



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

Regulación del testamento vital en el Código Civil peruano para pacientes con
enfermedades terminales

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogada

AUTORA:

Br. Carreño Zúñiga, Astrid Carolina Mercedes (ORCID: 0000-0003-4366-0845)

ASESOR:

Dr. Sandoval Valdiviezo, Jesús (ORCID: 0000-0001-6020-0790)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Civil

PIURA - PERÚ

2019

DEDICATORIA

En primer lugar, a Dios, por darme la fortaleza de vivir, por estar presente siempre en cada paso que doy, por haber coincidido en mi camino con todas aquellas personas que son mi soporte y fueron mi compañía en todo mi periodo de estudio.

A mi madre María Esther Zúñiga Colán, por darme la vida, amarme mucho, por creer en mí y por siempre apoyarme, por todo tu trabajo y sacrificio, es un orgullo y un privilegio ser tu hija. Gracias por la oportunidad de darme una carrera para mi futuro, todo esto te lo debo sólo a ti. Gracias hoy, mañana y siempre Madre.

A mis abuelos Irene Colán y Orlando Zúñiga, por quererme y brindarme su apoyo siempre, por los consejos, valores y principios que me han inculcado.

A todos aquellos que apostaban a que me iba a doblar a medio camino, a todos los que supusieron que no iba a lograrlo, a todos ellos les dedico esta tesis.

Carolina

AGRADECIMIENTO

A Dios por hacer posible tener y gozar a mi familia y permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mi madre por respaldarme en cada determinación y proyecto, por dejarme la mejor de todas las herencias, mi educación, y por guiarme y mostrarme el camino del éxito,

A mis tíos y primos por alentarme a seguir y culminar esta etapa y los que pusieron un granito de arena en mi trabajo de manera desinteresada.

A mi universidad por haberme permitido formarme en ella, a mis asesores y profesores, por guiar esta investigación.

¡Muchas gracias!

PÁGINA DEL JURADO


DECLARATORIA JURADA DE AUTENTICIDAD

Yo, Astrid Carolina Mercedes Carreño Zúñiga, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 46867645 y con el fin de cumplir las disposiciones estipuladas por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, declaro bajo juramento que:

1. Mi persona es la autora de la presente tesis.
2. En la presente tesis se respetaron las normas internacionales de cita, así como aquellas referencias correspondientes a las fuentes consultadas, es por ellos que esta tesis no es producto de plagio en ninguna modalidad.
3. La tesis no ha sido auto plagiada; quiere decir que no fue presentada y mucho menos publicada para poder obtener algún grado o título por ninguna persona con anterioridad.
4. Los resultados y la presentación de sus datos son fehacientes, sin adulteración alguna, no fueron copiados o reproducidos por lo que serán denominados como aportes reales a la investigación.

En ese sentido que, si se llegara a identificar algún fraude, plagio, falsificación, autoplagio, etc; mi persona asume las consecuencias que devengan, siendo uno de estos, las disposiciones contenidas en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Piura 13 de diciembre del 2019



A. Carolina Mercedes Carreño Zúñiga
DNI. N° 46867645

ÍNDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Página del Jurado	iv
Declaración de autenticidad	vi
Índice.....	vii

ÍNDICE DE TABLAS

RESUMEN.....	10
ABSTRACT	11
I. INTRODUCCIÓN.....	12
1.1. Realidad problemática	12
1.2. Trabajos previos	15
1.3. Teoría relacionada al tema	17
a) Teoría del Consentimiento Informado	17
1.3.1. Sucesión Testamentaria	17
1.3.2. Testamento	18
A) Características del Testamento	20
1. Personalísimo.....	20
2. Unilateral.....	20
3. Solemne.....	20
4. Expresión de última voluntad	21
5. Revocable	21
6. Acto Jurídico	22
B) Requisitos generales del Testamento.....	22
1. Capacidad	22
2. Clases	22
a. Testamentos Ordinarios	23
1. Escritura Pública.....	23
2. Cerrado.....	24
3. Ológrafo	24

b. Tratamiento Especial.....	25
1. Militar	25
2. Marítimo	25
3. Aéreo.....	26
1.3.3. El Testamento Vital.....	26
1.3.3.1. Objetivos.....	28
1.3.3.2. Autonomía de la Voluntad del paciente	28
1.3.3.3. La Dignidad Humana	29
1.3.3.4. La Voluntad del Paciente.....	29
1.3.3.5. Testamento vital, Eutanasia y Suicidio.....	30
1.3.4. Limitación del esfuerzo Terapéutico	31
1.3.5. La Bioética ante la Muerte.....	31
1.3.6. La Iglesia Católica y el Testamento Vital	33
1.3.7. Realización del Testamento Vital	34
1.4. Formulación del problema.....	35
1.5. Justificación del estudio	35
1.6. Objetivos.....	36
1.6.1. Objetivo General.....	36
1.6.2. Objetivos Específicos	36
1.7. Hipótesis	36
II. MÉTODO	37
2.1. Diseño y Tipo de Investigación	37
2.2. Variables y operacionalización	37
2.1.1. Operacionalización.....	38
2.3. Población y Muestra.....	39
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	39
2.4.1. Técnicas	39
A) ANÁLISIS DOCUMENTARIO	39
B) FICHAJE.....	39
C) ENCUESTA.....	39
2.4.2. Validez y confiabilidad.....	40

2.5. Métodos y análisis de datos.....	40
2.5.1. Método Hermenéutico.....	40
2.5.2. Selección de la Información	40
2.5.3. La Triangulación del marco teórico.....	41
2.5.4. La interpretación de la información.....	41
2.6. Aspectos éticos	41
III. RESULTADOS	42
IV. DISCUSIÓN	49
V. CONCLUSIONES.....	52
VI. RECOMENDACIONES.....	53
REFERENCIAS.....	54
ANEXOS	56

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 01	Regulación del Testamento Vital en la Legislación Peruana.....	42
Tabla 02	El Testamento Vital constituye una laguna legal	43
Tabla 03	El Testamento Vital garantiza el efectivo ejercicio del Principio de la Autonomía de la Voluntad.....	44
Tabla 04	Con la regulación del Testamento Vital no se estaría abusando de las prácticas médicas o ensañamiento terapéutico	46
Tabla 05	La persona tiene derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte y ser informado sobre su salud	47
Tabla 06	Relación entre Testamento Vital y Eutanasia.....	48

RESUMEN

Hoy en día existe una cuestión que angustia a los individuos, y es que sin dudar es la muerte; pues no se sabe en qué momento o en qué circunstancias se va a presentar. Partiendo de esta premisa se puede decir que se puede evitar la muerte, sin embargo, lo que se puede hacer es que una persona decida con anterioridad a que ocurra el suceso, si es que anhela recibir tratamientos en el caso en que de estos dependa su vida. Respetando el derecho a tener una muerte digna, se intenta eludir ciertos tratamientos los cuales en su mayoría no garantizan una recuperación total de la enfermedad, por ello para ser expresada esta decisión se propone la incorporación del Testamento Vital en el Código Civil, figura que ya está siendo regulada en otros países. El presente trabajo analizará jurídicamente el Testamento Vital, conocido también como Instrucciones Previas o Voluntad Anticipada. La investigación se abordará como un estudio de tipo sustantiva, es aquella que trata de responder a los problemas teóricos o sustantivos, en tal sentido, está orientada a describir, explicar, predecir la realidad que permite organizar una teoría. Es por ello que esta indagación posee como finalidad principal si es que se puede dar la posibilidad de regular el Testamento Vital en el Código Civil Peruano. La Investigación Sustantiva se utilizará en el nivel descriptivo y explicativo. En el estudio descriptivo se escoge una variedad de interrogantes y se calcula cada una de ellas indistintamente, para así detallar lo que se busca. Asimismo, es explicativo, porque el estudio de la investigación busca la consideración a la autonomía del sujeto, es decir que el enfermo terminal es el principal elemento del episodio médico. Se ha utilizado la técnica de la entrevista para recoger información de las personas investigadas, formulándoles preguntas para obtener respuestas que reflejen las opiniones, intereses y necesidades de la población interesada en este tema. También se ha consultado diferentes jurisprudencias emitidas por los tribunales que han abordado el tema investigado, además de la revisión documentaria realizada. Las entrevistas se realizaron a personas conocedoras de las Leyes del país, las cuales fueron ocho entrevistados respondiendo a seis preguntas cada uno.

Palabras Clave: Testamento Vital, Autonomía de la Voluntad, Muerte Digna, Pacientes Terminales

ABSTRACT

Today there is an issue that distresses individuals, and is that without doubt is death; Because it is not known at what time or under what circumstances. Starting from this premise it can be said that death can be avoided, however what can be done is that a person decides before the event happens, if he longs to receive treatments in the case that these depend on his life. Respecting the right to have a dignified death, it is tried to avoid certain treatments which in the majority do not guarantee a total recovery of the illness, so to be expressed this decision proposes the incorporation of the Living Will in the Civil Code, figure that already is being regulated in other countries. The present work will analyze legally the Living Will, also known as Previous Instructions or Early Will. The research will be approached as a study of a substantive type, is one that tries to respond to theoretical or substantive problems, in that sense, is oriented to describe, explain, predict the reality that allows to organize a theory. That is why this inquiry has as its main purpose if it is possible to give the possibility of regulating the Living Will in the Peruvian Civil Code. Substantive Research will be used at the descriptive and explanatory level. In the descriptive study a variety of questions are chosen and each one is calculated indistinctly, in order to detail what is sought. It is also explanatory, because the study of research seeks consideration for the autonomy of the subject, ie the terminal patient is the main element of the medical episode. The interview technique has been used to collect information from the persons investigated, asking questions to obtain answers that reflect the opinions, interests and needs of the population interested in this subject. It has also consulted different jurisprudence issued by the courts that have addressed the subject investigated, in addition to the documentary review. The interviews were made to people familiar with the Laws of the country, which were eight respondents answering six questions each.

Keywords: Vital Testament, Autonomy of Will, Dying Death, Terminal Patients

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática

Actualmente existe un tema sin regulación en nuestro sistema legal peruano el cual está referido a que los ciudadanos puedan establecer lo que desean en caso de que sean enfermos terminales es decir a cualquier exteriorización de voluntad que es mencionada cuando el agente es capaz, al cual le va a sobrevenir un estado de incapacidad. Corresponde preguntarse, cómo será la ejecución de su voluntad con respecto a la atención de su salud cuando el declarante este impedido expresarla al instante en que se toma una decisión, no obstante, ha sido manifestada con anterioridad la condición que se llegue a realizar o constatar un determinado hecho. Existen legislaciones que se han inclinado por solucionar situaciones como las antes señaladas, concibiendo instituciones en particular para darle una mejor autenticidad a la declaración de voluntad en relación a una situación antes vista por el interesado, lo que prevalecerá con respecto al tema regulado. Algunos doctrinarios vienen tratando de dar una solución a este conflicto a través de la figura del testamento, para definir si la circunstancia de la persona incapaz que ha previsto disposiciones respecto de sus bienes puede igualar a la de éste.

Nuestra legislación regula dos instituciones las cuales son la representación y el testamento, la primera nos dice que una persona capaz puede conceder poder para declarar su voluntad por medio de otro, en cambio en la segunda institución que es el testamento, tenemos a un sujeto que instaure disposiciones con respecto a sus recursos patrimoniales y no patrimoniales, así como otras disposiciones que serán aplicables después de la muerte del sujeto. El hecho de que un sujeto pueda establecer ciertas estipulaciones para su futura incapacidad, dicho tema se ha ido postergando en el transcurso del tiempo, por la llamada Eutanasia, ya que ésta se entiende como un homicidio voluntario o dicho de otra manera una vulneración al derecho a la vida. El Testamento Vital es una manifestación escrita en donde el enfermo terminal hace saber al personal sanitario su anhelo de no recibir tratamientos que alarguen su existencia si es que ha sido dictaminado con una enfermedad terminal y él no tuviera la capacidad de manifestar su voluntad a razón de las determinaciones en relación con el procedimiento médico y el uso de los avances tecnológicos para extender su vida con métodos artificiales cuando es inexistente probabilidad de mejora. Su utilización dentro del ambiente del vínculo clínico entre el paciente

y los médicos se ha expandido en el país de E.E.U.U. principalmente, con escasos en Europa y reducido en América Latina, sin embargo siguen existiendo casos en que por ejemplo se reserva la realidad de la evaluación que resulta grave al enfermo, ya sea por el propio bien del sujeto o también porque la familia y el establecimiento médico no tienen las suficientes herramientas para comenzar un tratamiento a esa persona que está próxima a fallecer, como se puede ver es inexistente la manifestación de la voluntad por parte del enfermo terminal. La profesora Rosalía Mejía Rosasco, en su interesante ya mencionada obra: “Estipulaciones de Autotutela para la correspondiente incapacitación: El penúltimo anhelo” nos presenta como primera evidencia que se encuentra en la historia que puede ser tomada en cuenta como el punto de partida de la validez de dichas declaraciones anticipadas, el caso del ciudadano ruso, de origen finlandés, Ivon Cnimzo, quien conocía que tenía en etapa inicial una enfermedad mental degenerativa que lo llevaría indefectiblemente a la locura (tenía tal convicción ya que los médicos le habían asegurado que se trataba de una dolencia de tipo hereditaria y sus ascendientes la habían padecido).

