide, por ejemplo, cesar con la alimentación artificial pero mantener la respiración artificial, el juez no puede involucrarse decidiendo que es mejor para el paciente terminar con todas las medidas. Sólo puede conceder o denegar la autorización solicitada.

4.3. *Las consecuencias derivadas de la instrucción del paciente*

Lo interesante en el caso fallado era la existencia de una instrucción del paciente en torno a la cesación de la alimentación artificial.

En la sentencia, el BGH destacó por primera vez la relevancia de las instrucciones como instrumento de la autodeterminación del paciente. Lamentablemente, no resulta muy claro si la instrucción del paciente es eficaz como consentimiento

o anticipado del mismo o sólo como ayuda para el asistente quien, en definitiva, tomará la decisión sobre el tratamiento médico. Ya el control del representante en un caso, en el cual existen instrucciones claras del paciente, parece inútil. Pero si tomamos la argumentación del BGH en serio, la consecuencia sería aún más grave: del hecho que el BGH haya ordenado la cesación del tratamiento por haberse precisado la autorización judicial, se deduce que la instrucción del paciente no constituye un consentimiento anticipado del mismo. Si configurase tal consentimiento, no requeriría de autorización judicial porque cada hombre puede decidir sobre su propia vida y salud como derivación del derecho a la autodeterminación del paciente. Sólo si se trata de una decisión de un representante, surge la necesidad de un control judicial mediante una autorización del tribunal tutelar. De la argumentación del BGH resulta que la instrucción del paciente nunca representa un consentimiento anticipado, ni aún cuando se trate de un tratamiento que el paciente haya descrito expresamente en su instrucción. Tal consecuencia del fallo es fatal: la instrucción del paciente no tendría otra relevancia que la instrucción al asistente.⁸⁰

En este contexto, hay que decir que el BGH sólo falló el caso en el cual ya existía un asistente. No ha exigido que el tribunal tutelar siempre deba nombrar a un asistente si el afectado se encuentra incapacitado de otorgar una instrucción clara. En otras palabras, para que una instrucción del paciente valga como declaración de voluntad, no se requiere del nombramiento de un representante. En la práctica, lo anterior resulta de difícil apli-

⁷⁷ Según § 14 I N° 4 Rechtspflegergesetz, Ley sobre Funcionarios de la Administración Judicial (en adelante: RPfIG).

⁷⁸ § 69 d I FGG.

⁷⁹ Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 53.

⁸⁰ Lipp, V., citado en *supra* nota 3, p. 756.

cación, porque los médicos no van a exponerse a la responsabilidad de interpretar la instrucción del paciente como consentimiento anticipado. Van a exigir siempre el nombramiento de un representante legal.

Por eso, es importante que el legislador cree una nueva ley que determine las formalidades de la instrucción del paciente, las consecuencias jurídicas que tiene tal instrucción y la falta de necesidad de un control del representante en caso de instrucciones claras del paciente.⁸¹ Eso incluiría, sin necesidad de regulación expresa, la posibilidad de solicitar la autorización judicial, cuando el representante o el médico no estén seguros si la instrucción del paciente comprende la medida concreta de que se trate. Si el tribunal tutelar sostiene la opinión de que la instrucción del paciente no requiere de control, concederá una certificación negativa.

4.4. *Las consecuencias de la decisión del mandatario*

Tampoco el BGH ha decidido para el caso en que exista un mandatario. Si éste decide sobre la cesación del tratamiento médico, no resulta claro si necesita de la autorización del tribunal tutelar. Hay dos líneas de argumentación para interpretar el fallo comentado en relación con la autorización para el apoderado. Como ya hemos constatado, el apoderado también necesita según el § 1904 II BGB la autorización judicial por las medidas allí señaladas. De la argumentación del BGH en torno a que la necesidad de autorización judicial no resulta de la apli-

cación analógica del § 1904 BGB sino de la naturaleza del derecho de asistencia en su conjunto y de la labor permanente de creación judicial, se podría deducir que la necesidad de la autorización precisamente no vale para el apoderado. Además, se podría decir que el apoderado fue elegido por el paciente y que, por lo tanto, es una persona de confianza. Sin embargo, las razones por las cuales el BGH ha aprobado la autorización valen también para el apoderado.⁸² El afectado requiere la misma protección de su salud tanto si decide nombrar a un mandatario como si decide un asistente. Sin duda, para muchas personas sería más fácil otorgar poder amplio a una persona en la medida que existiese todavía un control antes de la decisión que lleva a la muerte del poderdante.

5. CONCLUSIONES

Analizando la discusión surgida a propósito de la autodeterminación del paciente, se nota que el tema se encuentra unido a variados elementos de orden emocional. Por eso, la cesación de un tratamiento médico que salva o prolonga la vida del paciente se discute no sólo entre juristas sino en toda la sociedad. Es importante subrayar que siempre debe respetarse la voluntad del paciente y no sustituirse su deseo por valores objetivos. Es lo que hace tan difícil la asistencia para estos asuntos y casi imposible si el asistente no conoce al paciente. Además, el procedimiento judicial tarda mucho. Por esta razón, la precaución para el caso de incapacidad de

⁸¹ Véase también Strätling, M./Sedemund-Adib, B./Scharf, V./Schmucker, P., citado en *supra* nota 5, p. 157.

⁸² Perau, G., Anmerkung zu BGH-Beschluss, de fecha 17.3.2003, *Rheinische Notarzeitschrift* (en adelante: *RNotZ*) 2003, pp. 263, 266.

expresarse es muy importante. Para que la autodeterminación del paciente sea garantizada, éste debería otorgar documentos de voluntad anticipada. Mediante un poder preventivo se puede apoderar a una persona de confianza para ocuparse de sus asuntos, evitando así el nombramiento de un asistente. En conjunto con una instrucción del paciente, el apoderado conoce los deseos y valores del paciente y puede tomar la decisión correcta.

Estos instrumentos de autodeterminación merecen la atención no sólo en el tráfico jurídico sino también en toda la sociedad y, después del fallo del BGH, imponen la dictación de una ley que establezca las posibilidades de hacer valer la autodeterminación del paciente. En este contexto se puede también regular la cuestión del control del representante mediante la autorización del tribunal tutelar.