Así, en el año 1927 esta “certeza” de un inminente futuro deterioro mental lo llevó, una vez que cumplió la mayoría de edad, a autorizar un documento privado en el que nombraba a un tutor designado por él mismo a fin que cumpliera con sus instrucciones cuando la enfermedad llegara, hecho que sucedió cuando Cnimzo cumplió los 24 años de edad. El caso se llevó a la justicia rusa que debatió la eventualidad de que un sujeto mayor de edad pueda o no nombrar a su propio tutor para ejercer las funciones propias de este encargo a futuro. Finalmente, se decidió reconocer la plena validez del documento firmado por Cnimzo y su voluntad fue cumplida. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015) En el Perú tenemos normas expresas que prohíben la eutanasia y el suicidio asistido. Así, aquellos apartados 112 y 113 del Código Penal Peruano señalan lo siguiente al describir los tipos penales: “Homicidio piadoso e Instigación o ayuda al suicidio” “Artículo 112.- [...] por caridad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años [...]”. “Artículo 113. [...] que instiga a otro a cometer suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años [...]”.

En esa línea de pensamiento, queda evidenciado que, de regularse el testamento vital en nuestro país, la persona no podrá solicitar en dicho documento, por ejemplo, que, si queda en estado comatoso, se le aplique una inyección de cloruro de potasio para generarle un paro cardíaco y provocarle la muerte. Ello, no está permitido por nuestras normas. Ahora bien, sí podría, por el contrario, manifestarse en contra del llamado encarnizamiento terapéutico, es decir el deseo denodado de mantener con vida a un paciente realizando acciones desproporcionadas y heroicas que sólo alargan la agonía del mismo, sin ninguna esperanza de recuperación. En otras palabras, es aplicar artificialmente la “distanasia”, es decir, actuar de tal forma que se ponga un espacio entre la vida y la muerte. Ello, va contra la llamada “ortotanasia” (término que proviene de los vocablos griegos: orto= correcto; thánatos= muerte), es decir de la “muerte en el momento correcto”. Pese a que la muerte ya llegó en forma natural (“en el momento correcto”), se mantiene al paciente con vida a través de soportes artificiales. (Ferreiros & Torres Morales de Ferreyros, 2015)

Nadie quiere morir y esto es una realidad, pero si llegado el momento para que tener que alargar el sufrimiento y padecimiento de una persona, para qué hacer que una persona pueda vivir más artificialmente utilizando la tecnología, porqué ir en contra de la naturaleza, por ende, es una realidad que no puede dejarse de regular en el sistema jurídico peruano. Sin embargo, el diálogo es su razón de ser para la Bioética, ya que el personal médico en conjunto con la familia son los que deben tomar una decisión que les será muy difícil en cuando a su paciente, la inminente muerte paraliza a cualquier ser humano puesto que no puede detenerse es por ello que los médicos junto con la tecnología que hay actualmente deben establecer la diferencia que existe entre intentar curar o simplemente cuidar a un paciente. Uno de los objetivos es conocer la realidad de la aplicación del Principio de Autonomía de la Voluntad, para que así a los pacientes se les pueda disminuir el sufrimiento e instruir a los médicos para capturar buenas y humanas determinaciones. La metodología de la investigación se apoya en un estudio bibliográfico lo cual posibilitó esbozar un marco teórico concentrado en la institución del Testamento, clases, características, trámite entre otros También fue de gran importancia abarcar, algunos conceptos de la eutanasia y suicidio, entre otros. Al final del trabajo de investigación se sugiere la reglamentación del Testamento Vital al Código Civil, cuyo fin es concebir un marco jurídico conveniente para que sea viable en el país.

1.2. Trabajos Previos:

“Voluntades Anticipadas vs. Instrucciones Previas o Testamento Vital en Atención Primaria de Salud” (Angora Mazuecos, 2008)

“La Legislación registra los derechos primordiales de los enfermos terminales, que logran realizar Declaración de Voluntades Anticipadas (DVA) como legítima programación que respeta el régimen de valores personales del paciente al poder disponer morir dignamente, pero preferir en libertad solicita indagación clínica sobre las elecciones posibles. Si en este momento pocas personas realizan DVA, es debido a que aún no se dan las circunstancias óptimas que demanda el régimen sobre voluntades anticipadas (VA). El objetivo primordial del estudio ha sido revelar erudiciones sobre: prolongación de la vida, derecho legal y moral a elegir una muerte digna, limitación del esfuerzo terapéutico (LET) y existencia en Castilla La Mancha de la posibilidad de ejercer DVA”. (Angora Mazuecos, 2008)

“El Testamento vital en habitantes con Alzheimer” - (Bermejo Higuera, Carabias Maza, Villacieros Durbán , & Belda Moreno , 2011)

“las personas que participan en este estudio se encuentran a favor de este tipo de testamento, se espera una formalización, así como tratar el tema con la familia, aunque les incomode pensarlo para algunos. Últimamente muchas personas se están interesando por este tipo de documento, para de esta manera aumentar la población de ya lo ha precisado, se entiende que es importante hacer una labor para la creación de lugares y espacios que brinden discernimiento acerca del tema, así como discutir y reflexionar por dicho tema, puesto que es un documento de mucha utilidad para poder conocer los deseos del paciente terminal, para brindar tranquilidad a la familia”. (Bermejo Higuera, Carabias Maza, Villacieros Durbán, & Belda Moreno, 2011)

El Testamento Vital y el Derecho Penal (Pecoy Taque, 2007)

“se analiza en el presente trabajo la figura del Testamento Vital, haciendo en primera instancia una reflexión sobre su naturaleza y los países que ya tienen en su normatividad dicho testamento,

para seguir y hablar su incidencia con el Derecho Penal. Esta figura está basada en disposiciones unilaterales entregadas por un sujeto en pleno uso de sus potestades intelectuales, estando lúcida con la finalidad de disponer sobre su propia salud ante el hecho de que le acontezca un padecimiento terminal. En cuestiones de que el paciente se halle impedido y/o inconsciente, es necesario que se designe un encargado que va a ejecutar dichas disposiciones. El presente tema a analizar tiene su fundamento en el Principio de la Autonomía de la Voluntad y se insinúa en un estudio “prima facie”, que el instituto entraña una cadena de efectos jurídicos de preeminencia, como ser el volver ciertos deberes del médico en relación a su paciente, en caso de que se sitúe la voluntad de no someterse a procedimientos descomunales (ver infra IVi) al sobrevenir una enfermedad terminal”. (Pecoy Taque, 2007)

¿Es vital el testamento vital? - (Yuste Rossel, 2006)

“El testamento vital descansa en la autonomía de la voluntad, que yace de uno de los principios deontológicos consolidados, en todos los códigos éticos profesionales, y que demanda reverenciar las disposiciones y convencimientos del sujeto. Por su oportuno significado etimológico, la autonomía admite la dirección de sí mismo; y eso ineludiblemente reposa en la idea del asentimiento avisado; es decir, embrolla respetar el derecho a proporcionar o rechazar la aprobación, tras recoger y comprender la debida indagación sobre un procedimiento clínico, o sobre el modo de ser atendido, o sobre alguna otra cuestión, como, por ejemplo, averiguar sobre su asunto”. (Yuste Rossel, 2006)

“Argumentos a favor y en contra del Testamento Vital o Voluntades Anticipadas” - (Siurana, 2015)

“En este concepto, hace referencia al individuo que suscribe un documento de Voluntades Anticipadas llamado otorgante”, ya que es una palabra precisa, y es utilizada en la normativa ya prescrita y aprobada en otros países. Pero en este caso para hablar de argumentos a favor y en contra he decidido sustituir esa palabra por otra aún más cercana, la cual es “paciente” ya que creo que lo más atrayente es verificar cómo es que dichos documentos pueden llegar a cambiar

el papel que juegan los enfermos en la praxis de la medicina. El centro de mi investigación consiste en mostrar los argumentos principales y más importantes que están en contra y a favor de las voluntades anticipadas, para de esta manera intentar reformar los pilares en los que en general estamos o tal vez se debe opinar los mismo. Estas premisas se han encasillado tomando como reseña los objetivos de la medicina y los cimientos de la bioética.”

1.3. Teorías relacionadas al Tema

a) Teoría del Consentimiento Informado

Es una primera aclaración que se debe hacer es que esta figura no es una invención legal, sino que ha sido tomado como un derecho de la persona. Se dice que es un imperativo ético que en nuestro país como en muchos otros se ha concretizado como una exigencia legal. Estas exigencias legales y a su vez representan mínimos éticos que muchas veces caen “bajo mínimos”.

Sin embargo, un profesional bueno no debería conformarse con mínimos, sino que debería tratar de levantar los horizontes éticos de su actuar. Esta teoría es de origen anglosajón, más concreto de Norteamérica, aunque después paso a constituir parte del patrimonio moralista de la destreza clínica de occidente.

Si bien es cierto su formación tiene que ver con el particular modelo ético político con que aquel país vio la luz a finales del siglo XVIII, su real progreso se ubica en el ámbito de la gran corriente de reclamación de los derechos civiles que se iniciaron a finales de la II Guerra Mundial, tiene su apogeo en el período de los sesenta, setenta y que no se limita sólo a los EE. UU. (Lorda & Concheiro, 1993)

1.3.1. Sucesión Testamentaria

Conforme a la RAE, la voz sucesión advierte “la aparición ya sea de un individuo o una cosa en el sitio de otra”. Es por eso que, como dice Manresa, “la figura sucesoria se expresa en el orden artístico, moral, etcétera; se hace una sucesión en la superioridad de una preferencia atractiva, y

así habitualmente se dice, A ha sucedido a B en la forma de pintarrapear, en el manera o modo intelectual, etc. Se sucede de la misma manera en el mando de los partidos estatales del país y en la superioridad financiera. Sin embargo, no tiene que ver con el Derecho, hacia el cual el término sucesión es sinónimo de transmisión. En general, esta expresión sucesión engloba, hechos en vida y mortis causa. (Olavarria Vivian, 2012)

Tradicionalmente entendemos e identificamos a la sucesión testamentaria con la existencia de un testamento válido que rige la sucesión, independientemente de cual haya sido la forma en que se otorgó el acto. Sin embargo, y de acuerdo con el artículo bajo comentario lo que establecen particularidad que una sucesión sea o no testamentaria es el contenido patrimonial de una o más disposiciones con efectos post mortem contenidas o pactadas en el testamento, y no el testamento en sí mismo. Así, por ejemplo, si el testamento se limita únicamente a revocar un testamento anterior, a nombrar un albacea cuyo cargo será ejercido gratuitamente, y, por último, se deshereda a un nieto y se reconoce a un hijo extramarital; dicho testamento a pesar de ser válido originará necesariamente una sucesión intestada. Entonces, colegimos sin temor a equivocarnos que es el contenido patrimonial de un testamento y no el testamento mismo lo que determina que la sucesión sea testamentaria, y así habrá situaciones en que, pese a existir un testamento la sucesión del testador tendrá que ser intestada, para lo cual, se tendrá que demostrar al Juez que el testamento otorgado carece de contenido patrimonial. Debiendo entenderse como contenido patrimonial del testamento cuando en el documento el testador dispone de sus bienes de su patrimonio con efectos post mortem, esto es, como lo indica la propia norma para después de su muerte. “En cuanto a la revocación del acto testamentario, ello denota apartar el efecto por particular decisión del que la otorga”. (Olavarria Vivian, 2012).

1.3.2. Testamento

Este tema reviste especial importancia porque se trata de conocer la voluntad del testador cuando ha muerto, o sea, cuando no es posible indagarla de modo directo consultando a la persona de su autor. Hay dos corrientes doctrinarias. La primera es la doctrina de la voluntad sustentada por el Derecho romano y después por Savigny para quienes lo importante y definitivo no es tanto lo que aparece de la declaración expresada por el testador sino el tratar de descubrir

mediante ella, cuál fue su voluntad, cuál fue la intención del testador al otorgar su testamento, eso es lo que importa de modo que lo declarado no es sino un medio de revelación del querer y tan sólo tiene un valor secundario. Pero esta postura ha sido muy criticada porque se presta a soluciones injustas, más cuando quien lo interpreta no es persona de buena fe o cuando actúa negligentemente.

Frente a ella existe otra posición que sostiene que para la interpretación ha de tomarse en cuenta solamente lo que aparece de la declaración, ésta es la doctrina de la declaración, porque ella produce de por sí sus efectos jurídicos independientemente de su correspondencia con el efectivo querer del testador. Consideramos de acuerdo con el profesor Orgaz, que no se puede mantener una posición pura y cerrada entre estas dos corrientes porque resultan desbordadas por la realidad. Hay que conciliarlas porque la palabra es el vehículo propio y adecuado de nuestros pensamientos y sentimientos, debiendo buscarse a través de la manifestación del testador su voluntad real. Hay pues una interrelación.

El problema de interpretación de la voluntad del testador puede surgir cuando ha sido incompleta o deficientemente manifestada en la declaración. (Fernandez Arce, 2003)

Biondo Biondi afirma que esta última vinculación es la que corresponde a la regulación jurídica del instituto. El testamento tuvo su impulso y arraigó raíces en la tradicional inspiración individualista del derecho y de la sociedad romana, representando un medio para lograr la unidad familiar. En Roma, la perpetuación de ésta lo era todo y la muerte podía significar nada.

La definición tradicional o clásica del Testamento, que nos viene de Ulpiano, es: “la exteriorización en forma legal de la propia voluntad, hecha con solemnidad para que sea idóneo después de la muerte” (Lopez Herrera, 2008). El testamento es de aquellos negocios jurídicos en que la muerte del autor constituye un elemento esencial para que se produzcan los efectos jurídicos deseados. (Dominguez Benavente & Dominguez Aguila, 2005).

A) Características del Testamento

1. Personalísimo

En la época de la Colonia, se podía autorizar a otra persona para deliberar por un testamento que tenga como nombre el del causante, cuya manera fue adoptada de la norma de España antigua que aprobaba que una persona pueda encomendarle el otorgamiento del testamento en su propio calificativo. Dicho carácter, llamada testamento por comisario, no es admisible actualmente, así que también el fideicomiso tácito, el cual residía en encomendar a una tercera persona para que efectuara el deseo del testador sin dejarla indicada por testamento.

El testamento es principalmente personalísimo, no se acepta representación alguna. Similar que el Código abolido, el actual tiene destrezas exclusivas para cada variedad de testamento que indican su forma puramente personal. (Ferrero, 2002).

2. Unilateral

Es hecho y más no contrato, porque se basa en aquella declaración de voluntad, la que es del testador. El ordenamiento peruano no consiente la sucesión pactada, la razón de ser de este precepto, como recalca Baudry – Lacantinerie y Colin es que el testamento debe comprender una decisión única, siendo la expresión de más de una voluntad característica innata de los contratos. Es por ello, Cicu dice que la doctrina común de la nulidad del testamento colectivo se basa en el objetivo de asegurar la naturalidad de la voluntad y la independencia de la revocación.

No obstante, tienen validez los testamentos conexos, aquellos que otorgan los individuos en instrumentos los cuales son diferentes para beneficiar a una tercera persona, con contenido concordante, sean de la fecha y notario igual. (Ferrero, 2002).

3. Solemne

La institución del testamento es un suceso ad solemnitatem, se describe a estipulaciones que precisamente tienen que efectuar. Cuando estos no se cumplan, estaríamos ante la invalidación definitiva prescrita en el Compendio del Acto Jurídico. En consecuencia, el artículo 219, inciso

6, “[...] que el acto jurídico es invalidado cuando no recubre la forma establecida bajo sanción de declarar nulo [...]” La solemnidad es requerida perenemente, no sólo cuando es testamento por escritura pública, sino además cuando estamos frente al cerrado o al ológrafo y/o a los testamentos especiales. (Ferrero, 2002)

4. Expresión de última voluntad

Interpretando una jurisprudencia francesa y en comentario del derecho argentino, Zannoni esboza el tema del testamento en el que se establece su vigor temporal o que esté sometido a una expresión de eficacia. Enuncia con razón que atesoran su vigencia mientras no intervenga revocación expresa, pues es “indudable que como la validez del acto de última voluntad tiene su origen en el fallecimiento del otorgante, ningún aplazamiento de eficacia puede estar alusivo aun instante preliminar a ella”. (Ferrero, 2002).

5. Revocable

Por ser un suceso que enuncia la última decisión, se fortalece si es que no es invalidada y con el fallecimiento de la persona que es el causante. Antes de producirse ésta, el testamento es la nada. Como enseña Barbero es un suceso instantáneo, perfecto con la actualidad de sus hipótesis (capacidad de obrar) y de sus exigencias de sustancia y de forma, en el instante de la elaboración (**testa menti factio**), y apto de suscitar sus efectos post mortem, con tal, solamente, de que no sea revocado. Diferente sería que su efectividad no se realice sino con la muerte del testador. Dicho acto tiene validez desde el instante en que se lo concede, aunque sea eficaz sólo a partir del fallecimiento del otorgante.

La muerte no es un componente que perfile el testamento como negocio, sino un fundamento que ordena la realización de sus efectos jurídicamente hablando”.

En este mismo sentido Azzariti, Martinez y Azzariti consideran inaceptable la construcción de considerar el testamento un negocio en continua formación, o sea, como un proyecto, ya sea sosteniendo que el testamento es revocable o que con la muerte se perfecciona jurídicamente el acto. (Ferrero, 2002).

6. Acto Jurídico

“Es un acto jurídico sui generis. Por ello, como indica Echecopar está gobernado por todas las pautas conexas a los actos jurídicos, salvo aquellas que estén en objeción con los cánones delimitados que implanta el Código para el testamento. Mejor dicho, simplemente algunas destrezas del Libro del Acto Jurídico son adaptables al testamento. Al efecto, el artículo 689 determina que las reglas habituales sobre las modalidades de los actos jurídicos se destinan a las destrezas testamentarias teniéndose por no puestas las circunstancias y los cargos contradictorios a las normas imperativas de la ley. Nosotros hubiéramos preferido una expresión más genérica, pues no sólo las modalidades de los actos jurídicos son adaptables al testamento. Asimismo, es oportuno el Título sobre Vicios de la Voluntad”. (Ferrero, 2002).

B) Requisitos Generales del Testamento

1. Capacidad

En Derecho coexiste la cabida de gozo que envuelve la titularidad en cuanto a un derecho subjetivo y la capacidad de ejercicio, consistente en la aptitud que poseen los sujetos de ejercer actos jurídicos. La primera entraña “la facultad en correlación a una diligencia personal definitiva (consentida por el ordenamiento jurídico), que puede incumbir a un sujeto”. Como pronuncia León Barandiarán, atañe a la circunstancia ontológica de la persona. En derecho sucesorio, no hay capacidad de goce (pasiva) para suceder en caso de inmoralidad y desheredación, ni tampoco para montar testamento (activa) para quienes son ineptos para testar, ya sea por estar incursos en incompatibilidad total o particular, como se recalcará a continuación. (Ferrero, 2002).

2. Clases

En la antigüedad romana existieron tres clases de testamentos que aparecen en la doctrina moderna como recuerdo erudito. Las dos formas más arcaicas marcadas por su carácter público y religioso, fueron el testamento calatis committis, y el in procintu. El primero se efectuaba manifestando la voluntad del causante ante el pueblo reunido en comicios. El segundo era propiamente un testamento militar que realizaba el soldado antes de combatir. Las dificultades de poder testar solo dos veces al año, momento en que se reunían los comicios, o antes de la

batalla, permitieron el desarrollo de la *mancipatio familia*. Aunque la *mancipatio* no era un testamento, sino una venta solemne de bienes, sirvió para transmitir el patrimonio del testador en el momento del fin de su vida. Con ella, se superó el carácter público y religioso que tenían los anteriores testamentos, convirtiendo la transmisión hereditaria en un acto privado de contenido esencialmente patrimonial. El desarrollo de la *mancipatio* generó el nacimiento de un tercer tipo de testamento, llamando *per aest et libram*. Su denominación deriva de los elementos rituales utilizados en su celebración. Se efectuaba con un bronce y una balanza, ante cinco testigos y un sostenedor de la balanza. En este acto el causante vendía imaginariamente su patrimonio al *familiae emptor* a cambio de una moneda. Este tipo de testamento, todavía oral, fue plasmado poco a poco por escrito, sobre todo, por las ventajas documentales que ofrecía. (Marzal Rodríguez, 2008).

a. Testamentos Ordinarios

Los testamentos se clasifican en testamentos escritos y testamentos orales. A su vez, los testamentos escritos se subclasifican en testamentos ordinarios y testamentos especiales. Los testamentos ordinarios son: “el testamento en o por escritura pública, también conocido como testamento abierto o testamento público; el testamento cerrado o testamento secreto; y el testamento ológrafo al cual también se le conoce como testamento autógrafo”. Los dos primeros se otorgan ante Notario Público y estando presente dos testigos testamentarios proporcionados por el propio testador. El testamento ológrafo se otorga prescindiendo de Notario Público y de testigos. La palabra testamento deriva etimológicamente de dos voces latinas, a saber: **testis** y **mentis**, que al traducirse se infiere como aseveración de la mente, eso implica el hecho de testar, determinada manifestación de profunda reflexión con determinaciones que serán válidos desde el fallecimiento de la persona (testador). (Ferrero, 2002)

1. Escritura Pública

Para la comprensión de este instituto, así como para el de las dificultades del notario y testigos testamentarios y el testamento cerrado, la legislación civil debe ser perfeccionada con la notarial. Se trata de una típica norma de remisión, en virtud de la cual se restringe por obvias cuestiones de hecho y no por discriminación antojadiza o ilícita del legislador la posibilidad de que los analfabetos puedan otorgar testamento distinto al de la escritura pública. (Ferrero, 2002).

La idea es que la hechura del testamento se haga sin solución de continuidad, es decir, sin interrupciones ni intervalos, pues lo que se quiere es evitar que el testador pueda ver afectada o sometida su voluntad o su real querer y entender mediante la injerencia de terceros que al enterarse de la existencia de un testamento que se viene haciendo y que ha sido interrumpido para continuar posteriormente, quieran inducir o captar la voluntad de dicho testador. (Ferrero, 2002)

2. Cerrado

“Es el que concede el testador en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando firmeza en diligencia posterior, ante notario y dos declarantes, de que contiene su última voluntad. Se llama místico en Francia y secreto en Italia. Frente al testamento en escritura pública, este testamento tiene la preeminencia de que no demanda que sujeto alguno diferente del testador se dé cuenta de su texto. Su contenido es recóndito, resultando ventajoso, por lo tanto, en determinadas circunstancias en que no se quiere que se conozcan las disposiciones testamentarias mientras viva el causante, como puede ser, por el ejemplo, para el reconocimiento de hijos, para favorecer a un heredero con la cuota de libre disposición u otorgar un legado, evitándose discusiones entre los herederos. Es provechoso también para la gente tímida que tiene dificultad de expresar su voluntad en público, así como para las personas que no pueden escribir por alguna razón, pero si pueden firmar”. (Ferrero, 2002).

3. Ológrafo

“Es este tipo, el testador escribe en su totalidad el documento, lo suscribe con su propia letra, fecha y firma, no interviene ni testigos ni notario. La raíz de la palabra ológrafo es griega. Viene de holo y grafos, voces que quieren decir, respectivamente, todo y escrito. Significa “enteramente escrito”. Los beneficios de este tipo de testamento están evidenciados en la simpleza para poder concederlo, como en la reserva y sencillez para rescindir de él. (Ferrero,2002).

El testamento Ológrafo debe estar completamente escrito, pero con la letra del testador, desde el inicio hasta el fin, siendo indiferente si escribe con la mano, con la boca, con los pies o con la articulación del brazo y el antebrazo, pues lo cierto e importante para este testamento es que

se trate de la letra del testador pues ella y la firma del testador serán ulteriormente materia del cotejo y del peritaje grafotécnico, o como se le suele llamar inapropiadamente peritaje grafológico. Indica la norma “en cuestión que el valor de este testamento está sujeto a que sea comprobado judicialmente – ya sea letra y firma del testador – y posterior protocolización, sucederá en el plazo de un año, desde que el testador fallece”. Plazo corto en definitiva conociendo la realidad de nuestra Administración de Justicia, y en ese sentido, consideramos que esta norma exige una urgente modificación a fin de que se entienda que es suficiente cuando menos haber dado inicio al proceso judicial de comprobación – dentro del plazo de un año referido en la norma – para que el testamento tenga y conserve su valor independientemente de cuanto pueda durar el **iter procesal**, y claro está siempre con arreglo a las resultas del proceso. (Ferrero, 2002)

b. Tratamiento Especial

1. Militar

“En tiempo de guerra el militar y otras personas determinadas que se hallaren en una expedición de guerra, o en otras circunstancias señaladas por la ley, pueden otorgar un testamento privilegiado que es abierto y escrito. El testamento militar se admite solo en tiempo de guerra. El testador debe ubicarse en una situación de guerra. Debe expresarse ante un oficial que tenga mínimo el frado de capitán, médico o cirujano que le asista, si estuviere el testador enfermo o herido. El instrumento que lo contiene debe ser aprobado y/o firmado por los testigos, el testador y el funcionario que lo ha recibido. Si hay alguna imposibilidad, esta se tendrá que expresar por escrito en el testamento”. (Dominguez Benavente & Dominguez Aguila, 2005).

2. Marítimo

Es el que se otorga en un buque de guerra en altamar, también es el que se otorga en los buques mercantes, forma parte de los testamentos privilegiados, y podemos añadir que, al igual que el testamento militar propiamente dicho, se halla establecido “*intuitu personae*”, a favor y beneficio de los que han hecho de la vida del mar su profesión, más los que para estos efectos, son asimilados a los marinos. (Dominguez Benavente & Dominguez Aguila, 2005)

3. Aéreo

Es el que pueden conceder los tripulantes de un avión en el momento de una travesía. Nuestro Código prescribe que podrá ser conferido por aquel comandante de la aeronave, con la comparecencia de uno o dos testigos. No obstante, nuestro ordenamiento lo tiene previsto en la ley 27261 de Aeronáutica Civil. El Código contiene el testamento militar que no estaba legislado en el Código abolido, más si en el Código de 1852. El Código venezolano prevé el testamento ante el Registrador “En las zonas donde haya una epidemia contagiosa” (artículo 865). También el Código italiano contempla el otorgamiento de testamento en lugar donde exista una enfermedad contagiosa o en caso de calamidad pública (artículo 609). Aunque aparece como un testamento común extraordinario, creemos con Espín Cánovas que se trata de una forma especial. Nuestro Código de 1852 normaba, además, el testamento verbal (reconocido todavía en Suiza, Chile y en Colombia), basado en nuestro derecho autóctono y que hasta ahora se usa en el derecho consuetudinario indígena; el testamento en escritura privada, denominado memoria testamentaria; y los codicilos, que consistían en alteraciones, ampliaciones, restricciones o derogatorias de disposiciones testamentarias ya otorgadas. (Ferrero, 2002).

1.3.3. El Testamento Vital

“De alguna manera el derecho del hombre a una defunción digna se concierne con el derecho a una vida digna. De ahí se señala que, cuando causas de naturaleza clínica reprimen al ser humano desenvolver su propia vida, o lo sitúen en un contexto de perjudicar su dignidad como individuo, o le supongan sufrimientos físicos indelebles e invariables, se le debe dar la oportunidad de enunciar su voluntad y de respetarla cuando se ocasionen determinadas circunstancias” (Dominguez Luelmo, 2007).

El asunto referente al respeto a las voluntades anticipadas viene recogido en el artículo 9 del Convenio de Oviedo, en relación a la Biomedicina y Derechos Humanos que, bajo la rúbrica “anhelos anteriormente expresados” dispone: “se tomarán en cuenta los anhelos anteriormente mencionados en correspondencia a una mediación clínica por una persona enferma que, en el instante que se le va a intervenir, ésta no pueda expresar su voluntad”. Por su parte, el apartado VII del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999, bajo la indicación genérica de la “muerte”, instituye en su artículo 27: “1. El médico tiene la

obligación de pretender el alivio o recuperación del paciente perennemente que sea viable. Y cuando ya no lo sea, persiste su compromiso de destinar las medidas convenientes para obtener el bienestar del enfermo, aun cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, una reducción de la vida. En tal caso el médico debe comunicar a los sujetos más próximos al paciente, y si lo estima conveniente, a este mismo. 2. El médico no deberá iniciar acciones diagnósticas y/o terapéuticas cuando ya no coexisten expectativas de curación alguna. Ha de poseer en cuenta la voluntad manifiesta del resignado a refutar el procedimiento para extender su vida y a sucumbir con dignidad. Y cuando su estado no le apruebe tomar disposiciones, el galeno tendrá en miramiento y apreciará las predicciones preliminares hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas comprometidas. 3. El médico nunca inducirá intencionalmente la defunción de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste” (Dominguez Luelmo, 2007)

“El profesor José Abellán Salort, nos brinda un acercamiento muy claro a lo que significa el principio de la autonomía de la persona al señalar que... ‘nace como contraposición al imperante paternalista médico. Se trata de proponer en primer lugar, antes de tomar una decisión, el respeto de la autonomía el paciente, el respeto de sus preferencias, de su libertad de elección, de su libre arbitrio, que son los principales elementos guía para alcanzar una decisión”. (Abellan Sallort, 2008)

“Por otro lado, al hablar del Testamento Vital, no podemos pasar por alto la figura del llamado “Consentimiento Informado” (también denominado “derecho de los pacientes”), que es el derecho que tiene todo individuo a ser debidamente instruido por el profesional de la salud, respecto a la dolencia que le aqueja a fin de poder brindar su consentimiento (valga la redundancia) para un eventual tratamiento médico (ya sea la realización o no de terapias médicas, intervenciones quirúrgicas, etc.)”. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015)

En ese sentido, debemos preguntarnos: si es legal, válida y legítima la manifestación de voluntad a través del asentimiento informado, para que el profesional de la salud actúe de una u otra forma respecto al tratamiento médico de la persona por el solo pedido de la misma, ¿por qué no regular legalmente dicho mismo pedido, pero de modo anticipado, a través del llamado

Testamento Vital? La única diferencia es que el cumplimiento del deseo de la persona se ejecutará no en el momento actual, sino que se traslada al futuro (en caso de presentarse la dolencia que lo incapacite mentalmente a brindar este consentimiento); sin embargo, se trata de la misma persona quien autónomamente toma una decisión en un momento en el que se encuentra en plena capacidad mental para hacerlo”. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015)

1.3.3.1. Objetivos

“Rechazar el consentimiento informado de un tratamiento determinado cuando el paciente no pueda tomar la decisión. Los objetivos de este documento son: la adopción de este tipo de documento no está extendida a nivel mundial; se reconoce en países como E.E.U.U., Canadá, Australia y Dinamarca entre otros. Entre los objetivos tenemos reducir gastos médicos y condicionar al público a aceptar la retirada de tratamientos médicos de vital necesidad, mejorar la comunicación y la fase de tomar decisiones respecto de la muerte, considerándola como parte del ciclo vital de cualquier ser humano, reconocer la participación del paciente como protagonista principal y el valor de las directivas avanzadas, mejorar los canales de comunicación entre médico, paciente , familia y el personal de atención sanitaria, respetar el principio de autonomía, dar un respaldo seguro al paciente defender al profesional de la medicina, evitar el sufrimiento, entre otros”. (Gutiérrez Robledo, 2014).

1.3.3.2. Autonomía de la Voluntad del Paciente

La autonomía es una expresión insertada por Kant en la ética. Su raíz significa aquella capacidad que posee una persona de otorgarse a sí mismo leyes. Es así que se trataría de una propia ley, diferente de otras, pero no necesariamente incompatibles entre sí. El centro de la autonomía de la ley moral lo compone, según Kant, la autonomía de la voluntad y en ella se basa la exigencia categórica. Por otro lado, es el principio máximo de la moralidad, según la ética Kantiana, la expresión autonomía tiene sentido formal, lo que denota que las normas morales le vienen asignadas a la persona por su oportuna razón y no por otra instancia impropia. (Villafaina Borroso, Rodríguez Perez, & Ortiz Rodríguez, 2015)

“La moral, en suma, forma parte de la libertad. En la actualidad se entiende que la libertad se funda en la independencia, es decir, en la capacidad para resolver por nosotros mismos. La autonomía es uno de los principios fundamentales de la bioética. Es esta figura la autonomía señala respeto por las decisiones y voluntades del paciente hasta poder rechazar un determinado tratamiento. (Villafaina Borroso, Rodriguez Perez, & Ortiz Rodriguez, 2015)

1.3.3.3. La Dignidad Humana}

Una de las cuestiones fundamentales en la ética es el debate en torno a la dignidad humana. Definir y delimitar desde una mirada filosófica lo que significa la dignidad humana y sus acepciones es una tarea fundamental que lleva a un escenario no solo filosófico sino también político, social, jurídico, científico con todas sus consecuencias en el ámbito sanitario. Cabe recordar que, en los códigos deontológicos de las distintas profesiones, y en especial, en las sanitarias, el término dignidad está presente. En los distintos espacios se denuncian atropellos contra la dignidad y la persona humana. El ejercicio médico y las prácticas en salud no están exentos de estos dilemas; son también actos humanos a los que le competen consideraciones éticas. Aquí entran en escena debates relacionados con los derechos de los pacientes, las investigaciones con seres humanos, la atención en salud entre otros. La etimología del concepto de dignidad humana es amplia. Viene del latín dignitas, ati. Para Kant la dignidad humana no puede ser determinada desde afuera, razón por la cual su centro es la autonomía del prójimo. Esta concuerda con la libertad de hacer uso de su propia razón y establecer el sentido de sus sucesos de modo garante. (Gomez Gallego, 2008)

1.3.3.4. La Voluntad del Paciente

“La autonomía del paciente es hoy exhibida de forma casi desmedida frente al servicio de salud, el cual está siendo desalojado al punto de permanecer prácticamente descalificado frente a la libertad del paciente-habitante. Algunos sustentan que el doctor es en la actualidad un mero ejecutor de la voluntad del paciente. Atrás ha subsistido el modelo designado paternalista tan particular de la correspondencia médico-paciente hasta fines del siglo pasado”. (Lopez Sanchez, 2003).

“Tal relación difería de estar caracterizada por la equivalencia de sus extremos, en uno se ostentaba el paciente, totalmente desarmado y disciplinado, y en el otro contrapuesto por una distancia infranqueable el médico, de quien obedecía únicamente la toma de las disposiciones en relación con los procesos a alcanzar o las intromisiones a ejecutar”. (Lopez Sanchez, 2003)

Siguiendo la Ley General de la Salud Ley N° 26842, prescribe lo siguiente en sus artículos:

Artículo 4: “[...]Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso [...]”. (República)

Artículo 27: “El médico tratante, así como el cirujano- dentista y la obstetrix están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado”. (República)

1.3.3.5. Testamento vital, Eutanasia y Suicidio

“En general, podemos apuntar que con testamento vital se muestra la voluntad expresada por un individuo sobre las deliberaciones terapéuticas y médicas que la perturbarán en el curso final de la vida. Se declara la voluntad de ser acudido o de no ser acudido e, incluso, de dejar sucumbir rebatiendo cualquier medio, proporcionado o menos, de sostén vital, cuando se localice afectado por un difícil padecimiento que complica la «calidad» de vida. La eutanasia reside en ‘ayudar a sucumbir acorde a su dignidad y sin sufrimiento a un aquejado incurable, en etapa terminal e inquebrantable si lo ha solicitado repetidamente en pleno uso de razón y de forma independiente y voluntaria.” (Palacios, 2009).

“No es el homicidio, hecho con el cual un individuo mata a otra, elaborado por lo general de forma ilegítima y con violencia. No es el suicidio, acto por el cual una persona se causa voluntariamente su propia muerte, por lo común de forma violenta. No es un suicidio asistido, cuando una persona enferma (que no es un enfermo terminal), pide a otros que la ayuden a morir, en general con fármacos, drogas, etc. O retirando o desconectando los soportes vitales (sonda alimenticia, respirador artificial, etc.)” (Palacios, 2009)

1.3.4. Limitación del esfuerzo Terapéutico

Actualmente la mayoría del personal médico desestima el encarnizamiento terapéutico, puesto que nadie puede atender al alargamiento de una vida artificial que nadie está deseando vivir o de un futuro fallecimiento que nadie quiere aceptar. Sin embargo, aunque no se tenga en cuenta dichos actos médicos distanásicos, agotan cantidades grandes de materiales que se encuentran en hospitales, lo que como consecuencia pone en peligro a la comunidad. No se puede eximir lo que se está señalando, ya que mientras exista indecisión para el personal médico en el posible fallecimiento del paciente, la continuación del procedimiento de sustentáculo vital tendrá siempre plena razón de coexistencia. Cuando dicha probabilidad de proteger una vida se termina, habiendo esto conforme el médico, deberá decidirse sobre pasar del tratamiento de soporte vital completo, a la limitación de las medidas que de modo selectivo van configurando una conducta paliativa, lo que se conoce como limitación del esfuerzo terapéutico, y que sintetiza la frase: *cuando no se puede curar, se debe cuidar*”. (Bonilla Marizalde, 2010)

1.3.5. La Bioética ante la Muerte

Con anterioridad se dijo que, la muerte fue uno de los principales ejes que le interesaron a esta rama que es la Bioética, por otro lado, sus exponentes principales se dedicaron a tomar en cuenta la moral de los hechos que están entorno a la muerte del paciente. La diversidad de estudios y artículos divulgados en relación a este tema, predomina el estudio realizado por Vega Gutiérrez echo en un sanatorio de Valladolid en el cual se interrogó a más de 800 médicos y enfermeras *¿Qué entiende usted por morir con dignidad?* Obteniendo ya los resultados, se pudo concluir que, la gran mayoría asocia “morir con dignidad” a morir envuelto del apoyo y amor de la

familia, omitiendo el sufrimiento y dolor del paciente, a su tiempo, sin que haya una maniobra por parte de algún médico, aceptando el fin de la vida con calma, con el refuerzo médico conveniente y el soporte espiritual y emocional si lo desea, teniendo en cuenta las creencias. Del mismo modo, Diego Gracia, nos indica que teniendo a un paciente con padecimiento terminal el camino de la atención de los médicos se tiene que cambiar, siendo así desde la medicina curativa que pretende cambiar el proceso morbosos, a la medicina paliativa la que pretende, ayudar al enfermo en el procedimiento de alguna manera u otra disolver la enfermedad. Es por ello que debe existir una comunicación continua con el paciente a favor de sus necesidades y deseos, teniendo un control de los síntomas no agradables del dolor y la enfermedad, y en último lugar y no menos importante demostrar apoyo emocional al paciente terminal y a la familia. (Bonilla Marizalde , 2010)

1.3.6. La Iglesia Católica y el Testamento Vital

Resulta importante conocer la posición de la Iglesia Católica por ser la religión preponderante en nuestro país. Esta se manifiesta en contra del encarnizamiento terapéutico y a favor de la consideración de la ortotanasia. Así, el “Catecismo de la Iglesia Católica se señala lo siguiente”: “Las personas que su vida está débil y frágil poseen un derecho el cual es especial para ellos, estas personas tienen que ser atendidas para que de esta manera lleven una vida tan normal como los demás en la medida que sea posible. Cualesquiera que sean los medios y los motivos, la eutanasia directa se entiende en ponerle fin a la vida de aquellas personas que tienen una vida disminuida, o estén enfermas o a punto de morir, es inaceptable moralmente. Por lo tanto, una omisión o acción la cual incite la muerte para impedir el dolor, conforma el delito de homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona humana y al respeto del Dios vivo, su Creador. El error de juicio en el que se puede haber caído de buena fe no cambia la naturaleza de este acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre”. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015)

“La limitación de procedimientos clínicos excesivos, difíciles, sorprendentes o desmedidos a las consecuencias puede ser genuina. Obstaculizar estos procedimientos es oponerse al encarnizamiento terapéutico. Con esto no se procura inducir la defunción; se admite no poder

frenar. Las disposiciones pueden ser tomadas por el enfermo, si para ello tiene idoneidad y capacidad o, sino por los que tienen los derechos legales, respetando perennemente la voluntad sensata y los intereses genuinos del paciente. Sin embargo, la muerte se piense inminente, el cuidado ordinario debido a un individuo enfermo no puede ser evidentemente suspendido. El uso de analgésicos para tranquilizar los desconsuelos del desahuciado, incluso con peligro de simplificar sus jornadas, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es tratada, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como ineludible. Los cuidados paliativos componen una representación privilegiada de la misericordia generosa. Por esta razón deben ser alentados.” (Catecismo de la Iglesia Católica. Quinto mandamiento. El respeto por la vida humana. La eutanasia.)

Queda claro entonces que la Iglesia Católica:

- 1) No acepta bajo ningún concepto la llamada “Eutanasia Directa” o “Eutanasia Activa”, es decir, aquella acción tendente a suprimir en forma anticipada la vida de un enfermo. La Iglesia llega a calificar esta supresión como un “homicidio”. El escudarse en el hecho de “no querer ver sufrir al ser querido” o en que “hay que respetar su decisión de morir con dignidad” no resta de forma alguna al acto, su verdadera naturaleza: un acto inmoral. (Torres Morales , 2008)
- 2) Rechaza el llamado “encarnizamiento terapéutico” pues lo relaciona directamente con la distansia que se aplica al contar con la esperanza remota de que el enfermo mejore o que la ciencia médica avance de tal forma que la dolencia pueda ser revertida. Para ello, muchas veces, familiares, llevados por un legítimo deseo de mantener vivo a su ser querido, aceptan que se les apliquen tratamientos extraordinarios y heroicos que, lejos de aliviar el dolor del paciente, producen simplemente un alargamiento innecesario y cruel de su agonía. La Iglesia está en contra del “encarnizamiento terapéutico” y más bien acepta la llamada “ortotanasia”, es decir, acepta que la muerte ya está llegando y, por tanto, reconoce no poder impedirla. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros,2015)
- 3) Acepta que se respete la voluntad del paciente que está en condiciones de manifestarla, siempre y cuando esta voluntad no vaya en contra de los parámetros morales y legales.

Por ejemplo, un paciente válidamente podría optar por no aceptar un tratamiento de quimioterapia¹⁴ para tratar el cáncer que lo aqueja, pero, de ninguna manera, podría solicitar que se le aplique una solución química que le genere un infarto y con ello, su muerte. En estos ejemplos citados se puede observar la clara diferencia entre “dejar morir” y “hacer morir”. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015)

- 4) Se muestra plenamente a favor de los llamados “cuidados paliativos”, que significan suministrar al paciente todos aquellos medios que signifiquen ayudarlo a sobrellevar la enfermedad sin dolor, es decir, menguar de alguna forma los sufrimientos que le aquejan producto de su enfermedad. (Ferreyros & Torres Morales de Ferreyros, 2015).

1.3.7. Realización del Testamento Vital

“Las voluntades anticipadas son declaraciones de forma oral sin embargo es preferible que se hagan de forma escrita y que se dirijan a los médicos e individuos significativos, realizadas por una persona llamada el “otorgante”, competente para tomar disposiciones sobre el apoyo de su salud, con el propósito de que ingresen en vigor cuando pierda dicha capacidad, y que logran acoger, al menos, cualquiera de las consiguientes formas”: (Siurana, 2015)

- 1) “ Erudiciones (sobre l o s c u i d a d o s de la s a l u d y p a r a d e s p u é s de la muerte). Reconocimientos en el que el otorgante relata qué procedimientos anhela o no anhela que se le destinen en diversas circunstancias clínicas futuras y, en general, cómo debe llevarse a cabo todo el proceso que envuelva a su cuidado. Puede además brindar ilustraciones para posteriormente de su fallecimiento, pertenecientes
- 2) “Nombramiento de representante (para las atenciones de la salud y para más tarde de la defunción). Reconocimiento mediante la cual el otorgante escoge a otra de confianza como representante para tomar medidas afines con el cuidado de su salud. Posteriormente del fallecimiento del otorgante, su representante logra asimismo tomar medidas sobre la práctica de su cuerpo. En ambos casos, el representante debe dilucidar las instrucciones que haya referido el otorgante, oralmente o por escrito, para usar a la situación concreta”. (Siurana, 2015)

- 3) “Historia de valores. Averiguación brindada por el otorgante sobre sus valores, visión del mundo, deseos y actitudes que deberían administrar el proceso y las heterogéneas decisiones que se tomen. La información se puede dar mediante listas de valores, respuestas a interrogantes, métodos narrativos o acotaciones a atmósferas escogidas”. (Siurana, 2015).

1.4. Formulación del Problema

¿Qué fundamentos permiten la regulación del Testamento Vital en el Código Civil Peruano expresado por los pacientes con enfermedades terminales?

1.5. Justificación del estudio

La praxis de las voluntades anticipadas comienza en E.E.U.U con los “Testamentos Vitales” a finales de los años 1970, sin embargo, con la aceptación de la Ley de Autodeterminación del paciente en 1991 es ahí cuando se desenvuelve más su aplicación. Existen casos en los que se genera un problema cuando el paciente terminal no logra conceder o rechazar su asentimiento frente a un procedimiento que puede prolongar o no su vida a causa de su estado de salud, en este caso si el enfermo no ha previsto lo que se debe hacer entonces la ley nos dice que se nombrará a un asistente que va a actuar como su presentante legal, es por ello que para evitar este procedimiento, al realizar este trabajo de investigación se pretende que el paciente tenga la posibilidad de expresar sus deseos respecto al procedimiento clínico a la última etapa de su vida.

En este sentido se debe tener en cuenta que un sujeto no solo puede disponer por intermedio de testamento de sus bienes materiales, por lo tanto, también tiene derecho a decidir la forma del trato en sus últimos días de vida, en tal sentido porque se debería prolongar la vida de una persona artificialmente, por lo tanto, para que hacer lo que la naturaleza no quiere que suceda.

Se justifica entonces porque esta práctica no puede dejar de estar normada en nuestra legislación peruana, ya que dicho testamento vital puede establecerse como una institución completamente reconocida por ley, dejar que una persona siga con su vida o muera dignamente, según sea su

voluntad, sin la obligación de dejarlo a juicio de una tercera persona, para ello se debe tener en cuenta a autonomía de la voluntad centrando el interés en los aspectos de la vida e integridad física que son los patrimonios de interés jurídico que están en peligro, por lo tanto se debe procurar un ejercicio correcto de los procedimientos médicos tolerando siendo el deber de los médicos brindar el cuidado respectivo en el curso hacia el fin de sus vidas de los pacientes terminales, ya sea eliminando o aliviando el dolor.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos para la regulación del Testamento Vital en el Código Civil Peruano por pacientes con enfermedades terminales.

1.6.2. Objetivos Específicos

1. Analizar la Institución Jurídica del Testamento en el Perú, incluyendo el Testamento Vital, teniendo en cuenta la doctrina nacional y extranjera, así como la normatividad en otros países.
2. Analizar el Principio de Autonomía de la Voluntad, así como la eutanasia y el suicidio.
3. Proponer proyecto de ley para la regulación del Testamento Vital para pacientes con enfermedades terminales.

1.7. Hipótesis

Lo fundamentos como el Principio de autonomía de la voluntad, Derecho a la dignidad, permiten la regulación del Testamento Vital en el Código Civil para pacientes con enfermedades terminales.

II. MÉTODO

2.1. Diseño y Tipo de Investigación

El diseño de la presente indagación es de conjetura fundamentada su eje consiste en el interaccionismo simbólico. Su propuesta básica es en las posturas teóricas aparecen de los antecedentes recaudados de la exploración. Es el proceso el que ocasiona el entendimiento de una corriente o hecho social. Está en la averiguación de nuevos diseños de inferir los métodos sociales que tienen lugar en entornos originarios. Se pretende hacer notar la necesidad de incorporar el Testamento Vital en el Código Civil Peruano, para pacientes con enfermedades terminales, en el cual se va a expresar la voluntad de una persona sobre las elecciones quirúrgicas y médicas que la afectarán en el fin de sus días.

2.2. Variables y Operacionalización

- a) **TESTAMENTO VITAL**
 - Eutanasia
 - Suicidio
- b) **PACIENTES TERMINALES**
 - Autonomía de la Voluntad
 - Voluntad del Paciente
- c) **DERECHOS FUNDAMENTALES**
 - Dignidad Humana
 - Muerte Digna

2.1.1. Operacionalización

VARIABLES	INDICADORES	ÍTEMS	INSTRUMENTO	TIPO DE INVESTIGACIÓN
TESTAMENTO VITAL	Eutanasia Suicidio	1) Ayudar a morir 2) Provocar la muerte	ENCUESTA	SUSTANTIVA O TEÓRICA
PACIENTES TERMINALES	Autonomía de la Voluntad Voluntad del Paciente	1) Principio supremo 2) Consentimiento informado		
DERECHOS HUMANOS	Dignidad Humana Muerte Digna	1) Derecho de ser respetado y valorado 2) Derecho del paciente con enfermedad terminal		

2.3. Población y Muestra

ENCUESTADOS	CANTIDAD
PROFESIONALS DEL DERECHO	7
TOTAL DE LA MUESTRA	7

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

2.4.1. Técnicas

A) ANÁLISIS DOCUMENTARIO

Es el proceso donde se va a revisar los documentos en la investigación la cual está encaminada a la localización, obtención, sugerencia y extracción de alguna indagación para la estructura de las bases de teoría de la investigación de un grupo de fuentes de consulta (artículos de revista, libros, páginas web, etc.)

B) FICHAJE

Al plantear la investigación se ha creído beneficioso recurrir a la técnica de fichas, ya sean de tipo resumen, bibliográficas y textuales, y las herramientas fueron las fichas bibliográficas. Dicha técnica consiste en tomar nota ordenadamente, el comprendido de la información que pueden ser de libros, periódicos y documentos en general, por lo que se va a utilizar unas tarjetas, papeletas, fichas de papel o cartulina, con su instrumento bibliográfico.

Por otro lado, se consultó también diferentes jurisprudencias que fueron emitidas por los tribunales que han planteado el tema investigado, además de la revisión documentaria realizada.

C) ENCUESTA

La presente técnica permite, recolectar información de una forma indirecta, conlleva a establecer diferentes opiniones de los especializados o llamados los consultores expertos, que de alguna manera u otra fundamentan la investigación en la medida que desde la praxis profesional nos presentan sus opiniones.

2.4.2. Validez y Confiabilidad

La validación consiste en un escrito llamado constancia de validación, el cual parte con los datos del experto, luego la guía de patrones y preguntas, los que a su vez se dividen en nueve ámbitos, primero la claridad, seguido de la imparcialidad, tercero la actualidad, cuarto la organización, quinto la suficiencia, sexto la intencionalidad, sétimo la consistencia, octavo la conexión y noveno la metodología.

La importancia, validez y confiabilidad del actual estudio ha sido asignado por la estimación y análisis de los expertos en el argumento, los que dictaminaron si las herramientas utilizados fueron sugeridos con la dedicación científica debida para lograr los frutos que busca la investigación.

2.5. Métodos y Análisis de Datos

2.5.1. Método Hermenéutico

El proceso de la búsqueda a partir la triangulación hermenéutica entiéndase por “transcurso de triangulación hermenéutica” la labor de reunión y cruce dialéctico de toda la pesquisa acertada al fin de estudio brotada en una investigación por medio de los enseres oportunos y que en particular establece el corpus de efectos de la exploración.

2.5.2. Selección de la Información

La selección de la indagación es lo que aprueba diferenciar lo que vale de aquello que es desechable. El primer razonamiento gruía para esta labor es el de pertenencia, que se enuncia en la acción de solo tomar en cuenta aquello que ciertamente se relaciona con la materia de la investigación y el segundo razonamiento, que es el de preeminencia, lo que se de vela ya sea por su intermitencia o por su asertividad en analogía con el argumento que se interroga. Estos descubrimientos de averiguación oportuna y distinguida son los que admitieron pasar a la etapa consecutiva que a continuidad se puntualiza.

2.5.3. Triangulación del Marco Teórico

Como tarea de exploración y disputa reflexiva de la literatura especializada restablecida y oportuna sobre la materia afrontada, es inexcusable que el marco teórico no se quede solo como un enmarcamiento bibliográfico, sino que sea otra fuente fundamental para el transcurso de construcción de ideas que toda averiguación debe contribuir. Para ello, ay que retomar entonces la discusión bibliográfica y desde allí producir una nueva discusión, pero ahora con los efectos precisos de la labor de campo desde una pregunta reflexiva entre lo que la literatura nos muestra sobre varios asuntos, que en el plano metodológico hemos cristalizado como categorías y sub-categorías, y lo que sobre ello hemos encontrado cuando hemos ejecutado la investigación de la información. La elaboración de esta triangulación es a que delega a la investigación su perfil de cuerpo constituido, y su sentido como totalidad significativa.

2.5.4. La interpretación de la Información

La interpretación de la información integra en el “instante hermenéutico” debidamente tal, por lo que es la instancia a partir de la cual se establece diferente discernimiento en este hecho paradigmático.

El poder ejecutar cabalmente este transcurso interpretativo se ve facultado cuando iniciamos de componentes teóricos de base, que nos autorizan considerar orgánicamente, y con ello, dictaminar de manera sistematizado y secuencial la argumentación.

2.6. Aspectos Éticos

La reciente exploración se ha ejecutado específica y directamente a un inconveniente que viene desarrollándose en la actualidad, con información adquirida ya sea de bibliotecas y/o las normas concernientes al tema, también se han hecho las citas referentes de los autores de los libros que se han tomado en cuenta, por ello esta investigación es genuina, verdadera y sin imitación alguna regida en el marco de los lineamientos de autenticidad. Por lo tanto, se ha cumplido con los requerimientos y las puntualidades exigidas para la elaboración y progreso de tesis conforme a lo solicitado.

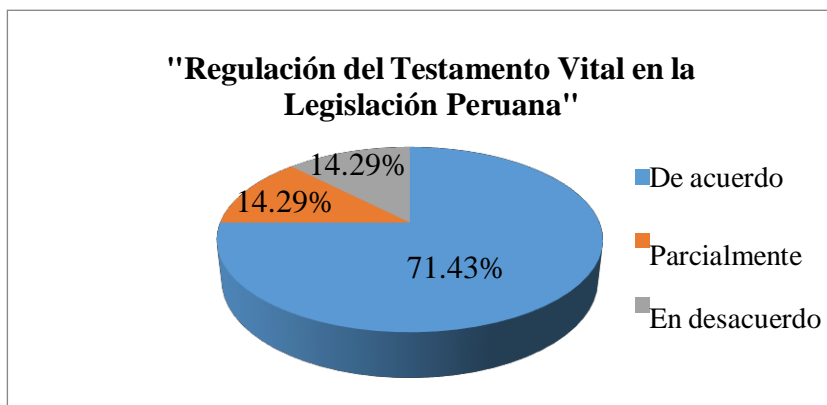
III. RESULTADOS

Tabla N° 01

“Regulación del Testamento Vital en la Legislación Peruana”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	5	71.43
Parcialmente	1	14.29
En desacuerdo	1	14.29
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a Operadores de Derecho 2016



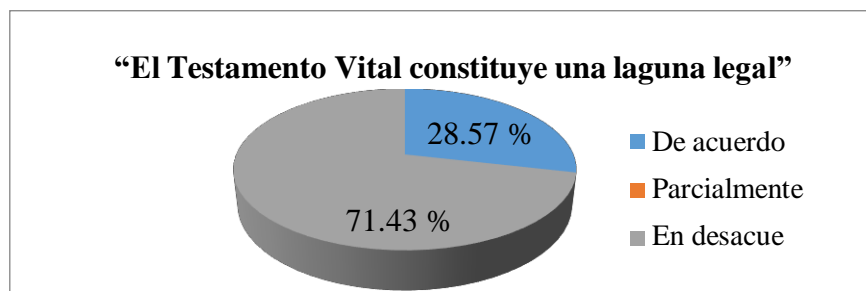
Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la indagación elaborada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 71.42% de la población está de acuerdo en indicar que se pueda regular el Testamento Vital en nuestra legislación; toda vez que, los pacientes que padezcan de una enfermedad terminal le va a ser posible que expresen su voluntad sobre los tratamientos que deseen recibir, cuando todavía son capaces de hacerlo también porque van a evitar que los jueces carguen el peso de la decisión en la opinión del médico; por lo tanto. En esas líneas, si bien un porcentaje mínimo de la población (14.29 %) no está de acuerdo con que regule el Testamento Vital en nuestra legislación; sin embargo, cabe señalar citando al Dr. Juan Carlos Siurana: “Uno de los argumentos a favor de la regulación del Testamento es que va a reducir el recurso a los tribunales para tomar decisiones sobre cuidados de la salud en el final de la vida así como también se va a respetar el valor fundamental de la vida humana y son expresión de la ilustración del paciente según un argumento filosófico Kantianismo” (Siurana, 2015).

Tabla N° 02

“El Testamento Vital constituye una laguna legal”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	2	28.57
Parcialmente	0	0
En desacuerdo	5	71.43
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a operadores de derecho 2016



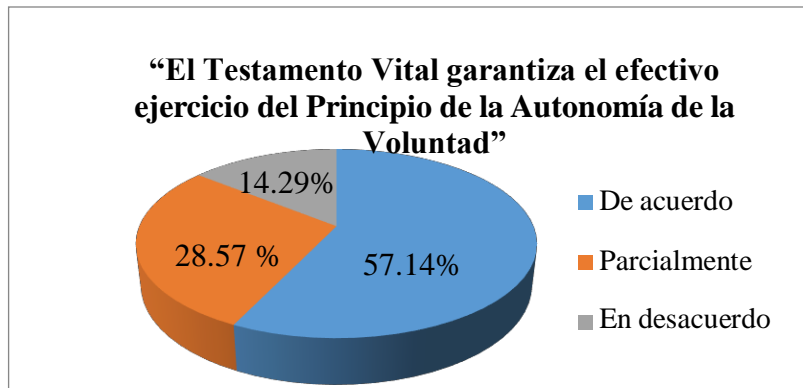
Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la encuesta realizada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 71.43% de la población está de desacuerdo en indicar que el Testamento Vital es considerado en nuestra legislación como una laguna legal; toda vez que, los pacientes que padezcan de una enfermedad terminal considerando dicha figura van a terminar con su vida, por lo que se estaría vulnerando el derecho fundamental a la vida, incluso ni uno mismo puede atentar contra ella, este derecho se encuentra regulado en la Constitución Política en el artículo 2 inciso 1. En esas líneas, si bien un porcentaje mínimo de la población (28.57 %) consideran que el Testamento Vital constituye una laguna legal en nuestra legislación; sin embargo, cabe señalar citando a la Notaria Roalía Mejía Rosasco de Elías: “De acuerdo a nuestra legislación el sujeto que ha perdido la capacidad de conceder poder, pero continúa con vida, habría prácticamente degenerado el derecho de que las disposiciones más significativas y personalísimas respecto de él sean realizadas de acuerdo a su voluntad(a pesar de estar vivo), porque será el juez quien determine a través del nombramiento del curador que persona decidirá y sobre qué aspectos. Lo que resulta más contradictorio aún es que si esta misma persona fallece, entonces recobrará la posibilidad de que al menos e cumpla su voluntad a través de su testamento, no obstante no se haya podido destinar la referida a la atención de su persona para el periodo de su incapacidad” (Mejía Rosasco de Elías, 2007).

Tabla N° 03

“El Testamento Vital garantiza el efectivo ejercicio del Principio de la Autonomía de la Voluntad”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	4	57.14
Parcialmente	2	28.57
En desacuerdo	1	14.29
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a operadores de derecho 2016



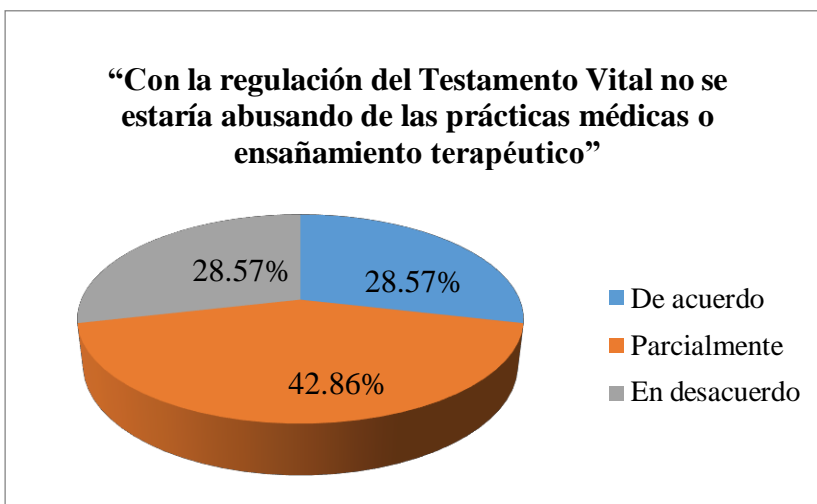
Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la encuesta realizada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 57.14% de la población está de acuerdo en indicar que el Testamento Vital garantiza el efectivo ejercicio del Principio de la Autonomía de la Voluntad; toda vez que, se haría un legítimo ejercicio de la libertad de la persona, por otro lado, sería considerado un instrumento importante para la exoneración de responsabilidad de los profesionales de la salud. En esas líneas, si bien un porcentaje mínimo de la población (28.57%) consideran que el Testamento Vital no garantiza del todo un efectivo ejercicio de la Autonomía de la Voluntad, puesto que el sujeto que está tomando la decisión se encuentra envuelto en los pensamientos de su enfermedad haciendo que no pueda penar libremente. (Flores Salgado, 2015)

Tabla N° 04

“Con la regulación del Testamento Vital no se estaría abusando de las prácticas médicas o ensañamiento terapéutico”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	2	28.57
Parcialmente	3	42.86
En desacuerdo	2	28.57
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a operadores de derecho 2016



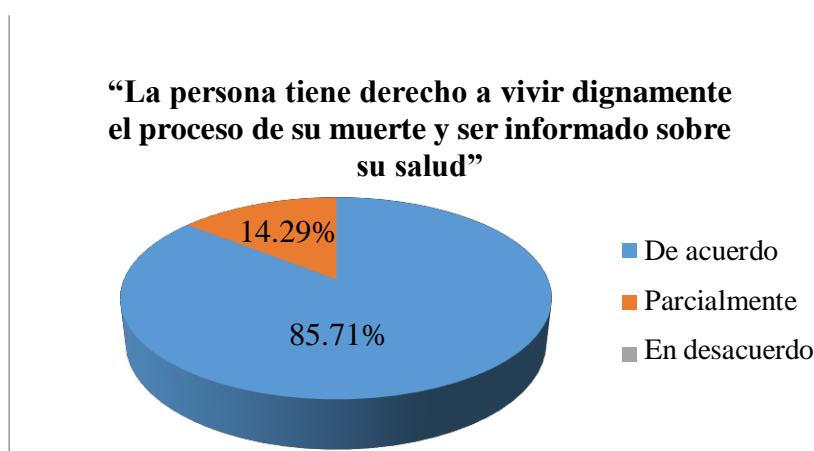
Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la encuesta realizada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 42.86% de la población está parcialmente de acuerdo al indicar que la regulación del Testamento Vital no se estaría abusando de las prácticas médicas o ensañamiento terapéutico; toda vez que: “Se debe reconocer que la muerte precedida o acompañada a menudo de sufrimientos atroces y prolongados es un acontecimiento que naturalmente angustia el corazón del hombre, la sensatez humana cristiana propone para la mayor parte de los crónicos el uso de las medicinas que sean convenientes para aplacar o eliminar el sufrimiento, aunque de ello se deriven, como efectos secundarios, entorpecimiento o menor claridad”.(Garay Opazo , 2001)

Tabla N° 05

“La persona tiene derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte y ser informado sobre su salud”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	6	85.71
Parcialmente	1	14.29
En desacuerdo	0	0
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a operadores de derecho 2016



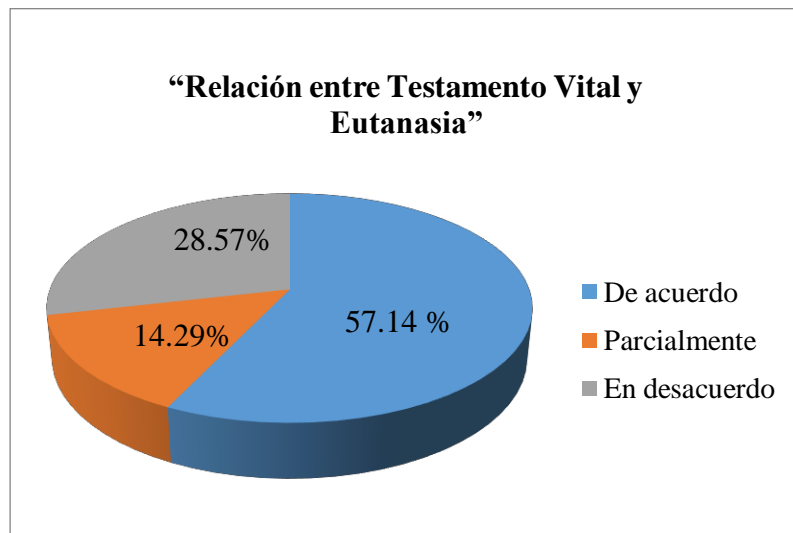
Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la encuesta realizada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 85.71% de la población está de acuerdo en indicar que la persona tiene derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte y ser informado sobre su salud ; toda vez que, “La muerte digna es la muerte que, ansiada por una persona, se produce concurrida de todos los alivios y cuidados paliativos médicos convenientes, así como con todos los confortes humanos posibles, en otras palabras, una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal”. (Maciá Gómez, 2008). En esas líneas, si bien un porcentaje mínimo de la población (14.29 %) consideran que la persona no tiene derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte y ser informado sobre su salud, puesto que, según los encuestados, las personas no pueden elegir la forma o el proceso de su muerte, por lo tanto, debe luchar por tener una vida equilibrada y así explotarla.

Tabla N° 06

“Relación entre Testamento Vital y Eutanasia”

Ilegalidad	F ¹	F ²
De acuerdo	4	57.14
Parcialmente	1	14.29
En desacuerdo	2	28.57
Total	7	100.00

Fuente: Encuesta a operadores de derecho 2016



Del análisis del gráfico estadístico, que a través de la encuesta realizada a la población – operadores del derecho - se muestra que el 57.14% de la población está de acuerdo en indicar que si existe relación entre el Testamento Vital y la Eutanasia; toda vez que, siempre habrá asistencia médica para evitar mayor sufrimiento, también porque ambas figuras jurídicas buscan una muerte digna y sin sufrimiento. (Mejía Rocasco de Elías, 2007)

IV. DISCUSIÓN

El tema en cuestión, empezó a oírse a la mitad de los años cincuenta en el país de Estados Unidos y se acuña claramente en el año 1957, el cual es el “living will”, que traducido al idioma español es “Testamento Vital”, expresa deseos para el futuro por ello se hace llamar testamento y “vital”, porque entra en vigor cuando todavía está viva la persona que lo ha firmado. Algunos estudios como el “Testamento Vital en la población relacionada con Alzheimer” (Bermejo Higuera, Carabias Maza, Villacieros Durbán, & Belda Moreno, 2011), prescribe que los participantes de la investigación están a favor de la figura del testamento vital, ya que se observa un sugerente ánimo de legalizarlo, desean tratar el tema sobre todo con sus familiares. Obteniendo resultados similares a este estudio, dado que en su mayoría de lo encuestado está de acuerdo en indicar que pueda regular el Testamento Vital en nuestra legislación, toda vez que los pacientes con enfermedad terminal expresen su declaración sobre los estudios y/o tratamientos médicos que deseen percibir, cuando todavía son capaces de hacerlo. Así como en el estudio anterior y como en los resultados de las encuestas, existe un porcentaje mínimo que no está de acuerdo con su regulación, puesto que el paciente podría haber cambiado de parecer si no hubiera perdido la capacidad. La mayoría de la población encuestada no está de acuerdo en afirmar que el testamento vital constituye una laguna legal, puesto que al regular dicha institución jurídica en nuestro ordenamiento se estaría vulnerando el derecho reconocido constitucionalmente como es el derecho a la vida, de igual manera en el estudio realizado “Argumentos a favor y en contra de las voluntades anticipadas” (Siurana, 2015), prescribe que si se regula dicho testamento etiquetarían al otorgante como persona que desea morir y atendiendo a uno de los argumento religiosos dice que: “ la vida de los seres humano es determinada por el Creador, por lo tanto no podemos programar su final”. En esta investigación se apuesta por la idea del progreso ético, ya que “toda persona tiene derecho a expresar su voluntad anticipadamente y reducir su sufrimiento en el final de la vida, tanto que permiten que el paciente defina su noción de calidad de vida”.

Se menciona también el estudio “Testamento Vital y Derecho Penal” (Pecoy Taque, 2007) dice que el tema analizado “halla su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y se advierte en un análisis a prima facie, es decir a primera vista, que el instituto entraña una serie de consecuencias jurídicas de relevancia como es el de revertir ciertas obligaciones del médico

respecto a su paciente, en caso de que no se disponga la voluntad de no someterse a tratamientos excesivos”. Sin embargo, al contrastar con el estudio sobre “¿Es vital el testamento vital?” (Yuste Rossel, 2006), dice que “el testamento vital se apoya en la autonomía de la voluntad que es uno de los principios deontológicos consolidados, en todos los códigos éticos profesionales y que exige respetar las decisiones y convicciones del sujeto”. En los resultados del presente estudio de investigación se tiene que, la mayoría de la población está de acuerdo con que el Testamento Vital garantiza el ejercicio efectivo del principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que se haría un legítimo ejercicio de la libertad de la persona, por otro lado el porcentaje mínimo de la población está en contraposición puesto que el sujeto que está tomando la decisión se encuentra envuelto en los pensamientos de su enfermedad haciendo que no pueda pensar libremente.

Al analizar el estudio sobre “Voluntades anticipadas vs. Instrucciones Previas o Testamento Vital en atención primaria de salud” (Angora Mazuecos, 2008), cuyo objetivo principal es la limitación del esfuerzo terapéutico. Con respecto al presente estudio se muestra que la mayoría de la población está de acuerdo al indicar que con la regulación del testamento vital no se estaría abusando de las prácticas médicas o ensañamiento terapéutico, toda vez que la cordura humana cristiana exige para la mayor parte de los pacientes terminales la utilización de fármacos que sean pertinentes para curar o suprimir el dolor aunque de ello se derive como efecto secundario menor lucidez, por otro lado el porcentaje mínimo no está de acuerdo con su regulación ya que hay personas que existen enfermos que ya no se encuentran capaces de expresar su voluntad se podrá asumir que anhelan tomar tales medicamentos por consejos del médico, pero su uso excesivo puede causarle costumbre y hacer que se le aplique una dosis mayor para garantizar su eficacia.

Estudios como el de “Voluntades Anticipada vs. Instrucciones Previas o Testamento Vital en atención Primaria de Salud” (Angora Mazuecos, 2008), prescribe que la Ley reconoce el derecho fundamentales de los enfermos terminales que declarar su voluntad anticipada, como legítima organización que admira el régimen de valores propios del enfermo al resolver sucumbir con dignidad, cuyo objetivo de este estudio ha ido revelar conocimientos sobre alargamiento de la vida, derecho a optar por una muerte digna. En la encuesta realizada el mayor porcentaje de la

población está de acuerdo al indicar que al paciente termina le asiste el derecho a vivir dignamente el proceso del fin de su vida y ser informado sobre su salud, este es un derecho que se ejerce al termino la vida voluntariamente sin dolor, cuando la tecnología ya nada pueda hacer para la restablecimiento de la enfermedad; sin embargo el porcentaje mínimo consideran que las personas no pueden elegir la forma o el proceso de su muerte por lo que deben luchar por explotar su vida hasta el último momento. La teoría del consentimiento informado, dice que este no es una ficción legal sino un derecho humano, y se ha cristalizado como una exigencia legal, por lo tanto, todos los pacientes con enfermedades incurables deben gozar de este derecho para que puedan decidir sobre el destino y transcurso de sus últimos días, es decir morir dignamente.

Al hablar de las instituciones del Testamento Vital y la Eutanasia, el estudio sobre “Argumentos a favor y en contra de las Voluntades Anticipadas” (Siurana, 2015), dice que uno de los argumentos a favor de la regulación del Testamento vital es que va a aportar transparencia a la práctica habitual de la eutanasia pasiva. Del análisis estadístico el mayor porcentaje de la población está de acuerdo con indicar que si existe relación entre la eutanasia y el testamento vital, esto se argumenta en que siempre habrá intervención médica, también porque ambas figuras buscan una muerte digna, lo cual no es así ya que la institución del testamento vital sugiere que el paciente terminal decida sobre si desea llevar el curso de su muerte naturalmente, es decir que no se le apliquen tratamientos para alargar su vida artificialmente, por el contrario la eutanasia es la intervención activa del médico a pedido del paciente para que le suministre un medicamento con el que se daría fin a su vida.

V. CONCLUSIONES

1. Actualmente existe una necesidad de regular en nuestro ordenamiento la posibilidad de que una persona con enfermedad terminal capaz, pueda manifestar por medio de una herramienta legal válida, su intención si en un futuro le sobreviene una incapacidad, de esta manera se garantizará el respeto del Principio de autonomía de la voluntad, principio básico de un estado de derecho.
2. El testamento vital constituirá un instrumento de protección al personal sanitario, decido a que tendrá que suministrar o no los tratamientos correspondientes, defendiéndose así con ese documento de una posible demanda.
3. La opinión del paciente que padece una enfermedad terminal debe ser tomada en cuenta siempre, y como consecuencia a esto el testamento vital debe ser revocable en todo momento.
4. El derecho a la libertad consagrado en la Carta Magna - Constitución Política, está relacionado con el derecho a la vida, por lo tanto, en ejercicio de éste es el paciente quien va a decidir sobre su vida, de esta manera se deriva el derecho a la dignidad humana por su condición de ser libre.
5. Con la regulación de esta institución el paciente va a morir de acuerdo con sus creencias religiosas, por lo que deben mostrar los motivos por los que va a tomar dicha decisión.
6. No se abusaría de las prácticas médicas o del encarnizamiento terapéutico a los pacientes, por lo tanto, se respetaría el derecho del paciente a ser comunicado sobre su situación y cuál es el extremo de gravedad en el que se encuentra.
7. El ingreso de esta figura a nuestra legislación contribuirá a que la ética de la humanidad progrese cada día más.

VI. RECOMENDACIONES

- El testamento vital debe considerarse un documento necesario para determinar con exactitud en que consiste la condición de vida del paciente terminal.
- El personal sanitario debe capacitarse para que pueda informar a los pacientes sobre el fin de su vida y para explicar que tratamientos le son convenientes, así como su estado de salud y riesgos.
- El paciente que padece una enfermedad terminal no deberá pretender nada que vaya en contra de la buena práctica médica.
- Crear espacios dentro de los hospitales para que se les pueda brindar información acerca de los tratamientos más favorables a los pacientes terminales, sobre los cuidados paliativos, y de llegar a una posible regulación, se les brinde también información sobre el procedimiento que se debe hacer para solicitar el Testamento Vital.
- Tanto el médico, como el otorgante y el representante deberán analizar adecuadamente las consecuencias de firmar un documento como el testamento vital.

REFERENCIAS

- Abellan Sallort, J. (2008). "Eutanasia y Ortotanasia: El problema de la autonomía en el Derecho Español" En: *Temas de Bioética y Derech.* . Lima: Editorial Grandez Gráficos S.A.C.
- Angora Mazuecos, F. (2008). Voluntades Anticipadas vs. Instrucciones Previas. *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 215.
- Bermejo Higuera, J. C., Carabias Maza, R., Villacieros Durbán , M., & Belda Moreno , R. M. (2011). *Testamento Vital en población relacionada con Alzheimer*. Madrid.
- Bonilla Marizalde , J. (Julio de 2010). *Tesis Doctoral*. Recuperado el 2016, de "Actitudes éticas del personal médico, participación de enfermería y la familia en la toma de decisiones humanizadas en pacientes con Limitación del Esfuerzo Terapéutico": http://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/2_BONILLA_LET_Ucis_Hospitales_Quito.pdf
- Catecismo de la Iglesia Católica. Quinto mandamiento. El respeto por la vida humana. La eutanasia.* (s.f.). España: Segunda Edición. Asociación de Editores del Catecismo.
- Dominguez Benavente, R., & Dominguez Aguila, R. (2005). *Derecho Sucesorio*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Dominguez Luelmo, A. (2007). *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica*. España: LEX NOVA S.A.
- Fernandez Arce, C. (2003). *Código Civil Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero, A. (2002). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Grijley.
- Ferreiros, M. d., & Torres Morales de Ferreyros, S. (2015). EL TESTAMENTO VITAL: UNA GENUINA MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 17.
- Flores Salgado, L. (2015). Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México. *IUS*.
- Garay Opazo, O. (2001). EL TESTAMENTO VITAL. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.
- Gomez Gallego, R. (2008). *La Dignidad Humana en el Proceso Salud - Enfermedad*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Gutierrez Robledo, L. M. (2014). *Geriatría*. México D.F.: Manual Moderno S.A.
- Lopez Herrera, F. (2008). *Derecho de Sucesiones - Tomo I*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Lopez Sanchez, C. (2003). *Testamento Vital y Voluntad del Paciente*. Dykinson.

- Lorda, P. S., & Concheiro, C. L. (1993). El Consentimiento Informado Teoría y Práctica. *Medicina Clínica*.
- Lucas Lucas, R. (2003). *Explicame la Bioética*. Madrid: PALABRA. Maciá
- Gomez , R. (2008). *EL Concepto Legal de Muerte Digna*. España. Marzal
- Rodríguez, P. (2008). *El Derecho de Sucesiones*. Valencia: GUADA.
- Mejía Rocasco de Elías, R. (2007). La declaracion de penúltima voluntad: Regulaciones para la proppia incapacidad. 10.
- Olavarria Vivian, J. A. (2012). *Derecho de Sucesiones - Exégesis Sustantiva y Procesal*. Arequipa: ADRUS S.R.L.
- Palacios, M. (2009). *Soy mi Dignidad- Eutanasia y Suicidio Asistido*. Libros en Red.
- Pecoy Taque, M. (2007). Testamento Vital y Derecho Penal. *REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO*, 53-70.
- República, C. d. (s.f.). *MINSA*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2016, de MINSA:
<http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>
- Siurana, J. (2015). *www.uv.es*. Recuperado el Noviembre de 2016, de
<http://www.uv.es/gibuv/ArgumentosVVAA.pdf>
- Torres Morales, S. (2008). *La Eutanasia y la Iglesia Católica*. Lima.
- Villafaina Borroso, A., Rodriguez Perez, B., & Ortiz Rodriguez, O. (2015). *Seguridad del Paciente con el uso del medicamento: evidencias y estrategias*. Zaragoza: Bod Dylan.
- Yuste Rossel, N. (2006). ¿Es vital el testamento vital? *Intergeneraciones* , 1-32.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

Problema	Hipótesis	Variables	Objetivos
<p>¿Qué fundamentos permiten la regulación del Testamento Vital en el Código Civil Peruano por los pacientes con enfermedades terminales?</p>	<p>Los fundamentos como el Principio de autonomía de la voluntad, derecho a la dignidad, permiten la regulación del Testamento Vital en el Código Civil Peruano por pacientes con enfermedades terminales.</p>	<p>Testamento Vital</p> <p>Pacientes Terminales</p> <p>Derechos Fundamentales</p> <p>PACIENTES TERMINALES</p>	<p>* Determinar los fundamentos para la regulación del Testamento Vital en el Código Civil Peruano por pacientes con enfermedades terminales.</p> <p>* Analizar la Institución Jurídica del Testamento en el Perú, incluyendo el Testamento Vital, teniendo en cuenta la doctrina nacional y extranjera así como la normatividad en otros países.</p> <p>* Analizar el Principio de Autonomía de la Voluntad, así como la Eutanasia y Suicidio asistido</p> <p>* Proponer proyecto de ley para la regulación del testamento Vital para pacientes con enfermedades terminales.</p>

MATRIZ DE CONSISTENCIA METODOLÓGICA

Tipo y diseño de la investigación	Población Muestra	Instrumentos de Investigación	Criterios de Validez y Confiabilidad
Sustantiva Teórica Diseño no experimental	7 Encuestados: Profesionales del Derecho (abogados)	Encuesta	Validación por consulta de expertos. Método de Alfa de Cronbach

CONSTANCIA DE VALIDACIÓN

Yo, Santiago F. Herrera Mena con DNI N° 41921507
Titulado, en Derecho

N° ANR/COP _____, de profesión Abogado.

Desempeñándome actualmente como Abogado de Procuraduría.

En Municipalidad Provincial de Sullana.

Por medio de la presente hago constar que he revisado con fines de Validación los instrumentos:

Guía de pautas y Cuestionario:

Luego de hacer las observaciones pertinentes, puedo formular las siguientes apreciaciones:

Guía de Pautas para Jóvenes Universitarios de la UCV – Piura	DEFICIENTE	ACEPTABLE	BUENO	MUY BUENO	EXELENTE
1. Claridad		X			
2. Objetividad			X		
3. Actualidad					
4. Organización			X		
5. Suficiencia			X		
6. Intencionalidad				X	
7. Consistencia				X	
8. Coherencia			X		
9. Metodología			X		

En señal de conformidad firmo la presente en la ciudad de Piura 26 de Setiembre del 2016

Especialista: Abogado.
 DNI : 41921507
 Especialidad:
 E-mail : santiago_hm3@hotmail.com



Santiago Fernando Herrera Mena
 ABOGADO
 CAP 1514

“RAZONES PARA LA INCORPORACIÓN DEL TESTAMENTO VITAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO PARA PACIENTES CON ENFERMEDADES TERMINALES”

FICHA DE EVALUACION DEL INSTRUMENTO: GUÍA DE PAUTAS

Indicadores	Criterios	Deficiente 0-20				Regular 21-40				Bueno 41-60				Muy Bueno 61-80				Excelente 81-100				OBSERVACIONES
		1	6	11	16	21	26	31	36	41	46	51	56	61	66	71	76	81	86	91	96	
ASPECTOS DE VALIDACION		5	10	15	20	25	30	35	40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100	
1.-Claridad	Está formulado con un lenguaje apropiado												60									
2.-Obejtividad	Está expresado en conductas observables.											55										
3.-Actualidad	Adecuado al enfoque teórico abordado en la investigación.											55										
4.-Organización	Existe una organización lógica entre sus ítems.												60									
5.-Suficiencia	Comprende los aspectos necesarios en cantidad y calidad.												60									

ENCUESTA

TITULO: “REGULACION DEL TESTAMENTO VITAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO PARA PACIENTES CON ENFERMEDADES TERMINALES”

En la actualidad existe un tema que no se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico peruano el cual está referido a que los ciudadanos puedan establecer lo que desean en caso de que sean enfermos terminales es decir a cualquier manifestación de voluntad que es expresada en un estado de capacidad al cual le va a sobrevenir un estado de incapacidad. El “Living Will” o Testamento Vital es una declaración por escrito mediante el cual el paciente informa al personal médico su deseo de no recibir procedimientos que prolonguen su vida si es diagnosticado con una enfermedad terminal y él fuera incapaz de expresar su voluntad respecto a las decisiones relacionadas con su tratamiento médico y el uso de la tecnología médica para prolongar su vida artificialmente cuando no existe posibilidad de recuperarse. El fin de esta investigación es que el testamento en sí, no solo sea utilizado para dejar herencia, sino que también se utilice para decidir sobre los temas que le pertenecen al causante, es decir que es lo que se hará con su cuerpo al fallecer, así como también tratamientos médicos que le serán aplicables en la parte final de su vida.

➤ Encuesta dirigida a Magistrados, especialistas judiciales, asistentes y abogados litigantes.

1.- ¿Cree usted que se debe incorporar el Testamento Vital en nuestra Legislación, a fin de que se respete el derecho constitucionalmente reconocido como es la Dignidad Humana?

2.- El Testamento Vital es una institución que no está regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico ni en el Derecho Sucesorio por lo tanto, ¿Cree usted que constituye una “laguna legal”?

3.-¿Cree usted que el Testamento Vital garantiza el efectivo ejercicio del derecho y principio reconocido en nuestra Constitución y a nivel internacional el cual es la autonomía de la voluntad, por el cual una persona define sus propias reglas de voluntad, cuyos elementos que la integran son la libertad y la capacidad de actuar?

4.- ¿Cree usted que con la incorporación del Testamento Vital no se abusaría de las prácticas médicas o del ensañamiento terapéutico que no va a poder sacar adelante la vida del paciente terminal, sino solo retrasará su vida?

5.- ¿Cree usted que todo el mundo tiene derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte, así como a ser informado sobre su salud sea cual sea la situación?

6.- ¿Cree usted que existe relación alguna entre el Testamento Vital y la Eutanasia, teniendo en cuenta que el primer caso, significa dejar el curso natural de la enfermedad hasta llegar a la muerte, y el segundo caso significaría, la intervención del doctor para causar la muerte a pedido del paciente?

NOTA: La presente encuesta será publicada en los anexos como instrumentos de recolección de datos de la Tesis.

¿EL ENCUESTADO AUTORIZA LA PUBLICACION DE LA PRESENTE ENTREVISTA? SI

NO

NOMBRE DEL ENCUESTADO:
