



REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACIÓN

Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción

REVISTA N° 6 – AÑO 3

DIRECTORES

Marcelo Daniel De Laurentis
Alicia Beatriz Rajmil

SECRETARIOS

Natalia Corina Bacigaluppo
Pedro Eugenio Marzuillo

COMITÉ DE REDACCIÓN

Enrique Jorge Arévalo
Mónica Rosana de Dios
Roberto Augusto Lucero Eseverri
Stella Maris Myriam Estelrich
Mónica Susana Zanazzi

COMITÉ REFERATO

María Isolina Dabove
Pedro Federico Hooft
Luis Rogelio Llorens

Córdoba 1852 - Córdoba 1852 – (2000)
Rosario – Santa Fe – Argentina - Tel. +54
341 4257075/76/78.- Fax. +54 341 4257077
e-mail: idei@colescribanosros.org.ar –
www.escribanos-stafe2da.org.ar

Publicación Científica de Carácter Semestral

© Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción

Editada por el Instituto de Derecho e Integración

ISSN N° 1852-2319.

Foto de Tapa: Escultura Lola Mora ubicada en Pasaje Juramento del Monumento Nacional a la Bandera de la ciudad de Rosario y cúpula de Basílica Catedral metropolitana (Autoría IDeI)

Las opiniones emitidas en esta revista pertenecen exclusivamente a sus autores.

Podrá acceder libremente a la revista del IDeI en formato PDF en <http://campus.escribanos-stafe2da.org.ar/archivos.cgi?wAccion=vergrupo&wIdGrupo=501>

Registro de la Propiedad Intelectual Nro 918625



Miembros del Instituto de Derecho e Integración

Directora

Alicia Beatriz Rajmil

Sub-Director

Marcelo Daniel De Laurentis

Secretario

Enrique Jorge Arévalo

Miembros Plenos

Mónica Rosana de Dios

Stella Maris Myriam Estelrich

Gloria Argentina Gover

Analía Teresa Lamas

Roberto Augusto Lucero Eseverri

Pedro Eugenio Marzuillo

Alejandro Toguchi

Mónica Susana Zanazzi

Miembros Adherentes

Natalia Corina Bacigaluppo

Dariel Oscar Barbero

Miembros Honorarios

Luis Rogelio Llorens

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

Colaborador

Ramiro Paulo Tulián



Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe

2ª Circunscripción

Consejo Directivo

Presidenta

Analia Teresa Lamas

Vicepresidente

Jorge Ramón Pedro Borsani

Secretario

Marcelo Daniel De Laurentis

Pro-Secretaria

Patricia Lilian Paredes

Tesorera

Alicia María del Luján Carbonari

Vocales Titulares

Graciela Pelosso

Carlos Alvaro Gómez Tomei

Andrés Gustavo Brelich

Nanci Elisabet Franceschina

Raúl Ángel González Theyler

Iván Dekanty

Vocales Suplentes

Noemí Teresita Cuellar

Luis Eduardo Cellini

Gustavo Adrián Bellón

María Florencia Brunelli

Patricia Elena Manti

Síndicos de la Caja Notarial

José Alejandro Aguilar

Gabriel Gustavo Barat

SUMARIO

Volumen 1 – N° 6 – Septiembre Año 2011

I Editorial.....pág. 9

II Doctrina

Notas sobre el consentimiento informado en el Código Civil de Québec. Referencia a la situación del menor de edad médicamente apto para consentir.....pág. 17
Not. Nairí CHIKOC BARREDA

La voluntad anticipada.....pág. 45
Not. Eduardo GARCÍA VILLEGAS

La discapacidad intelectual y la testamentifacio activa: una visión desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.....pág. 129
Pedro Luis LANDESTOY MÉNDEZ

Derecho de Autoprotección: disposiciones sobre la Salud.....pág. 183
Not. Roberto Augusto LUCERO ESEVERRI
Not. Alicia Beatriz RAJMIL

III Legislación

Ley III Nro 34 de la Provincia del Chubut
Ley de Declaración de Voluntad Anticipada.....pág 235

Comentario sobre la Ley Chubutense de Declaración de Voluntad Anticipada
Ley III Nro 34.....pág. 239
Esc. Mónica Susana Zanazzi

IV Jurisprudencia

Fallo Tribunal de Familia de Lomas de Zamora
Sala Nro 3 de fecha 13 de febrero de 2006.....pág 249

El Largo Camino hacia la consagración
de la Autonomía de la Voluntad.....pág. 279
Not. Enrique Jorge Arévalo

V Jornadas y Congresos

Juriscuba 2011 y VIII Jornada
del Notariado Cubanopág. 289

EDITORIAL

En estos días el reclamo de una madre ha conmovido a la opinión pública¹ y se plantea una vez más en la sociedad un debate espinoso acerca del ejercicio del derecho de toda persona a una muerte digna, derecho reconocido en la práctica médica y en la legislación vigente pero que se complejiza cuando el paciente encuentra dificultades para manifestar su voluntad en el momento de la decisión.

El tema proyecta incertidumbres al intentar vincularlo o diferenciarlo del concepto de eutanasia. El desarrollo de la ciencia, con sus consecuencias altamente positivas, nos enfrenta hoy a tratamientos médicos y diferentes terapias que logan el sostenimiento de la vida, a veces en desmedro de su calidad, en ocasiones con padecimientos indignos y sin esperanzas de recuperación. La discusión se abre en dos vertientes. Una de carácter moral y religioso acerca de la pertinencia del sostenimiento de la vida biológica a cualquier precio, otra de carácter jurídico sobre el derecho de cada individuo a decidir al respecto sobre sí mismo.

¹ Camila tiene dos años, desde que nació está conectada a un respirador a raíz de una encefalopatía crónica, a los cuatro meses se la sometió a una traqueotomía y se le aplicó un botón gástrico para la alimentación. Permanece en estado vegetativo y los médicos aseguran que no tiene posibilidades de recuperación. La madre pide que se le retiren los soportes vitales y se le permita morir dignamente. El caso presenta aristas particulares ya que no refiere a una conducta autorreferente sino que se trata de decidir sobre la vida de un hijo menor de edad.

El tema, que reconocemos complejo, se vincula con la bioética, materia en pleno desarrollo, que privilegia la ética y la justicia como valores insoslayables cuando se trata de la conducta humana en el ámbito de la salud y procura que los avances de la medicina estén al servicio de una vida digna. El debate vuelve a poner en el tapete la falta de definiciones y de conceptos claros en relación a las expresiones “muerte digna” y “eutanasia”.

Etimológicamente la palabra eutanasia significa buen morir², pero con el correr de los tiempos se la ha dotado de otro contenido: provocar la muerte deliberadamente a otra persona para aliviar su sufrimiento, con o sin su consentimiento. También refiere a la eliminación física de personas que, por la edad o ciertas deficiencias físicas o psíquicas, se supone que llevarán una vida indigna. En todo caso, en nuestro Derecho, su ejercicio importa un homicidio al igual que el suicidio asistido. La muerte digna por el contrario se refiere al cuidado de la integridad física, moral y psíquica de la persona que transita ese momento, al respeto a su autonomía y voluntad, a evitar la prolongación de la vida mediante el ensañamiento u obstinación terapéutica con medios desproporcionados que impliquen mayores sufrimientos para el paciente sin posibilidad de recuperación. Las diferencias parecen claras, aunque en ciertos casos extremos no lo son,

² De acuerdo al "Diccionario de la Lengua Española". Real Academia Española -Vigésima Primera Edición, página 926, tomo I, Madrid 1992: "Muerte sin sufrimiento físico"."Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable para poner fin a sus sufrimientos"

especialmente cuando hablamos del retiro de los soportes vitales a un paciente provocando inevitablemente su muerte. De aquí la importancia del debate que debe darse para brindar seguridad y transparencia a la conducta de médicos, familiares y pacientes. Especialmente a partir de la ley 26.529, que en su artículo 11 reconoce el derecho de las personas a dictar disposiciones anticipadas sobre salud y establece que éstas deben ser receptadas por el médico tratante siempre que no importen prácticas eutanásicas. Vinculado al tema pero al mismo tiempo lejos de discusión, el consentimiento informado resulta actualmente insoslayable en la relación médico-paciente y así lo reconoce el Derecho Comparado y nuestra legislación vigente.

El derecho a decidir sobre el propio cuerpo, a aceptar o rechazar tratamientos o terapias médicas, a intervenir en las decisiones sobre la propia salud, como derecho personalísimo que corresponde a todo ser humano, nos indica con meridiana claridad que nadie puede ser tratado médicamente en contra de su voluntad. Sin embargo, si el paciente no está consciente al momento de la decisión, otros, familiares y médicos, decidirán por él, quizás violando sus más íntimos sentimientos y valores.

Desde el ámbito notarial se da respuesta adecuada a esta inquietud. Nos referimos a los actos de autoprotección, conocidos también en relación a la salud como directivas anticipadas, que garantizan el derecho de todas las personas a tomar sus propias y libres decisiones autorreferentes para que sean respetadas en el futuro ante la

pérdida de sus aptitudes de autogobierno. Estos actos, de neta incumbencia notarial, permiten dejar asentada de manera fehaciente nuestra voluntad aceptando o rechazando determinados tratamientos o decisiones con respecto a nuestra salud y también con respecto a otros temas no menores que refieren a nuestra calidad de vida, al manejo de nuestros bienes, a la designación de nuestro propio eventual curador y otros que hacen a nuestra dignidad.

Con el propósito de contribuir a la difusión y debate de estos temas de actualidad, incluimos en el presente número de nuestra revista diferentes trabajos doctrinarios que los abordan desde países y ópticas diversas. Así se analiza el contenido y los alcances de la Ley de Voluntad Anticipada de la ciudad de México D.F.; el consentimiento libre e informado a tratamiento médico en el Código Civil de Québec y el derecho de autoprotección en relación a las disposiciones sobre salud en nuestro país. Vinculados a la temática se incluye un comentario a la reciente “Ley de Voluntad Anticipada” sancionada en la provincia de Chubut, así como a un fallo pionero en nuestro país, dictado por la Sala 3 del Tribunal de Familia de Lomas de Zamora el 13-02-2006, que reconoció, ya entonces, al paciente como sujeto moral autónomo, investido del derecho a ser informado y a tomar decisiones en lo concerniente a su salud.

Con el fin de proseguir el estudio de la condición jurídica y los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, integra también este número de la revista un trabajo doctrinario que, desde Cuba, valora

la posibilidad de que la persona con discapacidad intelectual pueda otorgar testamento válido y el papel del notario como apoyo convencional de ese derecho.

Por último, conforme al objeto de la presente revista, se incluyen algunas de las más destacadas conclusiones a las que se arribaron en el III Congreso Internacional JURISCUBA 2011, VIII Jornada del Notariado Cubano y Primera Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, que se celebraron en Cuba del 23 al 26 de marzo de 2011.

Aspiramos de esta manera a provocar el debate y profundizar los estudios que, desde lo jurídico, garanticen la vigencia y el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas y especialmente a su dignidad.

DOCTRINA

**NOTAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO
INFORMADO EN EL CÓDIGO CIVIL DE
QUÉBEC.**

**REFERENCIA A LA SITUACIÓN DEL MENOR DE EDAD
MÉDICAMENTE APTO PARA CONSENTIR**

Naiví CHIKOC BARREDA¹

RESUMEN:

El Código civil de Québec reconoce el principio del consentimiento libre e informado a tratamiento médico, el cual supone en la persona el derecho de ser informada y la obligación correlativa del médico tratante de evaluar su aptitud para consentir,

¹ Abogada. Notaria. Master en Derecho. Asistente de investigación de la Cátedra de Notariado de la Universidad de Montreal, Québec

una noción de hecho que no debe identificarse con la incapacidad de obrar. Sólo esta constatación permite recurrir al consentimiento sustituido dentro de los límites del mejor interés de la persona, la oportunidad del tratamiento y la proporcionalidad de los riesgos y ventajas derivados del mismo. La intervención judicial garantiza la aplicación de estos criterios.

ABSTRACT:

The Civil Code of Quebec recognizes the principle of the free and informed consent to a medical treatment, which means that the person has the right to be informed and the correlative obligation of the treating physician to evaluate his/her competence to consent, a notion that in fact must not be identified with the inability to act. Only this verification allows to turn to the substituted consent within the boundaries of the person's best interest, the opportunity of the treatment and the proportionality of the risks and the advantages derived from it. The judicial intervention guarantees the application of these criteria.

PALABRAS CLAVES:

Consentimiento informado – menores – capacidad de consentir – tratamiento médico – consentimiento sustituido.

KEY WORDS:

Informed consent – minor consent capability – medical treatment – substituted consent.

SUMARIO:

1. El principio relativo al consentimiento libre e informado. 2. La capacidad de consentir a los cuidados médicos: una noción de hecho. 3. El mecanismo del consentimiento sustituido. 4. La intervención judicial: fundamento y supuestos en que procede. 5. El menor de edad médicamente apto a consentir.

**1. EL PRINCIPIO RELATIVO AL
CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO**

Excepto los casos previstos en la ley, *“Toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad. Nadie puede causarle perjuicio sin su consentimiento libre e informado”* (art. 10 del Código civil de Québec²). Este principio encuentra también su fuente en el artículo 7 de la *Carta canadiense de*

² En lo adelante, C.c.Q.

derechos (artículos 1, 10 y 11). Nadie puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento, trátase de exámenes, extracciones, procedimientos o cualquier otra intervención de carácter médico (art. 11 C.c.Q.). Este reconocimiento de autonomía individual entraña dos aspectos: el poder decisional positivo de autorizar el tratamiento, y el poder negativo de rechazarlo u ordenar su cesación una vez comenzado, independientemente de que se trate de un tratamiento requerido o no por el estado de salud de la persona.

Por consiguiente, la primera etapa es la obtención del consentimiento, lo cual se traduce para el médico tratante y demás intervinientes, en la obligación de evaluar la capacidad del paciente para consentir.

Se trata, para el médico tratante, de asegurarse, primeramente y antes que todo, del consentimiento libre e informado de su paciente respecto a los cuidados y tratamientos propuestos.

Institut Philippe Pinel c. A.G., EYB 1994-28948 (C.A.)

Esta noción debe distinguirse de la capacidad general de ejercicio. Consiste en una aptitud específica que debe ser objeto de una apreciación *in concreto*. Como ya es principio jurisprudencial, la apertura de un régimen de protección al incapaz de hecho no conlleva necesariamente a la inaptitud de consentir a tratamiento médico.

El principio del respeto al consentimiento libre e informado supone igualmente en la persona el derecho de ser informada sobre su estado de salud y sobre las diferentes opciones de tratamiento susceptibles de aplicación, de conformidad con el estado de la ciencia, así como sobre los riesgos y ventajas que le son inherentes. Este derecho a la información es reconocido en el artículo 8 de la *Ley sobre la salud y los servicios sociales*: “*Todo usuario de los servicios de salud y sociales tiene derecho de ser informado sobre su estado de salud y bienestar, con el fin de conocer, en la medida de lo posible, las diferentes opciones que se le ofrecen así como los riesgos y consecuencias asociados a cada una de estas opciones antes de consentir a los tratamientos que le conciernen*”.

En relación con el deber de información, la jurisprudencia reconoció que si bien se encuentra implícito en la relación contractual médico-paciente, trae causa del principio del respeto a la inviolabilidad de la persona.

Aquí se trata de un problema de respeto a la intimidad de la persona, de la autonomía y de la voluntad del paciente. Sólo puede intervenir con respecto a esa persona si ha consentido. El respeto de estos principios supone el reconocimiento de la obligación de información.

Chouinard c. Landry (C.A., 1987-09-08), SOQUIJ AZ-87011319, J.E. 87-1013, [1987] R.J.Q. 1954, [1987] R.R.A. 836.

El contenido de esta obligación fue formulado por la Corte de apelación en la decisión *Institut Philippe Pinel c. A.G.*:

Un consentimiento libre e informado responde a tres criterios específicos: el paciente debe ser informado por su médico sobre su condición de modo que le permita tomar una decisión con pleno conocimiento de causa; el paciente debe ser capaz de recibir y comprender la información; y finalmente, el paciente debe ser capaz de tomar una decisión y expresarla.

En el caso *Cantin-Cloutier c. Gagnon* REJB 2000-21212 (C.S.), la Corte Superior de Québec señaló la necesidad de que las informaciones conducentes al consentimiento informado sean proveídas antes y no después de la aplicación del tratamiento:

El tribunal es del criterio que, según las circunstancias, el Dr. Gagnon no ofrece a Mme Cantin-Cloutier, las informaciones suficientes que, en las mismas circunstancias, hubiera dado un práctico prudente y diligente, para concluir a la obtención de un consentimiento libre e informado.

El tribunal estima que el consentimiento informado de cualquier paciente que sea, únicamente puede ser obtenido después de haberle ofrecido todas las informaciones relativas a la intervención proyectada y después de haberle divulgado los riesgos inherentes a ella.

La excepción legal al principio del consentimiento libre e informado es la situación de urgencia médica (art. 13 C.c.Q.): cuando la vida de la persona está en peligro o su integridad amenazada y que su consentimiento no puede ser obtenido en tiempo útil. La urgencia es una situación de hecho en la cual los médicos son confrontados a un estado de necesidad que justifica su intervención inmediata con el fin de preservar la vida o la integridad corporal del paciente. De lo anterior se colige que los médicos deben estar en presencia de una situación que no puede ser diferida en el tiempo y donde las circunstancias, en ausencia de intervención inmediata, son susceptibles de causar en la persona lesiones corporales graves o permanentes. Además, el paciente no debe encontrarse en estado de manifestar su voluntad.

Todo caso de urgencia debe interpretarse restrictivamente, de conformidad con el principio de protección a la integridad de la persona en el respeto de su dignidad y de su autonomía. Sin embargo, el efecto derogatorio de la disposición no es absoluto: el consentimiento será necesario cuando el tratamiento se revela inusitado, inútil o sus consecuencias intolerables para la persona. El objetivo es evitar el ensañamiento terapéutico (art. 13 apartado 2 C.c.Q.) y de garantizar el respeto a la autodeterminación individual. En este sentido, el Ministro de Justicia en sus comentarios a este artículo precisa que el mismo tiende a reconocer una cierta primacía

de la calidad de vida sobre el mantenimiento de la vida a todo precio en condiciones inaceptables³.

2. LA CAPACIDAD DE CONSENTIR A LOS CUIDADOS MÉDICOS: UNA NOCIÓN DE HECHO

Se trata de una categoría jurídica particular que no debe ser asimilada a la capacidad de ejercicio. Una persona no puede ser considerada inapta a consentir a la intervención médica por el solo hecho de que padece de una enfermedad mental. Como lo precisa la jueza LeBel en la decisión *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Blais*:

La capacidad de consentir a un tratamiento o de rechazarlo no se aprecia en función de la situación del individuo sino en función de su autonomía decisional y de su capacidad de comprender lo que está en juego.

En el proceso *Institut Philippe Pinel de Montréal c. A.G.*, la Corte de apelación tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el contenido de esta noción particular de inaptitud:

³ Sin embargo, el comentario apunta que el rechazo al tratamiento no debe ser confundido con la eutanasia. Ésta implica una intervención positiva para poner fin a la vida, mientras que aquel consiste más bien en hacer cesar todo tratamiento que no busque aliviar los sufrimientos de la persona ante la proximidad de la muerte.

La aptitud de consentir a los cuidados y tratamientos médicos está sujeta a una evaluación particular que, si la persona en cuestión se encuentra bajo un régimen de protección, puede ser diferente de la evaluación de la que fue objeto al momento de la apertura de dicho régimen. Esto se deriva especialmente del art. 19.2 C.c.B.C. (Código Civil del Bajo Canadá), hoy el art. 15 C.c.Q; si el legislador no hubiera querido someter la inaptitud de consentir a tratamientos médicos a una apreciación diferente de aquella por la cual un mandatario, un tutor o un curador es designado, le habría bastado decir, al inicio del artículo, que en el caso de un régimen de protección o de un mandato en previsión de incapacidad, dicho consentimiento es emitido por el mandatario, el tutor o el curador.

Según la Corte de apelación, la evaluación de la aptitud de un paciente para consentir a tratamientos médicos debe medirse de acuerdo con los siguientes criterios:

1. ¿La persona comprende la naturaleza de la enfermedad para la cual es propuesto el tratamiento?
2. ¿La persona comprende la naturaleza y el objetivo del tratamiento?
3. ¿La persona es consciente de los riesgos y ventajas de la aplicación del tratamiento?

4. ¿La capacidad de comprender de la persona está afectada por la enfermedad?

De lo anterior se colige que la constatación de la inaptitud es absolutamente necesaria antes de recurrir al mecanismo del consentimiento sustituido (el emitido por el representante legal conforme al art. 18 C.c.Q.). La dinámica seguida por el legislador en esta materia está fundada en la distinción entre los tratamientos requeridos por el estado de salud y aquellos que no lo son. En los dos casos, se reconoce al menor a la edad de 14 años, la libertad de consentir a los tratamientos (art. 14 C.c.Q. para aquellos requeridos por el estado de salud y art. 17 C.c.Q. para los no requeridos). Seguidamente, el legislador pone en marcha el mecanismo del consentimiento sustituido (aquel que es emitido por la persona designada por la ley para actuar en nombre de otro, ya sea un menor de menos de 14 años o un mayor incapaz) en virtud de los artículos 14 apartado 1 C.c.Q. (menores) y 15 C.c.Q. (mayor incapaz) para el tratamiento no requerido por el estado de salud y según el art. 18 C.c.Q. para los no requeridos.

El término “*soins*” empleado por el Código civil en el art. 11 debe interpretarse en un sentido amplio. En sus comentarios al art. 11 C.c.Q., el ministro de Justicia refiere que “el primer apartado emplea el término ‘soins’ en un sentido genérico para abarcar todas las especies de exámenes, extracciones, tratamientos o intervenciones, de naturaleza médica, psicológica o social, requeridas o no por el estado de salud,

físico o mental. De igual modo cubre, como acto previo, el internamiento en un establecimiento de salud cuando la situación lo exige”.

Esta disposición no refiere exclusivamente a las intervenciones en el sentido propio del término. De ello es necesario comprender que nadie puede ser sometido sin su consentimiento, no solamente a los tratamientos o intervenciones que persiguen un objetivo curativo, exploratorio o estético, sino también a toda otra forma de exámenes cuyo propósito busque diagnosticar toda afectación posible, sospechada o incluso hipotética. El alcance del artículo es extremadamente amplio: la dignidad humana vale ese precio⁴.

3. EL MECANISMO DEL CONSENTIMIENTO SUSTITUIDO

La regla general que establece el consentimiento sustituido en materia médica es el art. 11 al. 2 C.c.Q. En caso de inaptitud para consentir a los cuidados o tratamientos, la ley designa una persona que ejercerá esta facultad en sustitución del paciente.

La facultad de consentir a los cuidados médicos con respecto a los menores de menos de 14 años corresponde a los titulares de la patria potestad, a tenor del art. 14 C.c.Q., incumbiéndole al tribunal

⁴ KIROUACK, Marie-Christine, *Le consentement aux soins et les expertises psychosociales : limite du droit à l'inviolabilité*, EYB2009CBL22.

decidir en caso de no ejercicio conjunto de los padres, sea por imposibilidad fáctica de obtener una declaración de voluntad, o bien por falta de acuerdo entre ambos⁵.

En el caso de los mayores de edad incapaces, el art. 15 C.c.Q. determina que estarán legitimados para actuar en su nombre: el mandatario, el tutor o el curador, el cónyuge, un pariente cercano, o una persona que demuestre por el incapaz un interés particular.

El mandato otorgado en previsión de la incapacidad regido por los artículos 2166 y siguientes del Código civil permite a una persona ordenar su régimen de representación en la eventualidad de la incapacidad, lo cual puede incluir el caso de inaptitud médica. Con carácter supletorio, el Código civil dispone que, en defecto de disposición al respecto, corresponde la expresión del consentimiento a las personas más próximas al paciente. El espíritu del legislador es de respetar en todo momento, en la medida de lo posible, la voluntad que hubiera podido manifestar, incluso tácitamente, la persona anteriormente a su incapacitación. Esta enumeración de “personas cercanas” con vocación a representante no es jerárquica sino alternativa,

⁵ Es importante anotar que según el art. 603 C.c.Q., con respecto a terceros de buena fe, el padre o la madre que ejecuta solo un acto de autoridad con respecto al hijo menor, se presume que actúa con el acuerdo del otro. La regla establece que corresponde a aquel que invoca el no ejercicio conjunto de la patria potestad la prueba de esta circunstancia. Sin embargo, sería prudente mitigar el efecto de esta presunción en materia de consentimiento sustituido a tratamientos de naturaleza médica, colocando la carga de la prueba del ejercicio conjunto de esta función en sus titulares. El principio de protección a la apariencia jurídica no debe primar sobre la protección a la integridad física del menor de edad.

lo cual justifica la intervención del tribunal para dirimir posibles conflictos.

La facultad de consentir a los tratamientos a nombre ajeno no es omnímoda. El artículo 12 C.c.Q. impone ciertos límites a la persona habilitada por ley para consentir:

- Actuar únicamente en interés de la persona;
- Tener en cuenta la voluntad que el inapto ha podido manifestar.

Art. 12 C.c.Q., párrafo segundo:

- El declarante debe asegurarse:
 - que los tratamientos sean beneficiosos, a pesar de la gravedad y la permanencia de algunos de sus efectos;
 - que sea oportunos dadas las circunstancias;
 - que los riesgos presentados no sean desproporcionados en relación con las ventajas esperadas;
 - que su decisión sea conforme con la voluntad que el paciente pudo manifestar (por ejemplo, a través del llamado testamento vital o el mandato en previsión de inaptitud).

La actuación del representante debe ir dirigida a asegurarse que los cuidados serán beneficiosos para el incapaz, a pesar de la gravedad y la permanencia de algunos de sus efectos; que son oportunos en las circunstancias y que los riesgos presentados no están fuera de proporción con los resultados esperados. Estos criterios son al mismo tiempo objetivos y subjetivos. El interés del paciente será apreciado, en un primer momento, a la luz del pronóstico y de la proporcionalidad riesgo – beneficio. Sin embargo, ciertos tratamientos pueden parecer *a priori* benéficos según el test de la proporcionalidad (por ejemplo, un tratamiento cuyos efectos secundarios son nulos o mínimos), y resultar inoportunos en las circunstancias, en el sentido de ser contrarios al interés del paciente: a sus valores, creencias u opiniones.

El criterio del respeto al mejor interés de la persona inapta es la *ratio decidendi* en el proceso *Ève*.

En caso de un tratamiento terapéutico, un padre o un tutor podría expresar el consentimiento requerido, y en su defecto, el tribunal podría intervenir en virtud de su competencia *parens patriae*. Sin embargo, en el caso de una operación no terapéutica, el tribunal debe determinar si autorizar o denegar la operación protegería mejor a la persona⁶.

⁶ *E. (Mme) c. Ève* (C.S.C.) EYB 1986-67712.

A tenor del artículo 18 C.c.Q., el titular de la patria potestad puede consentir a los tratamientos no requeridos por el estado de salud del menor, previa autorización del Tribunal en los siguientes casos:

- los tratamientos presentan un riesgo serio para la salud; o
- los tratamientos conllevan riesgos graves y permanentes.

Un ejemplo de esto es el caso de la esterilización contraceptiva si tenemos en cuenta que ella comporta un perjuicio grave y permanente al derecho a la procreación, íntimamente ligado al derecho a la protección de la integridad física.

La jurisprudencia mayoritaria en la materia califica la esterilización contraceptiva como un tratamiento no requerido por el estado de salud, es decir, un tratamiento con fines no terapéuticos.

Como técnica médica, la esterilización presenta características particulares. De una parte, salvo raras circunstancias, la intervención puede muy bien no ser practicada sin que por eso se ponga en peligro la salud física de la persona. Normalmente, la necesidad o la urgencia no son factores que cuenten en la decisión de proceder a esta intervención. Por otra

parte, además de ser facultativa, ella es en la práctica, irreversible⁷.

Resulta importante recordar que el recurso al art. 18 C.c.Q. supone en nuestro caso, que la inaptitud haya sido efectivamente demostrada. Solamente en este caso, el representante legal podrá legítimamente consentir. Los criterios decisionales son por tanto los siguientes: el mejor interés de la persona, la oportunidad y los beneficios del tratamiento, la proporcionalidad de los riesgos y ventajas derivados del mismo.

4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL: FUNDAMENTO Y SUPUESTOS EN QUE PROCEDE

Existen tres situaciones para las cuales el recurso a la autorización judicial es posible: la primera es el caso de imposibilidad de actuar o la negativa del representante del menor o del mayor incapaz, si la misma es considerada injustificada según las circunstancias. La segunda supone que el mayor cuya inaptitud ha sido constatada rechaza categóricamente el tratamiento requerido por su estado de salud o el menor de 14 años o más rechaza simplemente los cuidados de la misma naturaleza. En tercer lugar, la intervención judicial es requerida, además del consentimiento sustituido, en el caso de algunas intervenciones no requeridas por el estado de salud del incapaz si estas presentan un

⁷ *Idem.*

riesgo para la salud o pueden causar efectos graves y permanentes en la persona.

El sistema de *common law* vigente en las provincias anglófonas de Canadá reconoce competencia a la institución judicial para intervenir con el objetivo de proteger la vida y la seguridad de los menores de edad, así como para promover su bienestar. Es la llamada competencia *parens patriae*.

La competencia del tribunal deriva de su poder a título de *parens patriae* respecto de las personas que son incapaces de ocuparse de sí mismas y esta competencia les da el poder de hacer de la persona un pupilo del tribunal.

E. (Mme) c. Eve (C.S.C.) EYB 1986-67712

Es importante señalar que el tribunal no sustituye a la persona competente. La Corte superior de Québec, que conserva su rol tradicional de defensora y protectora última de los derechos del menor, no debe atribuirse el derecho de imponer este tipo de decisiones, en ausencia de una negación injustificada por parte de la autoridad parental. El tribunal ejerce un poder de supervisión y control de la racionalidad o justeza de la decisión. Interviene solamente si la decisión se presenta como injustificada o no razonable, en el sentido de contraria a los intereses del paciente incapaz. No se trata para el tribunal de sustituir a la autoridad parental ni de decidir en su lugar, sino de corregir una decisión manifiestamente errónea.

La disposición legislativa que otorga al tribunal jurisdicción para conferir la pretendida autorización a los tratamientos es el art. 18 C.c.Q. El objetivo del legislador es prever una medida de control al ejercicio de la facultad del titular de la patria potestad, con el fin de asegurar que el consentimiento sustituido responde a los criterios enunciados en el art. 12 C.c.Q.

Según el texto legal, la tutora debe actuar en primer lugar únicamente en el interés de la persona a la cual sustituye. Debe tener en cuenta la voluntad de la persona protegida, pero esto no parece posible en la instancia. Sin embargo, la expresión del consentimiento a los tratamientos no es un asunto de pura discreción. Para respetar el cuadro del art. 12 C.c.Q., la tutora debe basar su decisión en los criterios de beneficio, oportunidad y proporcionalidad enunciados por ley.

En el contexto jurídico quebequense, la competencia *parens patriae* del tribunal no encuentra su fuente en la doctrina del precedente judicial sino en las disposiciones expresas del Código civil. Aunque implica un cierto poder discrecional de la autoridad judicial, esta institución viene limitada por los supramencionados criterios de beneficio, de oportunidad y de proporcionalidad enunciados en el art. 12 C.c.Q. y por el procedimiento previsto en el art. 23 C.c.Q.

En la medida en que el tribunal concluya que el tratamiento buscado no es requerido por el estado de salud, al tribunal no le

corresponde decidir si conviene al interés de la persona recibirlo. El principio según el cual todo consentimiento a tratamientos médicos sobre personas inaptas (sea menores de menos de 14 años o mayores incapaces) debe ser emitido en su interés, se aplica independientemente de la calificación de los tratamientos, pues a este respecto, el art. 12 C.c.Q. no hace distinciones. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia son elocuentes.

Una decisión judicial de esta naturaleza debe respetar los criterios de beneficio, oportunidad y proporcionalidad exigidos por el artículo 12 C.c.Q. La carga de la prueba de estos elementos pesan sobre aquel que está llamado a consentir a nombre ajeno. En caso de violación de estos requisitos, el tribunal debe intervenir para garantizar la supremacía del mejor interés de la persona, a tenor del artículo 33 C.c.Q.: *“las decisiones que conciernen al menor de edad deben ser tomadas en su interés y en el respeto de sus derechos”*.

Del mismo modo, TESSIER⁸ señala que el artículo 38b) de la *Ley sobre la protección de la juventud*, o una disposición similar de la *Child Welfare Act* de cualquier provincia canadiense de *common law*, autorizan la intervención de la autoridad judicial en el caso en que la seguridad o el desarrollo del menor de edad estén comprometidos dada la ausencia de tratamientos médicos apropiados.

⁸ TESSIER, Pierre, « Bioéthique, l'incertitude scientifique, l'approche judiciaire », www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1990/Tessier.pdf.

En virtud del art. 23 C.c.Q., en presencia de una demanda de autorización de tratamiento médico el tribunal debe:

- obtener la opinión de todo aquel que manifieste un interés particular por la persona afectada por la demanda;
- obtener la opinión de la persona afectada por la demanda, salvo que exista imposibilidad;
- respetar el derecho de rechazo de la persona afectada por la demanda, salvo que se trate de cuidados requeridos por su estado de salud.

En el caso *Québec (Curateur public) c. Centre de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 833, [2008] R.D.F. 239, la Corte de apelación señaló que:

A pesar de las inquietudes en el medio de la salud, el legislador ha confiado a los tribunales la misión de autorizar la violación de la integridad de una persona a pesar de su rechazo (...). El legislador hubiera podido asignar esta tarea a los organismos salidos del medio médico u hospitalario o incluso a una comisión administrativa cualquiera. Sin embargo, optó por un recurso a los tribunales. Esta opción marca su voluntad de hacer primar el derecho a la autonomía

y a la autodeterminación de la persona sobre la perspectiva ética médica tradicional que quiere que todo sea puesto en función del bienestar del paciente.

Del mismo modo, en *Québec (Curateur public) c. Institut Philippe-Pinel de Montréal*, 2008 QCCA 286, [2008] R.D.F. 34, Corte de apelación enuncia:

Es claro que una orden de tratamiento emitida por un tribunal, cuya naturaleza coercitiva no genera duda alguna, debe ser objeto de un análisis serio, pues todo ser humano tiene derecho a la inviolabilidad, a la integridad y a la libertad de su persona, derechos reconocidos en el artículo 10 C.c.Q. y en el artículo 1 de la *Carta de los derechos y libertades de la persona*.

A pesar de la constatación médica de la inaptitud para consentir, es importante señalar que una demanda de autorización a tratamientos constituye una derogación del principio que exige el respeto a la inviolabilidad de la persona humana. De este modo, no obstante la existencia de una prueba médica no contradicha, un tribunal podrá desestimar una demanda cuando la prueba aportada no es suficiente para convencerlo de que la persona ha recibido toda la información necesaria a fin de tomar una decisión informada. Esta necesidad de intervención judicial debe demostrarse a través de una prueba concreta y preponderante.

La autorización judicial no está concebida para reemplazar el consentimiento libre e informado del paciente. Antes bien, la misión del juez reside en asegurarse previamente que la persona afectada ha sido debidamente informada respecto a todos los elementos necesarios a la toma de decisión.

5. EL MENOR DE EDAD MÉDICAMENTE APTO PARA CONSENTIR

El menor es investido a partir de los 14 años, de la plena capacidad de consentir a los cuidados médicos. El artículo 14 al. 2 C.c.Q. le reconoce plena capacidad de consentir solo a tratamientos, procedimientos o cuidados de índole terapéutica o no terapéutica⁹ (art. 12 C.c.Q.). Es lo que se conoce en el medio de la salud como la “mayoría de edad médica”. Este reconocimiento está fundado en la consideración de que el menor de 14 años tiene un grado de madurez y discernimiento que le permite salvaguardar la integridad de su persona. Como toda regla relativa a la capacidad, es necesaria la prueba de la inaptitud para destruir esta presunción general.

Sin embargo, ¿qué sucede con el menor de 14 años inapto para expresar este consentimiento especial por causa de enfermedad mental? ¿Cuál es la disposición aplicable? Como ha quedado mencionado anteriormente, el fundamento de este reconocimiento de autonomía en

⁹ El C.c.Q. emplea el término genérico « soins ».

el menor de 14 años y más encuentra su razón de ser en la aptitud natural de decidir en cuestiones inherentes a su integridad física. Si a pesar de su edad, el menor de 14 años padece de una enfermedad que le impide expresar de manera libre e informada su consentimiento, la razón subyacente en este principio cae y el artículo aplicable, en el caso del tratamiento requerido por el estado de salud continúa siendo el apartado 1 del art. 14 C.c.Q. y el art. 18 queda reservado para el tratamiento no requerido por el estado de salud. La situación anterior se inscribe, según el art. 18 C.c.Q., en la expresión “inapto a consentir”. La constatación de la inaptitud del menor de 14 años o más equivale a ausencia de voluntad, y por consiguiente, imposibilidad de obtener un consentimiento válido.

En este sentido, DELEURY y GOUBAU¹⁰ precisan que “en el caso de los menores con menos de 14 años, como en el caso del menor, mayor médicamente, pero inapto, son los padres, en tanto que titulares de la patria potestad, o el tutor, quienes están habilitados para consentir a los tratamientos no requeridos por su estado de salud”, en virtud del art. 18 C.c.Q. (ver la nota no. 110 de las autoras).

Según DELEURY y GOUBAU¹¹ en el caso de menores de 14 años: “existen otras situaciones donde la apreciación del interés del menor presenta problemas y donde el legislador estimó que no podía dejarse completamente a los padres o a las personas que asumen su lugar. Se

¹⁰ DELEURY, Édith et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^{ème} édition, éditions Yvon Blais, Québec, 2002, p. 121.

¹¹ DELEURY y GOUBAU, *op. cit.*, p. 131.

trata de cuidados con fines no terapéuticos por los cuales, en ciertas circunstancias, el titular de la autoridad parental o el tutor deberán previamente obtener la autorización del tribunal. Sucede así cuando estos cuidados, que no buscan ni prevenir, ni erradicar ni paliar ninguna enfermedad, discapacidad o deficiencia, presentan un riesgo serio para la salud del menor o pueden tener efectos graves y permanentes”.

A tenor del art. 17 C.c.Q., el menor de 14 años y más puede consentir solo relativamente a los cuidados no requeridos por el estado de salud. Sin embargo, el consentimiento del titular de la patria potestad o del tutor es exigido en caso de que los mismos presenten un riesgo serio para la salud del menor o puedan causarle efectos graves y permanentes¹².

A pesar del reconocimiento general de aptitud a favor del menor de edad, el legislador limita esta capacidad si el menor de 14 años rechaza los tratamientos requeridos por su estado de salud. En este último caso, el derecho de negarse a la aplicación del tratamiento derivado de la autonomía decisional reviste un carácter relativo, en la medida en que es posible derogarlo en virtud de una disposición legal o de la autorización judicial.

A tenor del art. 16 al. 2 C.c.Q., este “rechazo” o negación al tratamiento que abre el recurso a la intervención del tribunal no es

¹² En cambio, si la persona es un mayor de edad considerado médicamente apto para manifestar su consentimiento, el derecho a negarse al tratamiento es absoluto y su voluntad respetada independientemente de las consecuencias sobre la calidad de vida de la persona o sobre su existencia misma.

calificado, como lo son sus equivalentes que lo preceden en el propio texto del artículo, es decir, el “rechazo injustificado” de aquel que puede consentir al tratamiento requerido por el estado de salud del menor de edad o del mayor incapaz médicamente, así como el “rechazo categórico” del mayor inapto a consentir, en relación con los cuidados requeridos por su estado de salud.

Una interpretación literal de esta disposición conduce a considerar suficiente el rechazo puro y simple del menor de edad de 14 años al tratamiento requerido por su estado de salud, para legitimar la intervención judicial al efecto de otorgar la autorización de proceder al mismo. En principio, no es necesario demostrar que esta voluntad negativa es injustificada o categórica, mientras haya sido manifestada de manera libre e informada. En este sentido, el legislador no exige la demostración del carácter no razonable o injustificado del rechazo, sino del hecho de haber recibido la persona, la información que le permite adoptar una decisión de manera libre y motivada.

Es precisamente en el respeto absoluto al mejor interés de la persona que reside la *ratio legis* del art. 18 C.c.Q. que permite al tribunal intervenir en caso de cuidados no requeridos por el estado de salud del menor pero susceptibles de acarrear riesgos serios para la salud o de causar efectos graves y permanentes.

BIBLIOGRAFIA

I. Fuentes doctrinales:

DÉLEURY, Édith et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e édition, éditions Yvon Blais, Québec, 2002. KIROUACK, Marie-Christine, *Le consentement aux soins et les expertises psychosociales: limite du droit à l'inviolabilité*, EYB2009CBL22. KOURI, Robert y Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2^e édition, Les Éd. Yvon Blais Inc., Montréal, 2005. KOURI, Robert y Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Les particularités de l'information et du consentement », dans *Éléments de responsabilité civile médicale - Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e édition, 2007. CASTELLI Mireille D. et D. GOUBAU, *Droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, Les presses de l'Université Laval, 2005. TESSIER, Pierre, « Bioéthique, l'incertitude scientifique, l'approche judiciaire », www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1990/Tessier.pdf. TÉTRAULT, Michel, *L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il?*, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2009.

II. Fuentes legales y jurisprudenciales:

Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U)]. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. *Code civil du Québec, édition critique*, Éditions

Yvon Blais, 17^e ed., Québec, 2010. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., chapitre S-4.2.

E. (Mme) c. Eve (C.S.C.) EYB 1986-67712. Institut Philippe Pinel c. A.G., EYB 1994-28948 (C.A.). Chouinard c. Landry (C.A., 1987-09-08), SOQUIJ AZ-87011319, J.E. 87-1013, [1987] R.J.Q. 1954, [1987] R.R.A. 836. *Cantin-Cloutier c. Gagnon* REJB 2000-21212 (C.S.). *Québec (Curateur public) c. Centre de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 833, [2008] R.D.F. 239. *Québec (Curateur public) c. Institut Philippe-Pinel de Montréal*, 2008 QCCA 286, [2008] R.D.F. 34. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.). *Manoir de la Pointe Bleue c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712, EYB 1992-74873 (C.S.)

LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Eduardo GARCÍA VILLEGAS¹

RESUMEN:

El propósito del autor es aportar elementos para la reflexión, análisis y crítica, sobre el contenido y alcances de la Ley de Voluntad Anticipada de la ciudad de México, D.F., concluyendo con algunas proposiciones que podrían contribuir para el mejor cumplimiento de su objeto consistente, en términos de su artículo 1º, "establecer y regular

¹ Notario Público Nro 15 de Distrito Federal de la ciudad de México

las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural."

PALABRAS CLAVES:

Notario – voluntades anticipadas – eutanasia – tutela cautelar.

SUMARIO:

I. LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. 1.- Disposiciones preliminares. 2.- Requisitos del documento de voluntad anticipada. 3.- Nulidad y revocación de la voluntad anticipada. 4.- Objeción de conciencia. 5.- Organismos involucrados. 6.- El papel de los notarios del D.F. 7.- Seguros. 8.- Modificaciones a otras leyes, por efecto de la LVADF. 9.- Cláusulas que debe contener un documento de voluntad anticipada. 10.- Tutela Cautelar. 11.- Territorialidad. 12.- Documento de voluntad anticipada (living will) en la Unión America. II. CONCLUSIÓN. III. BIBLIOGRAFÍA

PREFACIO

El 7 de enero de 2008 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (LVADF). El 4 de abril se publicó en la misma Gaceta Oficial el Reglamento de dicha Ley. (RLVADF)

El proceso legislativo que dio origen a la promulgación de esta legislación tiene su origen en tres iniciativas de diversos grupos parlamentarios que fueron sometidas ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el siguiente orden:

I. Iniciativa de Decreto que reforma y adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, el Código Penal y el Código Civil, ambos para el Distrito Federal (presentada el 23 de noviembre de 2006).

II. Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal y el Código Civil, ambos del Distrito Federal (presentada el 6 de marzo de 2007).

III. Iniciativa con proyecto de Decreto de Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, de reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal, y a la Ley de Salud para el Distrito Federal (presentada el 19 de junio de 2007).

Nuestro propósito es aportar elementos para la reflexión, análisis y crítica, sobre el contenido y alcances de la Ley de Voluntad Anticipada, concluyendo con algunas proposiciones que, desde nuestro punto de vista, podrían contribuir para el mejor cumplimiento de su objeto consistente, en términos de su artículo 1º, en “establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.”

I. LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL²

1. Disposiciones preliminares

Siendo una ley de orden público e interés social (art. 1º), es aplicable a la voluntad anticipada de las personas en materia de “ortotanasia”, y no permite ni faculta bajo ninguna circunstancia la

² Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008.

realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida (art. 2).³

El tercer artículo de la LVADF y el segundo del reglamento contienen un glosario, entre los que se destacan los siguientes términos:

a) Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta en forma libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica. (fr. V)

b) Enfermo en Etapa Terminal: es el que tiene un padecimiento mortal o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses, y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural, con base en las siguientes circunstancias:

- i. Presenta diagnóstico de enfermedad avanzada, irreversible, incurable, progresiva y/o degenerativa;
- ii. Imposibilidad de respuesta a tratamiento específico; y/o
- iii. Presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes; (fr. VI)

³ La Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada (al cierre de esta edición, se encuentra aún en discusión en el Senado de la República), en su artículo 5º dispone que: “La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la ortotanasia, o eutanasia pasiva...”

c) **Obstinación Terapéutica:** utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal. (fr. XII)

d) **Ortotanasia:** significa muerte correcta. Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias y Tanatológicas, y en su caso la Sedación Controlada. ⁴ (fr. XIII).

e) **Comité Hospitalario de Ética Médica:** Es el grupo consultor interdisciplinario que se ocupa de verificar, avalar y hacer recomendaciones sobre el diagnóstico del enfermo en etapa terminal y la aplicación de la Voluntad Anticipada. (RLVADF Art. 2 fr. I).

f) **Diagnóstico médico del enfermo en etapa terminal:** Es el documento suscrito por el médico tratante, avalado por el Director de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud y autorizado por el Comité Hospitalario de Ética Médica, previo análisis de la información contenida en el expediente clínico, el cuál deberá ser firmado autógrafamente por los mismos. (RLVADF Art. 2 fr. III).

⁴ Varias de estas definiciones son recogidas en sus mismos términos por el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

A este respecto, el legislador local fue ponderado al procurar que se evite la asociación conceptual entre “ortotanasia” y “eutanasia”.⁵ Ahora bien, consideramos que la frontera entre “ortotanasia” y “eutanasia pasiva” es bastante porosa, o acaso nula.⁶ En particular,

⁵ Tanto la Exposición de Motivos como el Dictamen correspondiente de la Iniciativa que dio origen a esta expresión en el ordenamiento jurídico local, engloban algunas consideraciones puntuales sobre lo que el legislador atribuye a la “voluntad anticipada”, e hicieron un ponderado “control de daños” para que esta figura no fuera asociada con la eutanasia:

- a) *La voluntad anticipada se concibe como una opción más práctica en el caso de que se presente una existencia marcada por el dolor y sin posibilidades de curación.*
- b) *El debate sobre la legalización de la voluntad anticipada debe centrarse en torno a dos preceptos fundamentales de respeto a los derechos de la persona humana que van intrínsecamente relacionados: la dignidad y el derecho a decidir.*
- c) *Holanda permite tanto la voluntad anticipada activa como la pasiva. Bélgica aprobó una ley que despenaliza la voluntad anticipada y permite el suicidio asistido. Alemania y Suiza reconocen legalmente la voluntad anticipada*
- d) *La eutanasia es un tema que de manera incorrecta ha sido abordado en defensa de la muerte digna.*
- e) *Queda claro que bajo ciertas condiciones, es legal en México no usar o dejar de usar medios, métodos o instrumentos artificiales y/o medicamentos, instrumentos quirúrgicos, químicos, farmacéuticos o científicos que prolonguen la agonía de una persona que padece muerte cerebral; posición que no presenta un dilema moral por tratarse de una persona realmente muerta o en etapas terminales irreversibles que mantiene algunos signos vitales en forma artificial. (art. 345 L.G.S)*
- f) *Es oportuno precisar que la ortotanasia no hace referencia a, ni es sinónimo de eutanasia.*
- g) *La ortotanasia es la conducta correcta que se encuentra eximida de responsabilidad para quien la ejecuta a favor de otro, y que actualmente en la legislación de Salud, tanto federal como local se encuentra regulada y permitida.*
- h) *Se pretende establecer que no se dé una conducta que pueda ser susceptible de ser calificada como delito (sic.)*

⁶ La categorización clásica de la eutanasia se presenta de dos maneras:

a) *Eutanasia pasiva. Conocida popularmente como desconectar, es interrumpir el funcionamiento del equipo de mantenimiento de vida sin el cual no podemos vivir. La eutanasia pasiva sólo elimina artificios para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte.*

b) *Eutanasia activa. Significa tomar medidas para poner fin a la vida, como en el suicidio (recordemos que la palabra suicidio proviene de sui, “sí mismo”; caedere, “matar”), controlando uno mismo la acción. Alternativamente, se puede obtener alguna asistencia de otra persona, lo cual se denomina suicidio asistido. En la eutanasia activa el tiempo que separa al paciente de la muerte es, por lo general, más corto que el que normalmente la naturaleza le habría concedido.*

Consideramos que el legislador fue ponderado al precisar que la voluntad anticipada no se vincula a la eutanasia, sino a la ortotanasia, que implica la supresión deliberada de los medios artificiales que mantienen la vida de un enfermo terminal; esto es, la muerte “a su tiempo” limitando el tratamiento inútil y absteniéndose del desmesurado, de conformidad con los patrones y lineamientos derivados de la voluntad autónoma e indelegable de una persona capaz.

sobre esta noción —que no existe en el Diccionario—, el Dr. Arnoldo Kraus considera que: “...*El término ortotanasia casi no se utiliza en el lenguaje médico por ser poco claro... Basta decir que nunca he escuchado a médico alguno utilizar la palabra ortotanasia*”.⁷

Por su parte, el Dr. Diego Valadés acota, con acierto, que: “...*Para matizar el alcance de las palabras, en la Asamblea se optó por utilizar la expresión ortotanasia. Esta modalidad, equivalente a lo que de manera convencional se denomina como eutanasia pasiva, fue aprobada por la Conferencia Episcopal Española desde 1993. Los efectos prácticos son los mismos en ambos casos...*”⁸.

Después de establecer precisiones sobre la supletoriedad de la ley (art. 4) y su ámbito territorial de aplicación, el Distrito Federal (art. 5), la LVADF hace, en su artículo 6, una advertencia y un “control de daños”:

- La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley no eximen de responsabilidades, sean de naturaleza civil, penal o administrativa, a quienes intervienen en su realización, si no se cumple con los términos de la misma.
- Ningún solicitante, profesional o personal de salud que haya actuado en concordancia con las disposiciones establecidas en la presente Ley, estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa.

⁷ Kraus, Arnoldo, *Voluntades anticipadas*, Diario La Jornada, México, 12 de diciembre de 2007.

⁸ Valadés, Diego, *Eutanasia: primer paso*, Diario El Universal, México, 17 de enero de 2008.

2. Requisitos del Documento de voluntad anticipada

En el artículo 7 de la LVADF, se especifica quienes son las personas facultadas para suscribir el Documento correspondiente:

I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio;⁹

II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal;¹⁰

III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; y

IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

En cuanto a la fracción III, es necesario remitirse al artículo 19 de la propia LVADF que contiene con mayor precisión cuales son los familiares. Por su parte, en cuanto a la fracción IV, es de entenderse que se requiere de una declaratoria judicial de interdicción.

El artículo 8 de la LVADF reviste gran importancia al establecer las formalidades y requisitos del Documento de Voluntad Anticipada:

⁹ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada dice: *cualquier persona en pleno uso de sus facultades mentales.*

¹⁰ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada dice: *cualquier enfermo diagnosticado como desabuciado por el médico tratante.*

I. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario;¹¹

II. Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo;

III. El nombramiento de un representante para corroborar la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y

IV. La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.

En torno a la representación, consideramos que puede haber representación mancomunada, o bien, la designación de representantes sustitutos. El solicitante preferentemente asistirá al acto acompañado de su representante a efecto de asentar en el documento de voluntad anticipada la aceptación del cargo (Art. 25 LVADF). Por su parte el artículo 14 de la citada ley señala que el cargo del representante es voluntario y gratuito.

Por lo que hace a la disposición de órganos, ello debe mencionarse conforme a esta norma, aunque su fundamento sea una ley , que es la Ley General de Salud (LGS), de carácter federal, y no ésta, el Artículo 9 del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el

¹¹ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada dice, adicionalmente: *ante 2 testigos*.

Distrito Federal, establece que cuando el enfermo en etapa terminal tuviere la voluntad de donar sus órganos y tejidos, suscribirá el formato emitido por el centro nacional o local de transplantes, pienso que este requisito no es aplicable en el caso del documento de voluntad anticipada firmado ante notario, toda vez que el compareciente no necesariamente es “enfermo en etapa terminal” cuando acude a la notaría.

Se dispone, adicionalmente, que el Documento suscrito ante Notario, deberá ser notificado por éste a la Coordinación Especializada (art. 9), aunque no se señala el plazo dentro del que deba cumplirse con esta obligación.

Consideramos que el término que debió haber utilizado el legislador es “dar aviso”, ya que la “notificación” se regula en el artículo 128 de la Ley del Notariado del Distrito Federal señalando que entre los hechos por los que el notario debe asentar un acta se encuentran las notificaciones y en el 129, 130, 131, 132 y 133 de esa misma Ley se establece la mecánica para dichas actas y desde luego no es la intención del legislador que se “levante un acta”.

Por su parte al artículo 121 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal dispone que siempre que ante un notario se otorgue un testamento, este dará aviso al archivo...” y en el 124 bis señala siempre que ante un notario se otorgue la designación de tutor cautelar... este dará aviso al archivo...”.

El artículo 7 del RLVADF trata de enmendar lo anteriormente señalando:

Artículo 7. Se tendrá por cumplida la obligación contenida en el artículo 9 de la ley, con el aviso electrónico que el Notario envíe a la Coordinación dentro de los tres días hábiles siguientes al otorgamiento. El aviso deberá contener, cuando menos nombre, fecha de nacimiento y nombre de los padres de la persona a la que se aplicará la ortotanasia.

La LVADF establece que, en caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el personal de salud correspondiente y dos testigos en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la Secretaría, mismo que deberá ser notificado a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar (artículo 10). A este respecto, se estima muy delicado que cuando el enfermo no pueda otorgar el Documento ante Notario, lo haga ante el personal de salud correspondiente. En consecuencia, no podemos sugerir con mayor vehemencia que es urgente efectuar una amplia y detallada campaña de capacitación sobre el contenido y alcances de la LVADF.

Aunque el RLVADF establece en su artículo 14:

Artículo 14. En cada Unidad Médica Hospitalaria y en las Instituciones Privadas de Salud, los Directivos nombrarán un responsable encargado de recabar los documentos y datos del enfermo en etapa terminal o en su caso

suscriptor para llenar el Formato de Voluntad anticipada, cuando así lo soliciten, en términos del artículo 18 del presente reglamento.

Concomitantemente, la LVADF dispone que, una vez suscrito el Documento o formato de voluntad anticipada, la Coordinación Especializada deberá hacerlo del conocimiento del Ministerio Público (artículo 11), aunque no dispone la forma ni el plazo en el que esto deba llevarse a cabo.

Las personas impedidas por la LVADF para ser testigos o representantes (artículos 12 y 13) son las siguientes:

I. Los menores que no han cumplido 16 años de edad;

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutaran de su cabal juicio;

III. Los familiares del enfermo en etapa terminal hasta el cuarto grado;

IV. Los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, salvo que se encuentre un intérprete presente.¹²

¹² En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada dice, adicionalmente: *los amanuenses del Notario; los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, y la persona que no conozca al enfermo en etapa terminal.*

Cabe aclarar que los familiares del enfermo no pueden ser testigos pero si pueden ser representantes.

Los artículos 14 a 18 de la LVADF pormenorizan las obligaciones y términos de la representación. A este respecto, se considera que habría sido mejor remitirse a las reglas del Código Civil y de la Ley del Notariado. Asimismo, no queda claro a que se refiere la LVADF cuando dispone que el cargo de representante concluye:

I. Por el término natural del encargo.

II. Por muerte del representante.

III. Por muerte del representado.

El artículo 19, concatenado con la fracción III del artículo 7 de la LVADF limita la autonomía de la voluntad, como se verá a continuación:

Artículo 7, fracción III	Artículo 19
El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:(...) III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo	Podrán suscribir el Documento de Voluntad Anticipada en los términos establecidos por la fracción III del artículo 7 de la presente Ley, por orden subsecuente y a falta de:

<p>en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad.</p>	<p>orden subsecuente y a falta de:</p> <p>I. El o la cónyuge;</p> <p>II. El concubinario o la concubina; o el o la conviviente;</p> <p>III. Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados;</p> <p>IV. Los padres o adoptantes;</p> <p>V. Los nietos mayores de edad; y</p> <p>VI. Los hermanos mayores de edad o emancipados.¹³</p> <p>El familiar signatario del Documento o Formato de Voluntad Anticipada en los</p>
---	--

¹³ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada, la prelación establecida es la siguiente:

- I. Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados, el cónyuge o concubino;
- II. Los padres;
- III. Los hermanos mayores de edad;
- IV. Los familiares mayores de edad hasta el tercer grado y,
- V. A falta de todos los anteriormente evocados, el representante legal del enfermo en etapa terminal, siempre que medie disposición expresa para hacerlo en documento previo ante Notario.

Posiblemente, esta diferencia en el orden de prelación haya motivado la nota periodística aparecida en El Universal. Cuenca, Alberto, *Ley de bien morir "choca" con plan federal*, Diario El Universal, México, 6 de febrero de 2008.

	términos del presente artículo fungirá a su vez como representante del mismo para los efectos de cumplimiento a que haya lugar.
--	---

El mismo orden de prelación es establecido por el artículo 19 del RLVADF.

Consideramos poco afortunada la conjunción de estos preceptos ya que presentan ciertas limitantes a las disposiciones que cualquier persona haya efectuado en previsión de su propia incapacidad.

Ahora bien, proponemos la reforma del artículo 7 de la LVADF de manera que, en primer lugar, se tome en cuenta la voluntad del interesado, en los siguientes términos:

Artículo 7, fracción III

El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo: (...)

III. ***En ausencia de disposiciones previas suscritas por el interesado***, los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando ***la persona*** se

encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad.

En el caso de la *ortotanasia*, se trata de un privilegio que la LGS reserva a varias personas sin tomar en cuenta la voluntad del directamente interesado, el paciente. En efecto, el artículo 345 de la LGS dispone que no existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización del cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme al orden expresado, se prescindan de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte encefálica comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343 de la LGS.¹⁴

Los siguientes artículos de la LVADF contienen una serie de formalidades que circundan al Documento de Voluntad Anticipada. Así, se dispone que cuando sea suscrito ante Notario, éste dará lectura al mismo en voz alta a efecto de que el signatario asiente que es su voluntad la que propiamente se encuentra manifiesta en dicho documento. Cuando el solicitante del Documento de Voluntad Anticipada ignore el idioma del país, el Notario deberá nombrar a costa del solicitante un intérprete que sea perito traductor (art. 22).

Esta disposición está inspirada en el art. 1503 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a los testamentos que otorgan

¹⁴ La ausencia completa y permanente de conciencia; la ausencia permanente de respiración espontánea; la ausencia de los reflejos del tallo cerebral; y el paro cardíaco irreversible.

personas que ignoran el idioma del país, aunque en este último ordenamiento quien designa al intérprete es el testador y no el notario. En este caso, es de esperarse que se trate de peritos autorizados o reconocidos por las autoridades judiciales de la Ciudad de México, pues la disposición no lo establece expresamente.

Adicionalmente, los artículos 23 y 24 de la LVADF contienen disposiciones en torno a la verificación de la identidad del solicitante, por parte del Notario, aunque la *Ley de Notariado para el Distrito Federal* ya prevé estos temas de manera exhaustiva. A este respecto, es de llamar la atención lo que dispone el artículo 24 de la LVADF en el sentido de que:

“Artículo 24. Si la identidad del solicitante no pudiere verificarse, se declarará esta circunstancia por el Notario, solicitando la presencia de dos testigos, que bajo protesta de decir verdad, verifiquen la personalidad de este y en caso de que no existiera la posibilidad de presencia de los dos testigos, el Notario agregará al Documento de Voluntad Anticipada todas las señas o características físicas y/o personales del solicitante”.

En este precepto se confunde *identidad* con *personalidad*. Por su parte, la disposición de que el notario agregará todas las señas o características físicas y/o personales del solicitante, posiblemente tiene su antecedente en el artículo 1505 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“Artículo 1505. Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarará esta circunstancia por el Notario o por los testigos, en su caso, agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquél”.

Sin embargo, esta circunstancia no está prevista por el artículo 104 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 104.- El Notario hará constar la identidad de los otorgantes por cualquiera de los medios siguientes:

I. Por la certificación que haga de que los conoce personalmente en términos del artículo 102, Fracción XX, inciso a), de esta Ley. Para ello bastará que el Notario los reconozca en el momento de hacer la escritura y sepa su nombre y apellidos, sin necesidad de saber de ellos cualquier otra circunstancia general;

II. Por certificación de identidad con referencia en términos del artículo citado, con base a algún documento oficial con fotografía, en el que aparezca el nombre y apellidos de la persona de quien se trate o el documento de identidad que llegaren a autorizar las autoridades competentes;

III. Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el Notario conforme a alguna de las fracciones anteriores, quien deberá expresarlo así en la escritura. Los testigos en cuanto tales están obligados a asegurar la identidad y capacidad de los otorgantes, y de esto serán

previamente advertidos por el Notario; deberán saber el nombre y apellidos de éstos, que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil; para lo anterior el Notario les informará cuáles son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea perito en Derecho. Igualmente les informará su carácter de testigos instrumentales y las responsabilidades consiguientes. En substitución del testigo que no supiere o no pudiere firmar, lo hará otra persona que al efecto elija el testigo, imprimiendo éste su huella digital. La certificación y consiguiente fe del Notario siempre prevalecerá sobre la de los testigos en caso de duda suscitada posteriormente salvo evidencia debidamente probada que supere toda duda al respecto. En todo caso, el Notario hará constar en la escritura el medio por el que identificó a los otorgantes. Tratándose de testigos, si alguno no supiere o no pudiere firmar, imprimirá su huella digital y firmará a su ruego la persona que aquél elija”.

Por último, en el marco de otras formalidades, se establece la prohibición a los Notarios y a cualesquiera otras personas que hayan de redactar Documentos de Voluntad Anticipada, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras, bajo la pena de quinientos días de salario mínimo general vigente como multa.¹⁵ Concomitantemente, se

¹⁵ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada se llevan las sanciones hasta extremos insospechados: *Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el documento de voluntad anticipada sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio.*

dispone que las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del Documento de Voluntad Anticipada o el Formato correspondiente y el Notario o la persona facultada para los efectos, dará fe de haberse llenado aquéllas.¹⁶

Un aspecto de crucial relevancia en torno al Documento de Voluntad Anticipada es que, de conformidad con el artículo 13 del RLVADF las instituciones privadas de salud ubicadas dentro del territorio del Distrito Federal, deberán utilizar el Formato de Voluntad Anticipada emitido por la Secretaría.

3. Nulidad y revocación de la voluntad anticipada.

Los artículos 36 al 39 de la LVADF prevén las circunstancias y consecuencias de la nulidad del Documento, de la siguiente manera:

I. El realizado en documento diverso al Documento de Voluntad Anticipada o el Formato correspondiente autorizado por la Secretaría;

II. El realizado bajo influencia de amenazas contra el signatario o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, parientes, concubinario o concubina;

¹⁶ En la Iniciativa de Ley Federal de Voluntad Anticipada dice: *El Notario anexará al documento de voluntad anticipada, copia del expediente clínico del enfermo en etapa terminal a fin de corroborar el estatus de su salud, el cual deberá estar firmado por el médico tratante y avalado por los directores o encargados del hospital o clínica en que se encuentre internado el enfermo.*

III. El captado por dolo o fraude;

IV. Aquel en el que el signatario no exprese clara e inequívocamente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen;

V. Aquél que se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley; y

VI. Aquel en el que medie alguno de los vicios del consentimiento para su realización.

Asimismo, el artículo 38 de la LVADF señala que “el Documento únicamente podrá ser revocado por el signatario del mismo en cualquier momento”. Consideramos poco afortunada esta redacción ya que no se toma en cuenta al interesado y recordemos que el art. 7 fr. III señala que el documento de voluntad anticipada podrá ser suscrito por los familiares del interesado especificándose en el artículo 19 aquellos familiares pueden suscribirlo.

Los artículos 30 al 32 del RLVADF reproducen las causas de nulidad y revocación de la voluntad anticipada, sin mayor variante.

El artículo 33 del RLVADF complementa las obligaciones derivadas del cumplimiento de la voluntad anticipada, como sigue:

Para efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, el personal de salud de las

Unidades Médicas Hospitalarias e Instituciones Privadas de Salud y Comité Hospitalario de Ética Médica, tendrán las siguientes obligaciones:

- I. Emitir, suscribir y confirmar el diagnóstico del enfermo en etapa terminal;
- II. Validar ante la Coordinación Especializada la existencia y vigencia del Documento o Formato de Voluntad Anticipada; y
- III. Comenzar el manejo médico multidisciplinario del enfermo en etapa terminal.

4. Objeción de Conciencia.

El personal de salud correspondiente deberá realizar dichas disposiciones en los términos solicitados y prescritos en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada (artículo 40). No obstante, aquellos cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en su realización (artículo 42), en cuyo caso será obligación de la Secretaría, garantizar y vigilar la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor.

Sin duda, para los efectos de este trabajo, un tema polémico de gran importancia, cuya disyuntiva se encuentra pendiente en nuestro

país, es el de la objeción de conciencia, que tiene por objeto eximir del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley, en virtud de que dichos deberes pueden afectar a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa de algunas personas. En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar. *El “rechazo de conciencia”, como le llama John Rawls, consiste en desobedecer un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Un ejemplo típico es la negativa de los primeros cristianos a cumplir ciertos actos de piedad prescritos por el Estado pagano, o de los testigos de Jehová a saludar a la bandera.*¹⁷

*La objeción de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos; puede fundarse en principios religiosos o de otra índole, en desacuerdo con el orden constitucional. En una sociedad libre —sugiere Rawls—, nadie puede ser obligado, como lo fueron los primeros cristianos, a celebrar actos religiosos que violaban la libertad igual, como tampoco ha de obedecer un soldado órdenes intrínsecamente perversas mientras recurre a una autoridad superior.*¹⁸

Este tema tiene su punto de partida en el artículo 24 constitucional, cuyo texto parece un tanto reductivo frente a los textos constitucionales de otros países, que contemplan de forma más amplia a la libertad ideológica. El artículo 24 se limita a establecer la libertad de culto religioso, lo que siendo de la mayor importancia, no es sino una parte de aquella otra libertad mencionada:

¹⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1995, pp. 335-336.

¹⁸ Rawls, John, *Op. cit.*, p. 338.

“Artículo. 24.- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria”.

No obstante, como bien apunta el Doctor Diego Valadés, en México la tolerancia religiosa es uno de los principios que más tiempo y sufrimiento costó conquistar; una guerra civil en el siglo XIX y otra en el XX, dan cuenta de las dificultades que fue necesario superar y el encono a que se llegó. La escisión segó vidas y mantuvo a la sociedad dividida por décadas.¹⁹

Por su parte, la libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. La libertad ideológica protege las manifestaciones externas de los ideales que se forjan en el fuero interno

¹⁹ Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, UNAM, México, 2002, p.89.

de cada persona.²⁰ Las manifestaciones externas que conforman el ámbito protegido por la libertad ideológica son, al menos, las siguientes:

- La libre tenencia de opiniones y creencias.
- El derecho a pertenecer a grupos y asociaciones orientados por convicciones y creencias.
- El derecho a no declarar sobre la propia ideología o las creencias personales.
- La libre conformación de opiniones, convicciones y creencias.
- Libertad de comunicación de ideas y opiniones.
- Libertad para arreglar la propia conducta a las creencias u opiniones que se tengan.

Este último aspecto es de suma importancia en el estudio del contenido y del alcance de las disposiciones para la propia incapacidad, ya que implica la libertad de practicar los cultos religiosos en los que se crea, así como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con alguna obligación que sea contraria a nuestras creencias. Este aspecto de la libertad religiosa supone, con algunas excepciones, la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos que sean contrarios a sus creencias; las excepciones se pueden dar cuando se trate de menores de edad; cuando la persona no tenga la posibilidad de manifestar con claridad su pensamiento y no hubiese efectuado disposiciones previas; cuando se

²⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, CNDH, México, 2004, p. 514.

acredite un estado de necesidad que ponga en peligro un bien protegido constitucionalmente (como puede ser la vida). Por ejemplo, un juez puede ordenar una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente.²¹

La objeción de conciencia pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho: el de la obediencia al derecho. La pregunta fundamental es: ¿debemos cumplir una ley que nos obliga a dejar de un lado nuestras creencias filosóficas o religiosas más profundas? Es de entenderse que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión no puede alcanzar para eximir a alguna persona de cumplir con un deber que le impone la misma Constitución, pero ¿qué sucede con los deberes que impone un ordenamiento subconstitucional?, la LVADF da respuesta a este interrogante, de manera acertada.²²

Finalmente, para despejar cualquier duda al respecto, la LVADF prohíbe la eutanasia activa:

Artículo 43. El personal de salud en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá suministrar medicamentos o tratamientos médicos, que

²¹ Esto, a pesar de que el artículo 1º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país., y que nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes.

²² “...Esta es una norma que denota el respeto debido a las posiciones éticas o religiosas, propio de un Estado laico, donde todas las formas de pensar están tuteladas por el orden constitucional. Valadés, Diego, *op. cit.*

provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal.

5. Organismos involucrados.

En su último capítulo, la LVADF establece a la *Coordinación Especializada* como la unidad administrativa adscrita a la Secretaría de Salud encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley y en los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada. Sus atribuciones, dispuestas en el artículo 46, son las siguientes:

I. Recibir, archivar y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada, procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud;

II. Hacer del conocimiento del Ministerio Público los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud;

III. Supervisar en la esfera de su competencia:

a) El cumplimiento de las disposiciones de los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; y

b) Lo relativo en materia de Trasplantes y Donación de Órganos y Tejidos;

IV. Coadyuvar con el control y registro de donantes y receptores de Órganos y Tejidos en coordinación con el Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes en el ámbito de sus atribuciones;

V. Fungir como vínculo con los Centros Nacional y Estatales de Trasplantes en el ámbito de su competencia;

VI. Fomentar, promover y difundir la cultura de Donación de Órganos y Tejidos en el ámbito de su competencia;

VII. Proponer en el ámbito de su competencia, la celebración de convenios de colaboración con otras instituciones y asociaciones públicas o privadas en las que se promuevan y realicen Trasplantes de Órganos y Tejidos; y

VIII. Las demás que otorguen las otras leyes y reglamentos.

El artículo 39 del RLVADF dispone que la Coordinación Especializada contará con un titular, presupuesto y las áreas administrativas necesarias para su funcionamiento. El titular de la Coordinación Especializada será designado por el Secretario de Salud. Finalmente, las atribuciones y obligaciones del titular de la

Coordinación Especializada se enuncian en el artículo 40 del RLVADF.

6. El papel de los Notarios del D. F.

La problemática de la entrada en vigor de la LVADF consiste en dilucidar si los hospitales federales y el personal médico que labora en dichas dependencias se encuentran vinculados a los efectos de esta legislación.

No hay duda en el sentido de que la nueva legislación en materia de voluntad anticipada cobra aplicación en instituciones privadas de salud en el Distrito Federal y en instituciones públicas pertenecientes a la Secretaría de Salud del Distrito Federal. En este sentido, el artículo 13 de la Ley de Salud para el Distrito Federal dispone que:

ARTÍCULO 13.- El Sistema de Salud del Distrito Federal está constituido por las dependencias, órganos descentralizados y desconcentrados del Gobierno y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones que se suscriban con dependencias o entidades de la Administración Pública Federal.

Y como se ha visto, el artículo 13 del RLVADF dispone que las instituciones privadas de salud ubicadas dentro del territorio del Distrito Federal, deberán utilizar el Formato de Voluntad Anticipada emitido por la Secretaría.

Sin embargo, no se puede perder de vista la existencia del Código Civil Federal y el del D.F., el Código Penal Federal y el local, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos federal y local y la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

a) Código Civil Federal. Al ser materia estrictamente local determinada por la Constitución, el único Código Civil que debe regir es el del D.F.

b) Código Penal Federal. Determina cuales conductas son punibles como delitos federales y dentro de estas conductas no se encuentran tipificadas aquellas a las que pudiera referirse la LVADF. Es por esto que en relación a estas posibles conductas tipificadas en el Código Penal del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa modificó y adicionó el Código Penal del Distrito Federal en sus artículos 127 (referente al delito de homicidio); 143 bis (relativo a la ayuda o inducción al suicidio), y 158 bis (relativo a la omisión de auxilio o de cuidado a los enfermos en etapa terminal, excluyendo de responsabilidad penal de dichas conductas al personal de salud cuando éstos actúen conforme a la LVADF).

c) Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Los destinatarios de esta Ley son los servidores públicos federales dentro de los que se encuentran los médicos y el personal que labora en los hospitales federales y en esa virtud no se les aplica la legislación equivalente para el Distrito Federal ni la Ley de Salud para el Distrito Federal.

d) Ley del Notariado para el Distrito Federal. Dicha Ley tiene como destinatarios, precisamente, a los notarios públicos de la capital de la República. Nada impide que los notarios acudan a los centros hospitalarios federales con el fin de que las personas ahí internadas otorguen sus disposiciones anticipadas, en razón de que:

- Al encontrarse dichos hospitales en el D.F., y considerando que la Ley del Notariado para el D.F. obliga a los notarios a actuar dentro del D.F., el impedir su actuación iría en contra de los artículos 1²³, 3²⁴ y 34²⁵ de dicha Ley.

²³ Artículo 1.- El objeto de esta Ley es regular, con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al notariado en el Distrito Federal.

²⁴ Artículo 3.- En el Distrito Federal corresponde al Notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución. El Notariado es una garantía institucional que la Constitución establece para la Ciudad de México, a través de la reserva y determinación de facultades de la Asamblea y es tarea de esta regularla y efectuar sobre ella una supervisión legislativa por medio de su Comisión de Notariado. El Notariado como garantía institucional consiste en el sistema que, en el marco del notariado latino, esta ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del Derecho y establece las condiciones necesarias para su correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en

- Impedir la actuación de los notarios del D.F. sería tanto como que el notario no pueda acudir al hospital federal a que un paciente otorgue disposiciones testamentarias, en contra de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley del Notariado para el D.F.²⁶

No obstante lo anterior, como los hospitales federales no se regulan por la Ley de Salud del D.F., ni por el Estatuto Orgánico de los Servicios de Salud Pública para el Distrito Federal, no estarían, por tanto, obligados a contar con los formatos de voluntad anticipada a que se refiere la LVADF. Esta normatividad no es aplicable a los servicios públicos de salud federales en virtud de que el personal que labora en

términos de Ley. Su imparcialidad y probidad debe extenderse a todos los actos en los que intervenga de acuerdo con ésta y con otras leyes.

²⁵ Artículo 34.- Corresponde a los notarios del Distrito Federal el ejercicio de las funciones notariales en el ámbito territorial de la entidad. Los notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones ni establecer oficinas fuera de los límites de éste. Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se firmen las escrituras o actas correspondientes por las partes dentro del Distrito Federal, y se de cumplimiento a las disposiciones de esta ley. Se prohíbe a quienes no son notarios usar en anuncios al público, en oficinas de servicios o comercios, que den la idea que quien los usa o a quien beneficia realiza trámites o funciones notariales sin ser notario, tales como "asesoría notarial", "trámites notariales", "servicios notariales", "escrituras notariales", "actas notariales", así como otros términos semejantes referidos a la función notarial y que deban comprenderse como propios de ésta.

²⁶ Artículo 43.- El notario podrá excusarse de actuar en días festivos o en horario que no sea el de su oficina, salvo que el requerimiento sea para el otorgamiento de testamento, siempre y cuando a juicio del propio notario las circunstancias del presunto testador hagan que el otorgamiento sea urgente. También podrá excusarse de actuar cuando los solicitantes del servicio no le aporten los elementos necesarios o no le anticipen los gastos y honorarios correspondientes.

esta clase de instituciones se rige por la legislación federal en materia de responsabilidades de los servidores públicos y de trabajadores al servicio del Estado, además de aplicarse directamente en tales casos las leyes federales en materia de salud.

Para determinar cuáles hospitales públicos del Gobierno del Distrito Federal estarán vinculados a la observancia de la nueva norma, debe estarse al contenido del Estatuto Orgánico de los Servicios de Salud Pública para el Distrito Federal, y por lo que toca a los servicios privados de salud en el territorio del Distrito Federal no existe problemática alguna para identificar la regla de aplicación porque siendo entes privados, se rigen por el Derecho Civil, y esta nueva legislación pertenece a dicho ámbito.

Resumiendo:

a) Los notarios públicos del Distrito Federal pueden acudir tanto a los hospitales dependientes de la Secretaría de Salud Federal, como del Gobierno del Distrito Federal y Hospitales Privados del Distrito Federal para llevar a cabo disposiciones relativas al documento de voluntad anticipada.

b) El formato de voluntad anticipada puede ser suscrito ante el personal de salud y dos testigos en los hospitales del Gobierno del Distrito Federal y los hospitales particulares que se encuentren en el Distrito Federal.

c) Independientemente de lo dispuesto en el párrafo final del Artículo 6° de la LVADF, en que se establece “ningún solicitante profesional o personal de salud que haya actuado en concordancia con las disposiciones establecidas en la presente ley estará sujeto a responsabilidad civil penal o administrativa”, en caso de que algún servidor público que preste sus servicios en un hospital federal aplicase la LVADF, su actuación se regirá por el Código Civil para el Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, pudiendo incurrir únicamente en responsabilidad administrativa, mas no civil, ni penal.

7. Seguros

Problemática que se crea cuando una persona, ha contratado un seguro de vida y por voluntad propia manifiesta que no desea seguir viviendo en los términos de la ley.

Creemos que el legislador debió de haber contemplado este caso y no dudo que una misma persona pueda contratar un seguro de gastos médicos y también un seguro de vida con la misma o diversa compañía aseguradora, en cuyo caso los intereses de la compañía se pueden ver afectados o beneficiados en caso de que esta persona tome la decisión de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que prolonguen su vida.

Por otra parte no hay que perder de vista que la materia de seguros está reservada a la federación por lo que estas modificaciones se deben contemplar en la ley de la materia.

En este punto tendrá que ser resuelto en los tribunales.

8. Modificaciones a otras leyes, por efecto de la LVADF

a) Código Penal para el Distrito Federal:

Artículo 127. (...) Los supuestos previstos en el párrafo anterior no integran los elementos del cuerpo del **delito de homicidio**, así como tampoco las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previsto en el párrafo primero del presente artículo, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

Artículo 143 Bis. En los supuestos previstos en los dos artículos anteriores no integran los elementos del cuerpo del **delito de ayuda o inducción al suicidio**, las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

Artículo 158 Bis. En los supuestos previstos en el artículo 156 y primer párrafo del artículo 158, no integran los elementos del cuerpo del **delito de omisión de auxilio o de cuidado**, las conductas realizadas por el personal de salud para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o

representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

b) Ley de Salud para el Distrito Federal:

Artículo 16 Bis. 3. ... I. ...; II. ...; y III. La obligación, por parte del Gobierno del Distrito Federal, del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, siempre y cuando se hayan cumplido con los requisitos establecidos en la misma.

9. Cláusulas que debe contener un Documento de Voluntad Anticipada

Primera. La que manifiesta que una persona, de manera libre, consciente, inequívoca y reiterada manifiesta su intención de no someterse ni ser sometida a medios, tratamientos o procedimientos que puedan propiciar la obstinación terapéutica o medidas que prolonguen de manera innecesaria la vida cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor sea imposible mantener su vida de manera natural; solicitando solamente la aplicación de las medidas mínimas ordinarias y cuidados paliativos y sedación controlada.

Segunda. En la que la persona designa representante a efecto de que de cabal cumplimiento a su voluntad manifestada en el Documento.

Tercera. En caso de que el representante se encuentre presente en el otorgamiento del documento de Voluntad Anticipada su manifestación que acepta el cargo que le fue conferido, quien protesta fiel y leal desempeño y declara su compromiso reiterado de cumplir con todas las obligaciones que asume de conformidad con lo establecido en el artículo diecisiete de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Cuarta. La manifestación de la persona de su intención de donar o no donar todos o algunos órganos, que en términos de la legislación aplicable, sean susceptibles de ser disponibles en el momento de su muerte.

Quinta. La declaración de la persona que revoca expresamente y que deja sin efecto ni valor legal alguno, cualquier documento de voluntad anticipada que hubiere otorgado con anterioridad al presente.

Sexta. La que dispone que los comparecientes se someten a las Leyes y Tribunales competentes del Distrito Federal, para la interpretación y cumplimiento del contenido del instrumento, así como para la decisión sobre cualquier controversia que llegare a suscitarse con motivo del mismo, renunciando expresamente a cualquier otro fuero

que pudiera corresponderles por razón de su domicilio presente o futuro.

10. Tutela Cautelar

Especial mención amerita la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2007, que establece y regula a la tutela cautelar en los siguientes términos:

Artículo 461.- La tutela es cautelar, testamentaria, legítima o dativa.

Artículo 469 Bis.- Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.

Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades

mentales y en plena capacidad de autogobernarse, siendo revocable este acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad. En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.²⁷

Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar

²⁷ Como se puede apreciar, el artículo 463 Ter. dispone que el notario deberá agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse. No obstante, encontramos en este precepto una contraposición con lo dispuesto por el artículo 102, fracción XX, inciso a) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, referente a que, como regla, el notario hará constar bajo su fe su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad. El requisito del certificado médico expedido por el perito en materia de psiquiatría no se exige en otros actos celebrados bajo la fe del notario público. Finalmente, queda la interrogante sobre los aspectos organizacionales y operativos que regirán a los peritos en materia de psiquiatría, en sus interacciones con los notarios. Consideramos que este requisito debe ser suprimido a la brevedad posible.

las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.²⁸

Artículo 469 Quintus.- El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.

Tutela Preventiva:

En nuestro país, tan solo son ocho las entidades federativas que cuentan con esta figura: Morelos, Coahuila, México, Distrito Federal, Hidalgo, Guanajuato, Baja California Sur y Zacatecas. No obstante, esperamos que estas experiencias provoquen un efecto multiplicador en el resto de los sistemas jurídicos locales de la República.

²⁸ Por su parte, el artículo 469 Quáter, en su fracción I, obliga al tutor a tomar “decisiones convenientes” sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado. Independientemente de la subjetividad implícita en la expresión “decisiones convenientes”, debe recordarse el respeto constitucional a la objeción de conciencia, aspecto de total importancia que debe tomarse en cuenta en esta obligación que el Código Civil impone a los tutores, para el caso de que éstos decidan abstenerse de tomar las decisiones respectivas, delegando éstas, en su caso, a otro tutor. Vid. García Villegas, Eduardo, “A propósito de las recientes reformas en materia de tutela cautelar y de la iniciativa sobre la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo”, *Revista Mexicana de Derecho*, N° 9, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2007.

I. Del Código Civil del Estado de Morelos, en vigor desde el 1º de enero de 1994, a continuación se hace referencia a los artículos concernientes a la tutela preventiva:

Artículo 294. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o preventiva.

Artículo 319. Toda persona en pleno ejercicio de sus derechos podrá designar a una persona capaz, para que si cayere en estado de interdicción o inhabilitación, desempeñe la tutela respecto de ella.

Artículo 320. También, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por su orden substituyan al designado en el desempeño del cargo, en caso de no aceptación, impedimento, excusa o remoción. Estas designaciones sólo serán válidas si se hacen ante notario o juez de lo familiar.

Artículo 321. Serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el artículo anterior.

II. Por su parte, el Código Civil del Estado de Coahuila, en vigor desde el mes de octubre de 1999, regula a la tutela autodesignada en los siguientes términos:

Artículo 558. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.

Artículo 616. El mayor de edad capaz tiene derecho a designar su tutor para el caso de que sea declarado incapaz. Este nombramiento excluye del ejercicio de la tutela a las personas a las que pudiera corresponderles de acuerdo con este código.

La persona designada no está obligada a aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello, pero si lo acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual podrá solicitar al juez se le releve del mismo.

Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela el primero de los nombrados, a quien substituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

En lo que no se opongan son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre.

III. El Código Civil del Estado de México, en vigor desde el 22 de junio de 2002, regula a la tutela voluntaria como sigue:

Artículo 4.240. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o voluntaria.

Artículo 4.269. Las personas capaces pueden designar tutor y curador, así como sus substitutos, para el caso de que llegare a caer en estado de interdicción.

Artículo 4.270. Las designaciones anteriores deben constar en escritura pública, con los requisitos del testamento público abierto.

Artículo 4.271. Al hacer la designación podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

Artículo 4.272. Si al hacerse la designación de tutor o curador voluntarios, estos no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisfacen al momento de desempeñarse.

Artículo 4.273. A falta o incapacidad de los tutores o curadores designados, se estará a las reglas de la tutela legítima.

IV. El Código Civil para el Distrito Federal, desde su reforma publicada el 15 de mayo de 2007, regula a la tutela cautelar como ya se ha comentado.

V. La Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, en vigor desde el 9 de junio de 2007, receptiva a la convicción de que las evoluciones y cambios sociales de esta época, se manifiestan con la modernización de las instituciones y leyes que norman nuestro comportamiento individual, recoge en su Título Noveno a la Tutela en los siguientes términos:

Artículo 253.- Existen cuatro clases de tutela:

I.- Testamentaria; II.- Legítima; III.- Dativa; y IV.- Voluntaria

Artículo 279.- Toda persona capaz puede designar tutor para el caso de que cayere en estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación.

Artículo 280.- El tutor que haya aceptado el cargo deberá permanecer en él todo el tiempo que dure el estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación del pupilo, a no ser que el tutor caiga en un estado de incapacidad, o sea removido, o se excuse con justificación debidamente probada, o por muerte.

Artículo 281.- La designación de tutor solo será válida si se hace ante Notario Público o Juez Familiar. En el primer supuesto debe constar en escritura pública y con las formalidades del testamento público abierto. Y en el segundo supuesto se iniciará en procedimiento no contencioso debiendo el Juez notificar de manera personal al tutor

propuesto para la aceptación del cargo y discernimiento del mismo, resolviendo lo conducente. En igual forma el tutor deberá promover en procedimiento no contencioso cualquier solicitud relativa a la autorización para enajenar o gravar el patrimonio a su encargo.

Artículo 282.- Si al hacerse la designación de tutor voluntario, éste no reúne los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisface al momento de desempeñarse.

Artículo 283.- A falta o incapacidad del tutor designado se estará a las reglas de tutela legítima.

Artículo 284.- Al hacerse la designación de tutor voluntario podrá instruirse sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, en su caso el monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

VI. El Código Civil para el Estado de Guanajuato se modificó el 13 de junio de 2008 para quedar de la siguiente manera:

Artículo 514-A. Cualquier persona capaz, mayor de edad, en previsión de ser judicialmente declarada en estado de interdicción o, en cualquier caso previsto en la ley que devenga incapaz en el futuro, podrá adoptar disposiciones relativas a su propia persona o bienes, mediante la designación de tutor o tutores sustitutos y curador, a través de la vía de jurisdicción voluntaria.

Artículo 515. La tutela es autodesignada, testamentaria, legítima o dativa.

VII. El Código Civil de Baja California Sur fue reformado el 31 de mayo de 2008 para incluir a la tutela autodesignada:

Artículo 520. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa justificada. Puede ser autodesignada, legítima, testamentaria o dativa.

Artículo 520 bis. Toda persona mayor de edad, capaz, puede designar tanto al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona y, en su caso, gozará del ejercicio de los poderes que se le otorguen, como el curador en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 519 fracción II. La designación del tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante notario, o ante juez competente, que contenga expresamente todas las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad. El tutor autodesignado, ejercerá su función acreditando la existencia de la escritura pública en la que conste su designación y deberá presentar el certificado de dos facultativos, en el que certifiquen, que a esa fecha el otorgante está en estado de incapacidad.

VIII. El Código Familiar de Zacatecas: iniciativa para instaurar la tutela autodesignada (presentada el 17 de junio de 2008):

Artículo 419.- La tutela puede ser autodesignada, legítima, testamentaria o dativa. Toda persona mayor de edad capaz, puede designar tanto al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona, y en su caso, de su patrimonio, como el curador en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 409, fracción II. La designación del tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante Notario que contenga expresamente todas las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.

Artículo 440.- Ha lugar la tutela legítima: (...) III. Cuando no hay tutor autodesignado.

Artículo 453.- Habrá lugar a la tutela dativa: I. Cuando no hay tutor autodesignado, ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima.

Mandato Interdicto o Durable.

En cuanto a la figura del mandato en nuestro país, nuevamente, la legislación civil del Estado de Coahuila va un paso adelante, y rompe el dogma que dispone que el mandato termina con la interdicción del poderdante, disponiendo la siguiente excepción:

Artículo 3054. El mandato termina:...

IV. Por la interdicción del mandante, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del artículo 2998 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz. Discernida la tutela de éste, el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo.

Artículo 2998. El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocable por el mandante capaz en todo momento, sin necesidad de que la revocación revista la misma forma de la autorización. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.

En junio de 2008, en Zacatecas, se introdujo una iniciativa de reformas al Código Civil para prever la existencia del mandato interdicto o durable:

Artículo 1933. Pueden ser objeto de mandato todos los actos lícitos para los que la Ley no exige la intervención personal del interesado.

El mandato habrá de subsistir aún cuando el mandante devenga incapaz si éste así lo dispuso en su otorgamiento, asimismo el mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el

cuidado de la salud del mandante, aún cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocado por el mandante capaz en todo momento. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devengue incapaz, con las formalidades previstas por la Ley.

Artículo 1942.- El mandato debe otorgarse ante Notario Público: (...) IV. En el supuesto del segundo párrafo del artículo 1933.

Artículo 1980.- El mandato termina: (...) IV. Por la interdicción de uno u otro; excepto que hubiere sido otorgado en los términos del segundo párrafo del artículo 1933 y cuando el mandato se hubiere otorgado por la mención expresa de que habría de subsistir aún cuando el mandante devengue incapaz.

En nuestro país solamente encontramos legislación al respecto de alguno de los capítulos de las disposiciones de una persona capaz para su propia incapacidad que son:

- a) Documento de voluntad anticipada,
- b) Documento de tutela cautelar, y
- c) Documento de mandato interdicto o durable en

las ocho entidades federativas ha que se ha hecho referencia anteriormente.

Ante la falta legislativa al respecto en la mayoría de las entidades federativas del país, y en virtud de que las figuras existentes resultan insuficientes y parciales para dar respuesta a las necesidades de una persona previsora de su propia incapacidad, es imperativo lograr que en el derecho positivo mexicano en todas las entidades federativas se contemple la posibilidad de que en forma unilateral, mediante una declaración revocable, con las debidas formalidades **ante notario público**, una persona capaz pueda determinar sus disposiciones respecto a su persona y a la administración de sus bienes para el caso de que llegue a caer en estado de incapacidad. De ese modo, nos encontramos frente a disposiciones de carácter unilateral que un sujeto capaz hace estando en estado de lucidez, con objeto de disponer de su persona y de la administración de sus bienes, para el caso o bajo la condición de que devengue, en un momento dado, incapaz. La noción implica la afectación que el sujeto hace o pretende hacer, de su persona o de la administración de sus bienes, o de ambas a la vez, o designación de tutores, mediante una declaración unilateral, que forzosamente debe vincular al declarante con su tutor y su administrador o mandatario por él designados.

Las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad tienen su origen en la autonomía de la voluntad, en el poder de autodeterminación de la persona, y dentro de esta autonomía, en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes:

- El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas.
- El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.

Como bien señala Juan José Rivas, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo.²⁹ La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre. Esto es, la voluntad puede ser autónoma cuando se manifiesta libremente y sin injerencias extrañas; y puede ser heterónoma cuando se manifiesta bajo la presión de una fuerza exterior, siempre que en este caso el acto impuesto sea a la vez querido. El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, fundamentalmente, libertad.³⁰ En consecuencia, la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad y la dignidad.³¹

²⁹ Rivas Martínez, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *VIII Jornada Notarial Iberoamericana, ponencias presentadas por el Notariado Español*, Colegio de Notarios de España, Madrid, 1998, p. 195.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Es menester tomar en consideración el texto del artículo 138 Ter. del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

11.-Territorialidad.

¿Alguien que suscriba su voluntad anticipada en el Distrito Federal puede ejercerla en otra entidad federativa? Uno de los aspectos que mayor interés despiertan entre los estudiosos del Derecho es el denominado “conflicto de leyes”, que estriba en la determinación del derecho aplicable para resolver la relación jurídica en la que existe, al menos, un elemento dudoso.

Estos conflictos de leyes son frecuentes en nuestro ámbito jurídico toda vez que la carta magna confiere facultades a los Estados para legislar en materia civil y penal, así como para los procedimientos relativos a dichas materias. Como es de entenderse, la heterogeneidad sociopolítica del mosaico nacional se ve reflejada en las leyes vigentes.

Los conflictos entre dos legislaciones estatales se rigen por lo que dispone el artículo 121 constitucional, sin cambios desde 1917:

Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. *Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.*

II. *Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.*

III. *Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.*

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

IV. *Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.*

V. *Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.”*

La primera base del artículo 121 constitucional menciona que las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y que, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. Esta base primera guarda estrecha relación con lo dispuesto por el artículo 120

constitucional que obliga a los gobernadores de los Estados a publicar y hacer cumplir las leyes federales y, desde luego, con el artículo 133 que establece que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, serán ley suprema de toda la Unión, y que los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados. En suma, esta base primera del artículo 121 nos remite a la jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano.

Las leyes locales y los reglamentos locales tienen un ámbito espacial de validez precisado por la base primera del artículo 121 constitucional. Las disposiciones jurídicas de esta índole se circunscriben al principio de territorialidad para su vigencia. Es cierto, como lo dispone el artículo 40 de nuestra carta magna, que los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, pero dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Constitución Federal, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente. En

consecuencia, para que un individuo se encuentre en un supuesto de una legislación estatal determinada se requiere, precisamente, que dicho individuo se encuentre en ese momento en el territorio del Estado en cuestión, aunque no sea habitante de ese Estado. A contrario sensu, a un habitante de un Estado “X” que en un momento dado se encuentra en un Estado “Y” no se le puede aplicar la ley de su propio Estado “X”. Para hacer esta aseveración tenemos el sólido apoyo de los siguientes criterios sostenidos por el máximo tribunal y por los tribunales colegiados:

EMPLAZAMIENTO, EL REALIZADO FUERA DE LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA QUE LO REALIZA, VIOLA LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL.

La fracción I del artículo 121 constitucional establece que las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio; es decir, circunscribe el ámbito espacial de validez de la legislación al principio de territorialidad para su vigencia y su aplicación práctica indica que un Estado de la Federación no debe realizar actos de soberanía en el territorio de otro Estado de la República, pues si lo hace viola una regla fundamental que rige el Pacto Federal. Consecuentemente, constituye una violación a la Carta Magna que un Estado de la Federación, a través de uno de sus órganos, envíe a sus empleados a territorio de otra entidad

federada para emplazar a una persona que no está en su territorio, pues invade la jurisdicción de dicho Estado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL
VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

*Precedentes: Amparo en revisión 263/2003. Álamos
Transportación y Maquinaria, S.A. de C.V. 9 de octubre de
2003. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto
Hernández Segura. Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes³¹.*

ALIMENTOS. EL CONVENIO O
SENTENCIA EN QUE SE HAYAN DECRETADO,
SÓLO PUEDEN MODIFICARSE AL TENOR DE
LAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA
ENTIDAD FEDERATIVA QUE REGULÓ ESOS
ACTOS.

*De acuerdo con el principio de territorialidad de la ley
consagrado en el artículo 121, fracción I, de la Constitución
Federal, el ámbito de aplicación de los códigos sustantivos y
adjetivos civiles del Distrito Federal y de todas las entidades de la
República mexicana, se limita al propio territorio de cada entidad
política, por lo que sus disposiciones no pueden ser obligatorias*

³¹ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Noviembre de 2003, p. 962, tesis XXIII.1o.1 K, aislada, Común.

fuera de ellas, a pesar de que en materia de alimentos revistan cierta uniformidad en cuanto a la determinación de los acreedores y deudores alimentarios, a la forma de regular los requisitos que deben satisfacerse para que se tengan esos caracteres, a las condiciones conforme a las cuales los alimentos deben cuantificarse, administrarse y asegurarse, al tiempo que dura la obligación alimentaria y a la forma en que ésta puede modificarse o aun extinguirse. De acuerdo con tales premisas, cuando en aplicación de determinada legislación civil se dicta una sentencia que al concretar y exteriorizar la función jurisdiccional decreta una condena al pago de alimentos o aprueba un convenio al respecto, sea en un juicio de alimentos, divorcio o cualquier otro posible, se crea una situación jurídica concreta a consecuencia de la cual puede constreñirse al obligado al cumplimiento de su deber, pero regida no sólo conforme a lo ordenado en dicha sentencia por el Juez respectivo, sino también a lo convenido por las partes en los consensos correspondientes y, necesariamente, a lo dispuesto en la legislación aplicada que dada la variabilidad de las relaciones familiares que la obligación alimentaria genera y la permanencia del estado civil que implica que sus efectos se prolonguen en el tiempo, impide que las determinaciones dictadas en esa clase de asuntos adquieran el carácter de cosa juzgada, y es la que suple, en todo caso, las omisiones en que hayan incurrido las partes o el juzgador, sea respecto a las formas de modificación (reducción o aumento) o extinción (cese) del deber de proporcionar alimentos.

Por consiguiente, debe establecerse que dicha situación jurídica sólo puede ser ajustada, modificada o extinguida, en la medida que así lo permita la legislación conforme a la cual se creó y en la forma y términos que en su caso establezca, pues no habría seguridad jurídica ni para el acreedor alimentario ni para el deudor alimentista, si se permitiera que las obligaciones y derechos alimentarios ya constituidos se modificaran o extinguieran de tantas formas como códigos civiles existen en la República mexicana, máxime que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos legislaciones locales distintas. Tales consideraciones guardan armonía con el indicado principio de territorialidad de la ley y no entrañan ningún desacato a la obligación que el referido artículo 121 constitucional establece en su párrafo primero, en cuanto a que cada Estado de la Federación otorgue entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de otros, dado que no constituye desconocimiento a los efectos de la sentencia dictada por el Juez que previno, sino, por lo contrario, representa el respeto y reconocimiento de esas consecuencias jurídicas derivadas del contenido normativo de una entidad, al determinar que la situación jurídica creada a través de esa resolución no puede ser modificada mediante la aplicación de una legislación ajena a la que se tuvo en cuenta para su creación y por tribunales a los que compete la aplicación de esa legislación diversa, por más que se

trate de un aspecto socialmente tan relevante como lo es la cuestión del cumplimiento de la obligación alimentaria.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Precedentes: Amparo directo 3403/2002. María del Carmen Ramírez Medrano. 4 de abril de 2002. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas³².

ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTADO DE MICHOACÁN. EL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO CIVIL PARA ESE ESTADO QUE PREVÉ LA FORMA PARA QUE SURTAN EFECTOS EN ESA ENTIDAD, VIOLA EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley Fundamental, advirtió que se reserva al Congreso de la Unión la facultad de expedir las leyes generales que prescriben la manera de

³²Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Julio de 2002, p. 1241, tesis I.3o.C.343 C, aislada, Civil.

probar los actos públicos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, para unificar el valor o fe y crédito que merecen, lo que se traduce en que los Estados miembros de la Federación carecen de la facultad de legislar sobre esta materia. En congruencia con lo anterior, debe decirse que el artículo 2º del Código Civil para el Estado de Michoacán, al establecer que los actos y contratos verificados fuera de ese Estado, para producir efectos en el territorio de éste, se regirán por las disposiciones del propio código, viola el precepto constitucional mencionado. Ello es así, porque si bien la norma textualmente contiene un aspecto limitativo a su propio territorio, lo cierto es que el mismo precepto se refiere a una conducta ajena, es decir, a los requisitos que deben cumplir los actos realizados en otra entidad federativa para surtir efectos en Michoacán, por lo que sus consecuencias legales no se limitan a su territorio, esto es, aun cuando el citado artículo no niega la fe y crédito que se debe dar a los documentos públicos provenientes de otra entidad federativa, sí los condiciona a que cumplan con los requisitos establecidos en el propio código, por lo que con tal prevención, el órgano legislativo del mencionado Estado ejerció una facultad reservada al Congreso de la Unión, al legislar en relación con la forma de probar los actos y contratos celebrados de otra entidad federativa.

Precedentes: Amparo en revisión 6669/80. Inmobiliaria Sicartsa, S.A. 4 de octubre de 2000. Unanimidad de cuatro

votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Roble³³.

POTESTAD TRIBUTARIA LOCAL. SE ENCUENTRA LIMITADA POR EL ARTÍCULO 121, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN TANTO QUE EL ÓRGANO LEGISLATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS NO PUEDE ESTABLECER CONTRIBUCIONES QUE GRAVEN ACTOS O HECHOS JURÍDICOS QUE SE VERIFIQUEN FUERA DE SU TERRITORIO.

La fracción I del artículo 121 de la Constitución General de la República establece que las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. De esa forma se recoge el principio de territorialidad, conforme al cual las leyes de un Estado sólo pueden obligar a quienes realicen actos jurídicos en su territorio, pero no afectan a quienes los efectúen fuera de éste, principio que aplicado al campo impositivo implica que el poder tributario de cada Estado de la Federación, debe limitarse a gravar los actos o hechos jurídicos que se verifiquen en su territorio, al tenor de su respectivo orden jurídico. De esto se sigue que si bien las entidades

³³ Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Mayo de 2001, p. 276, tesis 1a. XXIV/2001, aislada, Constitucional, Civil.

federativas al establecer un impuesto tienen amplia libertad para fijar el hecho imponible y el criterio de vinculación tributaria que dé nacimiento a la obligación correspondiente, al hacerlo deben tener en consideración el límite espacial de validez al que constitucionalmente están restringidos, para lo cual deben tomar en cuenta que aun cuando algunos de tales hechos permiten la utilización de dos o más criterios de vinculación tributaria, como son el domicilio, la ubicación de la fuente de riqueza o el lugar de consumo, el respectivo hecho o acto jurídico gravado deberá desarrollarse dentro de su territorio, lo que además evita que tributos de diversas entidades federativas graven simultáneamente dos o más veces la misma manifestación de riqueza.

Precedentes: Amparo en revisión 1789/99. Operadora de Centros Comerciales Opción, S.A. de C.V. 11 de agosto del año 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Juan José Rosales Sánchez³⁴.

SISTEMA FEDERAL. TRATÁNDOSE DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y EL DISTRITO FEDERAL, NO SE ADMITE QUE UN

³⁴ Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Octubre de 2000, p. 359, tesis 2a. CXXV/2000, aislada, Constitucional, Administrativa.

³⁵ Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Noviembre de 1996, p. 245, tesis 2a. XCV/96, aislada, Constitucional

MISMO TERRITORIO ESTÉ REGIDO POR DOS LEGISLATURAS LOCALES.

En nuestro orden jurídico se dan en el territorio de la Federación dos esferas dentro de las cuales se ejercen las funciones estatales; éstas son la federal y la que corresponde a las entidades federativas, mismas que no se delimitan territorialmente, como sucede entre las entidades de la Federación, sino por razón de la materia en relación con la cual se ejercen las funciones, según lo dispone el artículo 124 de la Constitución Federal, al señalar: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados". De este precepto se desprende que en las entidades federativas ejercen jurisdicción por razón de materia, tanto las autoridades federales como las del Estado federado de que se trate, lo que significa que en cada Estado miembro de la Federación se dan dos ámbitos de competencia, el federal y el local. Sin embargo, nuestra organización federal no admite que un mismo territorio esté regido por dos legislaturas locales, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 121, fracciones I y II, de nuestra Ley Fundamental, que dicen: "I.- Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. II.- Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación."

Precedentes: Amparo en revisión 524/96. Patricia Elena Caballero Salazar y otros. 27 de septiembre de 1996. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Roberto Lara Hernández³⁵.

Por tanto, la respuesta a la interrogante planteada al inicio de este inciso se encuentra en el principio de territorialidad, conforme al cual las leyes de una entidad federativa solo pueden obligar a quienes realicen actos jurídicos en su territorio.

La solución sería, desde luego, una Ley Federal de Voluntad Anticipada.

12. Documento de Voluntad Anticipada (living will) en la Unión Americana

En su documentado estudio “*El Living Will (Documento de Voluntad anticipada)*” Ana Isabel Arce Morán³⁶ señala que el *Living Will* o documento de voluntad anticipada, es una declaración que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el

³⁶ Ana Isabel Arce Moran, UNIV. PANAMERICANA-PREP CAMPUS YAOCALLI (1179) por su participación como Autor en el Encuentro de Investigación 2008 con el trabajo “El Living Will (Documento de Voluntad Anticipada)” Universidad Nacional Autónoma de México, Secretaría General, Dirección General de Incorporación y Revalidación de Estudios.

evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un período de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre ya capacitada para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico.

Actualmente, en todos los Estados de la Unión Americana se han dictado disposiciones legales relativas al *living will*, con muy diversas denominaciones y en muy diversos ordenamientos. Prácticamente en todos los casos existen formatos o modelos para dictar un *living will*, así como otros documentos relacionados con éste como: donación de órganos y poderes para el cuidado de la salud.

Así, en los siguientes Estados recibe las siguientes denominaciones y tratamiento:

- Alabama: *Natural Death Act.*
- Alaska: *Health Care Decisions Act.*
- Arizona: *Prehospital Medical Care Directive.*
- Arkansas: *Arkansas Rights of the terminal ill or permanently Unconscious Act.*
- California: *Durable power of attorney for health care.*
- Colorado: *Colorado Medical Treatment decisions act.*
- Connecticut: *Removal of life support systems.*
- Delaware: *Health Care Decisions*

- District of Columbia: *Health Care Decisions*.
- Florida: *Health Care Surrogate*.
- Georgia: *Living will*.
- Hawaii: *Uniform Health Care decisions act*.
- Idaho: *Medical Consent and natural death act*.
- Illinois: *Illinois living will act*.
- Indiana: Formatos para rechazar y para requerir procedimientos para prolongar la vida.
- Iowa: *Life- sustaining procedures act*.
- Kansas: Formato de *living will* que se encuentra en el *Kansas Statuted Annotated*.
- Kentucky: *Kentucky Living will directive act*.
- Louisiana: *Natural Death Act*.
- Maine: *Uniform health care decisions act*.
- Maryland: *Health Care*.
- Massachusetts: no tiene provisiones específicas del *living will*
- Michigan: no tiene provisiones específicas del *living will*.
- Minnesota: *Minnesota living will act*.
- Mississippi: *Uniform Health Care decisions Act*.

- Missouri: *Durable power of attorney for health care act.*
- Montana: *Montana rights of the Terminal ill act.*
- Nebraska: *Rights of the Terminal ill act.*
- Nevada: *Uniform act on rights of the Terminal ill.*
- New Hampshire: *una forma del living will en el New Hampshire revised statutes annotated.*
- New Jersey: *New Jersey advanced directives for health care act.*
- New Mexico: *Uniform Health Care Decisions.*
- New York: *Health care agents and proxies.*
- North Carolina: *Right to natural Death.*
- North Dakota: *Health care decisions.*
- Ohio: *Modified Uniform rights of the terminally ill act.*
- Oklahoma: *Oklahoma right of the terminally ill or persistently unconscious act.*
- Oregon: *el living will es parte del formato para el Health power of attorney.*
- Pennsylvania: *Advanced directive for Health Care act.*
- Rhode Island: *Rights of the terminally ill act.*
- South Carolina: *Death with dignity act.*

- South Dakota: la forma del *living will* esta en el *South Dakota codified law*.
- Tennessee: *Tennessee right to natural death act*.
- Texas: el formato del *living will* esta en el *Vernon 's Texas codes annotated*.
- UTAH: *Personal Choice and living will act*.
- Vermont: la forma del *living will* está incluida en el *Vermont 's statute Annotated*.
- Virginia: el formato del *living will* es parte del *Health care decisión act*.
- Washington: *Natural Death Act*.
- West Virginia: *West Virginia Natural Death Act*.
- Wisconsin: el *Health care power of attorney* está autorizado en la *West Wisconsin statutes annotated*.
- Wyoming: el formato del *living will* está en el *Wyoming statutes annotated*.

Adicionalmente, Arce Moran acota: “No obstante su denominación, los *living wills* tienen un campo limitado. Dos límites sumamente importantes encontramos en lo que puede lograrse a través de ellos. Primero, en la mayoría de los estados (de la Unión Americana) sólo sirven para rechazar cuidados extraordinarios que tiendan a prolongar la existencia (del declarante). Segundo, únicamente son efectivos para rechazar ese cuidado cuando el paciente ha sido declarado en fase

terminal o, en algunos Estados, cuando la muerte está muy cercana; pero no son directrices avanzadas a través de las cuales se permita rehusar el tratamiento (médico en forma general)”.

II. CONCLUSIÓN

A escaso tiempo de su promulgación, la LVADF ha generado diversos comentarios y posiciones en la agenda pública, no solo local, sino también en varias Entidades Federativas.

Al respecto, el Secretario de Salud del Distrito Federal señaló que la dependencia a su cargo está lista para atender un promedio anual de 900 solicitudes de pacientes que soliciten acogerse a esta Ley. El funcionario señaló que para atender esta situación se llevará a cabo un ajuste a fin de contratar al personal que permita atender estos nuevos requerimientos.³⁷ El mismo Secretario, acotó que se recibió la primera solicitud de un paciente terminal para someterse a la Ley de Voluntad Anticipada.³⁸

Consideramos que, aunque incompleta y con algunas imprecisiones, la LVADF es un paso en la dirección correcta para que todo individuo pueda efectuar disposiciones ante su propia incapacidad, por lo que, como Notarios, nos comprometemos no solo con su cabal aplicación, sino a efectuar las contribuciones necesarias para su mejoramiento.

Independientemente de que el RLVADF contiene el formato respectivo, es de destacarse el que ha elaborado el Colegio de Bioética, A.C., previa consulta a diversas agrupaciones: Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Pret, de Barcelona; la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, de Colombia, la Asociación Derecho a Morir Dignamente, de España.³⁹

En diversos foros y documentos, decimos que nos sorprende que en la gran mayoría de los países del mundo, en especial en los herederos directos de la tradición jurídica romana, no se hayan adoptado las medidas concernientes a la instauración de un régimen sobre las disposiciones ante la propia incapacidad. Lamentablemente la legislación civil no satisface la necesidad de una persona capaz para efectuar disposiciones sobre sus bienes y sobre su salud, y otras figuras no ofrecen soluciones de carácter integral³².

Asimismo, la reticencia del ser humano a aceptar los naturales procesos entrópicos y otras eventualidades de la vida; los avances de la ciencia médica que ahora facilitan la predicción de la evolución de la salud de una persona; la elevación de la expectativa de vida, así como factores familiares y estrictamente individuales, han sido causas que han incidido en la escasa evolución en la materia.

³⁷ “Estima GDF atender 900 solicitudes por año de Ley de Voluntad Anticipada”, Diario *La Jornada*, 6 de febrero de 2008.

³⁸ “Solicitan primera muerte digna”, Diario *Reforma*, 22 de febrero de 2008.

³⁹ <http://www.colbio.org.mx/modelo.htm>, consultado el 25 de febrero de 2008.

⁴⁰ García Villegas, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, IIJ-UNAM, México, 2007.

Recientemente, las Comisiones Unidas de Salud; y de Estudios Legislativos del Senado de la República, integraron un proyecto de decreto por el que se reforma y adiciona la Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos, ese proyecto fue enviado el 22 de abril del 2008 a la Cámara de Diputados, que tan solo una semana después, el 29 de abril devolvió el proyecto a los senadores, en los siguientes términos:

Al aprobar la minuta en sus términos, los integrantes de la Comisión de Salud estamos convencidos de que mediante las reformas y adiciones planteadas en la misma, se contribuye a preservar la dignidad de los enfermos que padecen una enfermedad terminal, priorizando en todo momento su voluntad, buscando el alivio del dolor y procurándole el mejor tratamiento posible, razones por las que coincidimos plenamente con el texto de la minuta remitida por el Senado de la República.

Este decreto, por el que se reforma y adiciona la Ley General de Salud, en materia de cuidados paliativos (Federal) no contempla la posibilidad de acudir ante Notario Público, sino que en él señala:

Artículo 166 Bis 4. Toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y

no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento.

Para que sea válida la disposición de voluntad referida en el párrafo anterior, deberá apegarse a lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables.

En otros ámbitos, ya habíamos considerado que hay varias disposiciones que podrían añadirse y modificarse en la LVADF o en *la Ley General de Salud* (LGS) para permitir que cualquier persona tenga derecho a redactar disposiciones anticipadas para especificar el tipo de cuidados que quisiera recibir o no, en caso de que ya no estuviera en aptitud de poder expresar su voluntad por haber incurrido en incapacidad. En virtud de estas disposiciones, **ante notario**, el interesado puede instruir al profesional de la salud que quedará encargado de pronunciarse en su lugar, sobre los cuidados a prodigarle en aquellas situaciones en las que no pueda expresarse por sí mismo.

Las disposiciones anticipadas irían dirigidas al profesional de la salud responsable, y en ellas la persona capaz deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En dichas disposiciones anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte

el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte.

En consecuencia, en el ámbito del Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud podría añadirse un artículo, que en sentido general disponga lo siguiente:

“Artículo 350 ter. Toda persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede efectuar disposiciones **ante notario** en las que instruya a los profesionales de la salud y a quienes hayan de realizar un tratamiento que no se prolongue la vida con mecanismos artificiales extraordinarios o desproporcionados. Dichas disposiciones podrán ser revocadas por el otorgante, en todo momento y sin ninguna formalidad de por medio.”

O bien, en un sentido más amplio, la regulación podría efectuarse de la siguiente manera:

“Artículo 350 ter. Toda persona capaz puede redactar disposiciones ante notario sobre el tipo de cuidados que desea recibir o no en situaciones en las que se encuentre ya en condiciones de no poder expresar su voluntad.”

“Artículo 350 ter. 1. Toda persona puede designar a un representante terapéutico encargado de pronunciarse en

su lugar sobre la elección de los cuidados que desea recibir en las circunstancias descritas en el artículo anterior.”

“Artículo 350 ter. 2. Las disposiciones a que hace referencia el artículo 350 ter. pueden ser modificadas o anuladas en cualquier momento por su autor, sin limitación de forma.”

“Artículo 350 ter. 3. El profesional de la salud debe respetar la voluntad que el paciente expresó en sus disposiciones anticipadas si este último se encuentra en una situación que aquellas prevén. En caso de que el profesional de la salud tenga alguna objeción de conciencia, deberá turnar al paciente y su expediente clínico a algún otro colega que acepte respetar la voluntad del paciente.”

“Artículo 350 ter. 4. Cuando el profesional de la salud considere fundadamente que las disposiciones a que se refiere al artículo 350 ter. no corresponden a la voluntad actual del paciente o que existe un conflicto de interés entre el paciente y su representante terapéutico, debe plantear el asunto ante la autoridad correspondiente.”

“Artículo 350 ter. 5. Si el paciente es incapaz de discernimiento, el profesional de la salud debe corroborar si aquél redactó disposiciones a las que se refiere al artículo 350 ter. o designó un representante terapéutico. En ausencia

de disposiciones o representante terapéutico, el profesional de la salud debe obtener el consentimiento de su representante legal o, en su defecto, solicitar el consentimiento de sus familiares después de haberles proporcionado la información necesaria.”

“Artículo 350 ter. 6. En caso de urgencia o en ausencia de un representante legal, el profesional de la salud debe actuar de conformidad a los intereses objetivos del paciente.”

III. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ANGEL, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

ARCE GARGOLLO, JAVIER, FERNÁNDEZ CUETO BARROS, FRANCISCO, LOZANO MOLINA TOMÁS, PACHECO ESCOBEDO ALBERTO, PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN, et. al., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *Revista de Derecho Notarial*, México, Año XXXIX, Abril de 1998

BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

BERMÚDEZ DOORMAN, SANDRA FLAVIA, *Ciclo vital humano: Ancianidad*, <http://www.monografias.com/trabajos10/civi/civi.shtml>, 13 de julio de 2005.

CALSAMIGLIA, ALBERT, “Sobre la Eutanasia”, *DOXA*, no. 14, España, 1993.

CAPE, RONALD, *Geriatría*, Salvat Eds. Barcelona, 1992.

CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, CNDH, México, 2004.

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Dignidad frente a la barbarie*, Mínima Trotta, Madrid, 1999.

CISNEROS FARÍAS, GERMÁN, *La voluntad en el negocio jurídico*, Trillas, México, 2001.

COHN, HAIM H., “On the meaning of human dignity”, *Israel Yearbook of Human Rights*, no. 13, 1983, p. 226.

DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, UTEHA, México, 1946.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, España, 1995.

ESQUIVEL, JAVIER, *Racionalidad Jurídica, Moral y Política*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, ITAM, México, 1996.

FERNÁNDEZ GARCÍA, EUZEBIO, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 39, 1993.

FERRI, LUIGI, *La autonomía privada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

FRANKL, VIKTOR E., *El hombre en busca de sentido*, Herder, España, 1979.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1989.

GARCÍA VILLEGAS, EDUARDO, *La tutela de la propia incapacidad*, IIJ-UNAM, México, 2007.

—, “A propósito de las recientes reformas en materia de tutela cautelar y de la iniciativa sobre la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo”, *Revista Mexicana de Derecho*, no. 9, Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2007.

GARZA GARZA, RAÚL, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, Trillas, México, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Problemas de la eutanasia”, *Revista Sistema*, no. 106, España, enero de 1992.

GÓMEZ DE SILVA, GUIDO, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

GÓMEZ PIN, VÍCTOR, *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, Paidós, España, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

HERVADA, JAVIER, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, Humana Iura, Suplemento de derechos humanos, 1-1991, España.

HOERSTER, NORBERT, “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, *En defensa del positivismo jurídico*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992.

ISAACS, B., *The challenge of Geriatric Medicine*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

JUANATEY, CARMEN, *El derecho y la muerte voluntaria*, Fontamara, México, 2004.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Libertad de amar y derecho a morir*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1984.

KEVORKIAN, JACK, *Eutanasia*, Grijalbo, Barcelona, 1993.

KRAUS, ARNOLDO, *Voluntades anticipadas*, Diario La Jornada, México, 12 de diciembre de 2007.

KUMMEROV, PERT, *Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955

MARCOS DEL CANO, ANA MARÍA, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Voluntad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, Porrúa, 2004.

MARTÍNEZ PINEDA, ÁNGEL, *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, Porrúa, México, 2000,

MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ J., *Dignidad del hombre ante la muerte*, Suplemento Humana Iura de derechos humanos, España, 1994.

OSPINA, FERNÁNDEZ, GUILLERMO, y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis; Bogotá, 1987.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, “El llamado Testamento Biológico (*Living Will*)”, *Revista de Derecho Notarial*, México, Año XXXIX, Abril de 1998.

PÉREZ VALERA, VÍCTOR, *Eutanasia. ¿Piedad? ¿Delito?*, Editorial Jus, México, 1989.

RAMONEDA, JOSEP, *Después de la pasión política*, Taurus, España, 1999.

RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1995.

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *VIII Jornada Notarial Iberoamericana, ponencias presentadas por el Notariado Español*, Colegio de Notarios de España, Madrid, 1998.

SERNA, PEDRO, “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y derecho*, no. 41, 1999.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Eutanasia y vida dependiente*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2001.

SGRECCIA, ELIO, *Manual de bioética*, Diana, México, 1996.

STATE OF OREGON. DEPARTMENT OF HUMAN SERVICES. Office of Disease Prevention and Epidemiology, *Ninth Annual Report on Oregon's Death with Dignity Act*, March, 2007.

TERRIS, MILTON, “The epidemiologic tradition”, *Public Health Reports*, New York, 1979.

UNAMUNO, MIGUEL DE, *La dignidad humana*, Espasa-Calpe, Argentina, 1945.

———, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, UNAM, México, 2002.

VALADÉS, DIEGO, *Eutanasia: primer paso*, Diario El Universal, México, 17 de enero de 2008.

VON MÜNCH, INGO, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho constitucional*, año 2, no. 5, mayo-agosto, 1982.

WATSON, WILLIAM, “The Death of George V”, *History Today*, no. 36, London, december, 1986.

WILBER, KEN, *Breve Historia de Todas las Cosas*, Kairós, Barcelona, 1998.

**LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y LA
TESTAMENTIFACTIO ACTIVA:**

**Una visión desde la Convención sobre los derechos de las
personas con discapacidad¹**

Pedro Luis LANDESTOY MÉNDEZ²

RESUMEN

La “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” ha planteado un cambio radical en las concepciones que, hasta su promulgación, se habían manejado en materia de discapacidad y capacidad jurídica. Dentro del amplio espectro de ambas categorías

¹ Trabajo presentado durante el 4º año de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana Cuba.

² Alumno de 5º año de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana Cuba

esta investigación se enfoca en la discapacidad intelectual y la capacidad para testar. Su problemática gira en torno a la relación entre la capacidad natural que corresponde a la plena capacidad jurídica y la que corresponde a la *testamentifactio* activa. Así, se valorará la posibilidad de que la persona con discapacidad intelectual pueda otorgar testamento válido y el papel del notario como el apoyo convencional de ese derecho.

PALABRAS CLAVES

Discapacidad intelectual – *testamentifactio* activa – capacidad jurídica – Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

ABSTRACT

The “Convention on the Rights of Persons with Disabilities” has put forward a radical change in concepts which, until its promulgation, had operated with regards to disability and legal competency. Within the wide spectrum of both categories, this international legal instrument focuses on intellectual disability and the legal competency to make a will. Its issues centre on the relationship between natural capacity which corresponds to full legal competency and which relates to the process of making a will active testamentifacio. Thus, the possibility that the person with intellectual disabilities can make a valid will and the role of the Notary as the conventional form of support to this right, will be assessed.

KEY WORDS

Intellectual disabilities – active *testamentifacio* – legal capacity – Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO: PREFACIO. I. LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL. II. CAPACIDAD JURÍDICA Y *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA. III. DISCAPACIDAD INTELECTUAL, CAPACIDAD JURÍDICA Y *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA. III.1. Papel del notario ante la *testamentifactio* activa de la persona con discapacidad intelectual. III.2 La *testamentifactio* activa de la persona con discapacidad intelectual y los vicios de la voluntad. IV. EPÍLOGO. V. BIBLIOGRAFÍA.

PREFACIO

Tradicionalmente las legislaciones han asociado el concepto de discapacidad con el de incapacidad jurídica. Las mal llamadas enfermedades que privaban o limitaban el normal desenvolvimiento de las personas en la sociedad han sido consideradas como causas históricas de incapacitación, prevaleciendo indistintamente las mentales (Derecho romano) o las físicas (Derecho germano)³.

Sin embargo en los últimos tiempos estas concepciones han ido evolucionando de forma que la persona con discapacidad va teniendo un reconocimiento cada vez mayor de su capacidad. En esta línea ha resultado paradigmática la reciente “**Convención sobre los derechos**

³ *Apud* CLEMENTE DÍAZ, Tirso: *Derecho Civil Parte General. Tomo I. Primera Parte*, editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989. pp. 330-334

de las personas con discapacidad⁴, instrumento internacional ratificado por nuestro país en el cual se intenta redefinir todos los conceptos manejados hasta ahora en materia de discapacidad. A partir de su promulgación la doctrina jurídica ha tratado de adaptar o reinterpretar, desde su contenido, aquellas instituciones que se veían como tambaleantes ante el novedoso enfoque que propone la Convención, con especial énfasis en lo referente a la capacidad jurídica⁵. Empero, en esa tarea se han cometido, a mi entender, graves deficiencias sobretodo en materia de discapacidad intelectual, tal vez la menos comprendida a la luz de dicho instrumento internacional.

Así, se hace urgente un estudio de la discapacidad intelectual, no como una variante más del fenómeno de la discapacidad, sino como un mundo harto complejo, que en si mismo no es homogéneo. De esta forma, una interpretación de la Convención para este tipo de discapacidad debe abandonar las generalizaciones propias de este instrumento y adaptarse a la realidad tan diferente que comporta la discapacidad intelectual.

De todo este no pacífico tema de la capacidad jurídica y la discapacidad intelectual, esta investigación se enfoca en la *testamentifacio* activa. Tema que considero relevante en cuanto a los postulados

⁴ Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas. Desde ahora me referiré a este instrumento jurídico internacional como **la Convención**.

⁵ El artículo 12 de la Convención, que establece en su apartado 2 que: “(...) *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida?*”.

convencionales por las características especiales que presenta esta modalidad de la capacidad jurídica.

La *testamentifacio* activa ha estado tradicionalmente más ligada a la capacidad natural de la persona que a su capacidad jurídica reconocida, pero si bien este argumento ha sido esbozado en múltiples ocasiones para defender el derecho a testar de minusválidos y personas con discapacidad mental, en materia de discapacidad intelectual este argumento puede ser un arma de doble filo.

La ausencia de, lo que la legislación y la doctrina han dado en llamar, intervalos lúcidos, la disminuida autonomía de la voluntad y la ignorancia en temas negociales básicos, sitúan a la persona con discapacidad intelectual en una situación compleja que nos lanza la interrogante de si se le puede reconocer la capacidad de testar a estas personas y, de ser así, qué directrices deberá seguir esta institución para adecuarse a las circunstancias fácticas que presenta la patología en cuestión.

I. LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL

La discapacidad intelectual es definida por LUCKASSON como: “una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y la conducta adaptativa tal como se ha manifestado en habilidades prácticas, sociales y conceptuales. Esta

discapacidad comienza antes de los 18 años.”⁶ Por su parte, en nuestros predios, PÉREZ GONZÁLEZ la ha definido como “(...)Trastorno Orgánico Crónico, pues una vez concluido el desarrollo es irreversible, solo que tiene algunas especificidades, en especial que se trata de un déficit global de la personalidad, sobre todo de la inteligencia, causado no por un deterioro, sino por no desarrollo de la misma.”⁷

En estas directrices el concepto de discapacidad intelectual amplia su definición, abarcando no solamente limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual, sino además en la conducta adaptativa, abriéndose con esta nueva definición cinco dimensiones del concepto, a saber:

1. Las capacidades más estrictamente intelectuales.
2. La conducta adaptativa, tanto en el campo intelectual como en el ámbito social o en las habilidades de la vida diaria.
3. La participación, las interacciones con los demás y los papeles sociales que la persona desempeña.
4. La salud en su más amplia expresión, física y mental.

⁶ LUCKASSON, R. *et al*, “Mental Retardation. Definition, classification and systems of supports (10th ed.). Washington, DC: American Association on Mental Retardation”. [Traducción al castellano de M.A. Verdugo y C. Jenaro (en prensa). Madrid: Alianza Editorial]. *Cit. pos.* VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel: “Análisis de la definición de discapacidad intelectual”, artículo digital disponible en http://www.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/AAMR_2002.pdf, consultado el 4 de enero de 2009.

⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto: *Sección de Psiquiatría Forense, Texto de Estudiantes de Derecho*. Versión digital

5. El contexto ambiental y cultural en el que la persona se encuentra incluida.

II. CAPACIDAD JURÍDICA Y *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA

La capacidad jurídica es la categoría identificada como la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones⁸ que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas. Esta categoría referida en el párrafo anterior se desdobra en *capacidad de derecho o de goce* y *capacidad de hecho o de obrar*. La primera solamente se refiere a la tenencia y disfrute de los derechos y por lo tanto es universal, inherente y uniforme, porque todas las personas la ostentan en igualdad de condiciones. Mientras que la segunda constituye un concepto más restringido y consiste en la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, dicho de otra forma es la posibilidad de que un sujeto influya en su propia situación jurídica, dirigida bien a crear actos jurídicos, a extinguirlos o a modificar aquellos de que era ya titular.

Es de destacar el papel primordial que juega en la capacidad de obrar la autonomía de la voluntad, ya que una relación jurídica es

⁸ *Vid:* DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, editorial Tecnos, Madrid, 2005. p. 214.

causada fundamentalmente⁹ por la manifestación de voluntad de los sujetos que intervienen en ella, de ahí el principio: *voluntas in mente retentat voluntas non est*.

DE CASTRO Y BRAVO define a esta institución bajo la rubrica de autonomía privada como “el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen.”¹⁰

De este concepto se deduce que la autonomía de la voluntad se refiere a la aptitud que tienen las personas para autogobernarse, libres tanto de influencias externas que los controlen como de limitaciones personales que les impidan hacer una verdadera opción, como podría ser una comprensión inadecuada del objeto o las circunstancias de la elección. El individuo autónomo obra libremente en conformidad con un plan de acción que él mismo ha elegido. Por otra parte, las acciones de una persona cuya autonomía está disminuida están controladas, al menos en parte, por otras personas y es incapaz, por las razones que sean, de deliberar o de actuar en conformidad con sus deseos y planes.

⁹ Si bien existen causas que obvian la voluntad de los sujetos como los acontecimientos naturales, el enriquecimiento indebido, etc. La mayoría de las relaciones jurídicas establecidas si tienen implícito el elemento volitivo, ya sea directamente (acto y negocio jurídico) o indirectamente (acto ilícito).

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985. p. 11

Prácticamente todas las teorías sobre la autonomía de la voluntad admiten que existen al menos dos condiciones esenciales para que las acciones de una persona sean autónomas: la libertad externa, es decir, el agente debe estar libre de influencias externas que lo controlen, y la libertad interna, es decir, el sujeto debe tener la capacidad para obrar intencionalmente. Según AGUIAR¹¹ los elementos internos de la voluntad son el discernimiento, la intención y la libertad, y se requieren conjuntamente en la ejecución del acto para que este sea reputado voluntario e imputable.

Contrariamente, la incapacidad es entendida, como la definiría GETE ALONSO Y CALERA: “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona (...) Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en especial a los principios de igualdad y al de libertad”.¹² Pero, en el mundo jurídico la capacidad de obrar constituye una presunción *iuris tantum*, es decir se presume plenamente capaz a toda persona siempre que no haya sido declarada incapaz por un tribunal. Prevención muy pertinente, pues a decir de ALBALADEJO: “(...) es garantía de que nadie sea privado de capacidad si no corresponde legalmente.”¹³

¹¹ Vid. AGUIAR, Henoch: *La Voluntad Jurídica*, Buenos Aires, 1924. p. 51.

¹² GETE ALONSO, María del Carmen, *Manual de Derecho Civil*, dirigido por Luis Puig I Ferriol, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 155 y ss. *Cit. pos.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, editorial La Ley, Madrid, 2006. p. 306.

¹³ ALBALADEJO, M: *op. cit.* p. 265

Así, la incapacidad y la capacidad restringida son estados jurídico-legales de la persona física que se declaran judicialmente cuando concurren en ella algunas de las causas establecidas por la Ley, específicamente en los artículos 30 y 31 del Código Civil.

Por su parte, la *testamentifactio* activa supone la capacidad especial que debe tener la persona natural para realizar válidamente el negocio jurídico testamentario. Como tal, deriva de la capacidad de obrar, que ya se definió, pero la problemática central de esta investigación obliga a cuestionarse si se requieren los mismos presupuestos para ambas.

Una primera respuesta, casi automática, respondería afirmativamente. En definitiva si la capacidad de obrar es un requisito *sine qua non* para la validez de los actos jurídicos¹⁴ y el testamento es un acto jurídico negocial¹⁵, la lógica aristotélica nos completa el silogismo: la *testamentifactio* activa equivale a la capacidad de obrar.

Sin embargo, como ya se analizaba la capacidad de obrar es un estado estrictamente jurídico – legal que puede o no corresponder a la realidad fáctica de la persona. Así, si bien la autonomía de la voluntad, la libertad y el discernimiento son la base para la realización efectiva de actos jurídicos, la presunción *pro capacitate* y el carácter constitutivo de la declaración judicial de incapacidad permiten que una persona que

¹⁴ Cfr. Art. 67- b en relación con el art. 29.1 todos del Código Civil

¹⁵ *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F.: *op. cit. Passim*, PÉREZ GALLARDO, L.: “El acto jurídico testamentario”, en *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2006. p.208; VALDÉS DÍAS, C.: “Causas de las relaciones jurídicas civiles”, en *Derecho Civil. Parte General*, editorial Félix Varela, La Habana, 2006. p. 218

carezca de las categorías anteriores sea plenamente capaz y que un declarado incapaz las posea, al menos temporalmente.

Por su parte, para la realización del acto jurídico testamentario se aprecia más la capacidad natural, entendida ésta como “condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente”¹⁶, que la capacidad legal reconocida, lo que enfoca su existencia en la realidad psíquica de la persona y no en una presunción.

En este sentido se afirma que la capacidad que se debe apreciar es la que el testador tuviese en el momento de testar¹⁷, lo que explica que personas que no están declaradas incapaces no puedan testar, por carecer de la capacidad natural equivalente a ese estado, y que personas incapacitadas y con capacidad restringida puedan testar durante los intervalos lúcidos¹⁸.

De esta manera lo trascendente para la *testamentifactio* activa no es la capacidad legal sino la capacidad natural que se aprecia al momento de testar. Empero, si esta postura es generalmente aceptada,

¹⁶ ALBALADEJO, M.: *op. cit.* p. 231.

¹⁷ Artículo 484.3. del Código Civil: “El notario se cerciora de que el testador tiene la capacidad legal para otorgar testamento, y lo hace constar. En caso de duda, puede exigir dictamen pericial sobre la capacidad del otorgante.”

¹⁸ En contradicción, nuestro Código Civil no recoge precepto alguno sobre los intervalos lúcidos ni sobre la capacidad para testar, remitiendo a las normas de la capacidad de obrar. A partir de este hecho la doctrina patria ha expuesto que a la luz del ordenamiento jurídico vigente las personas declaradas judicialmente incapaces o con capacidad restringida no pueden testar, ni siquiera en estos intervalos lúcidos (*Vid.* PÉREZ GALLARDO, L: *El acto...op. cit.* p. 232). Sin embargo creo que el juicio notarial de capacidad, recogido en el citado artículo 484.3, abre una puerta al reconocimiento de la capacidad natural en sede testamentaria, lo que debería ser analizado por los jueces antes de declarar la nulidad solamente por una presunción de incapacidad.

la que me propongo demostrar no lo es tanto, pues para la solución efectiva de nuestra problemática lo que debe cuestionarse es si la capacidad natural que se debe exigir para la realización válida del acto testamentario puede ser inferior a la exigida para otros actos jurídicos.

Es así que, si bien la mayoría de las legislaciones coinciden en afirmar que la capacidad para testar puede ser diferente de la plena capacidad, tienen sus recelos para afirmar la no equivalencia de la primera con la capacidad natural que sirve de base para la segunda.

En Roma, baluarte del Derecho Civil, la capacidad de obrar no coincidía con la *testamentifactio* activa. Según DIHIGO, la capacidad de hecho se alcanzaba a los 25 años¹⁹, ésta capacidad permitía realizar toda clase de actos jurídicos, siempre y cuando tuvieran el *caput* o capacidad legal, al reunir los tres *status*. Por su parte el mismo autor señala que la *testamentifactio* activa se alcanzaba con la pubertad²⁰, edad que Justiniano fijó a los 14 años para los hombres y 12 para la nubilidad de la mujer.

En el Derecho histórico español esta diferencia también estaba presente. El Fuero Juzgo²¹ iba más allá incluso que los romanos, permitiendo que testaran los pupilos de 10 años en caso de enfermedad,

¹⁹ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto: *Derecho Romano*, Tomo I Parte 2, editorial Félix Varela, La Habana, 2006. p. 84

²⁰ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E.: *op. cit.*, Tomo II Parte 2. p. 296

²¹ Ley 10, Título 5, Libro 2

aunque posteriormente en Las Partidas²² retomaron la edad establecida por los romanos.

En la actualidad casi todas las legislaciones admiten un límite de edad menor para testar que el exigido para el otorgamiento de la capacidad en general. Establecen el límite de 16 años, los códigos alemán (§ 2229), mexicano (art. 1306), brasileño (art. 1627, inc. 1º), venezolano (art. 837, inc. 1º), francés (art. 904), aunque en este último sólo puede disponer de la mitad de sus bienes mientras no haya llegado a la mayoría de edad; lo fija en 14 años el Código español, cualquiera sea el sexo (art. 663, inc. 1º); en 14 años para los varones y 12 para las mujeres el uruguayo (art. 831, inc. 1º). En los Códigos chileno (art. 1005, inc. 1º) y colombiano (art. 1060, inc. 1º) se establece la edad de la pubertad²³.

¿Qué se puede inferir de esto? La edad no se fija por mero capricho sino que representa una capacidad natural general que progresivamente, debido al desarrollo orgánico y a la experiencia, se va desarrollando. Al respecto ENNECERUS²⁴ precisa: “El pensamiento, la

²² Partida Sexta, Título 1, Ley 13: *Otrosí decimos que el mozo que es menor de catorce años y la moza que es menor de doce, aunque no estén en poder de su padre ni de su abuelo, no pueden hacer testamento; y esto es porque los que son de esta edad no tienen entendimiento cumplido.*

²³ SÁNCHEZ BERGARA añade, a modo ilustrativo, a los códigos civiles de Bolivia, Honduras, Perú, Nicaragua, Puerto Rico, Québec, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Turquía y Marruecos. *Vid.* SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifictio activa*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005. p. 23.

²⁴ ENNECERUS, Ludwig, Theodor KIP y Martin WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo 1-Parte General, Volumen 1, editorial Bosh, Barcelona, 1947. p. 364

conciencia del deber y de la responsabilidad de los propios actos son en el hombre el resultado de un desarrollo gradual.”

Empero, si bien los códigos civiles han adoptado una postura diferenciante de la capacidad de obrar y la *testamentifactio* activa en relación a la edad, en el tema de la capacidad natural no han transigido mucho. Las legislaciones generalmente exigen una capacidad natural equivalente a la de la persona con plena capacidad de obrar; si bien no utilizan el término “autonomía de la voluntad”, base conceptual para la plena capacidad, utilizan términos como el de “cabal juicio”²⁵, “lucidez mental y libertad”²⁶ o “perfecta razón”²⁷, entre otros; los cuales son interpretados, salvo excepciones²⁸, como la capacidad intelectual corriente del hombre normal, conceptualizando a este como la persona con plena capacidad de obrar²⁹.

A mi juicio esta postura legislativa constituye una contradicción, pues la misma norma esta fijando una capacidad para testar inferior a la general en relación con el menor de edad y una equivalente para la

²⁵ Artículo 663 del Código Civil español: “Están incapacitados para testar: (...) 2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

²⁶ Artículo 687 del Código Civil peruano: “Son incapaces para otorgar testamento: (...) 3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.”

²⁷ Artículo 3615 del Código Civil argentino: “Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces.”

²⁸ DIEZ-PICAZO y GULLÓN sustentan como doctrina jurisprudencial que la expresión cabal juicio “no hay que entenderla como sinónimo de absoluta integridad, sino de que concurren en la persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de actitud mental” DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *op. cit.* Volumen IV p. 324

²⁹ La presunción *pro capacitate* hace que el hombre “normal” equivalga a la plena capacidad de obrar

persona con discapacidad. Si la legislación entiende que la edad requerida puede ser inferior a la de la capacidad general es porque entiende que la capacidad natural que debe exigirse para el testamento puede ser inferior a la de los demás actos jurídicos, incluso algunos autores contrarios a esta postura reconocen la incoherencia de la legislación, criticando a la ley argentina LAFAILLE³⁰ comenta: “Si los actos jurídicos en general exigen la madurez de juicio que se atribuye a los veintidós años, no se explica como el legislador puede admitir que para disponer de los bienes y gobernar el patrimonio después de la muerte, sean suficientes el discernimiento y la voluntad propia de una etapa en que todavía no se considera al sujeto capaz para disponer de ellos en vida. Parecería que los actos de esta índole exigieran menos reflexión que los otros, punto de vista que no es exacto”.

Creo que para ser consecuente, la interpretación que se le debe dar a los términos legales referentes a la capacidad natural exigida para testar debe adecuarse a parámetros menos estrictos que los de la plena capacidad.

Una opinión en extremo contraria sostiene parte de la doctrina argentina, al respecto FERRER³¹ dice que algunos autores nacionales³² y tribunales del país sostienen que para testar se necesita un criterio menos equívoco, una razón más clara y una voluntad más firme que

³⁰ *Cit. pos.* FERRER, Francisco: *Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones*, editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C, Santa Fe, 1979, p. 423.

³¹ *Vid.* FERRER, Francisco: “Comentario del art. 3616”, en *Código Civil Comentado-Sucesiones*, Tomo II, editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2003. p. 223.

³² Al respecto cita a LLERENA, BORDA, FORNIELES, SPOTA, FASSI, PÉREZ LASALA y MEDINA.

para obligarse en un contrato. Estos autores opinan que una disminución del juicio que no obstaría a la validez de una compraventa, puede obstar a la validez del testamento³³. Y sostienen que el juez, por lo tanto, puede moverse dentro de un terreno más amplio, declarando incapaces a una serie de anormales, que sin ser propiamente alienados, no poseen una lucidez completa, como los débiles de espíritu, los seniles simples, y, en general, los que se mantienen en una zona intermedia³⁴.

Estos criterios extremos no son muy generalizados ni aceptados, debido tal vez a que no encuentran respaldo en ninguna legislación, y que constituyen posturas no muy atinadas al movimiento actual de defensa de los derechos de las personas con discapacidad que desemboca en la Convención. Además resulta notable que sea la doctrina argentina la que más defienda esta postura a ultranza cuando el artículo 475 de su Código Civil³⁵ dispone que las leyes sobre la minoridad son aplicables supletoriamente a las disposiciones sobre la incapacidad de los mayores, y el propio código disponía de una edad inferior para testar hasta la promulgación de la ley 26.579³⁶.

Una postura intermedia es sostenida por el propio autor argentino citado, para él “no hay fundamento bastante para admitir una

³³ FASSI, *cit. pos. Ibidem*

³⁴ FORNIELES y BORDA, *cit. pos. Ibidem*

³⁵ Artículo 475: “*Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes (...)*”

³⁶ Publicada en el Boletín Oficial el 21 de diciembre de 2009 por la cual se equiparó a 18 años de edad para testar y la capacidad general

dualidad de criterio sobre el discernimiento del sujeto según que éste celebre actos entre vivos o actos de última voluntad. La salud de espíritu es condición esencial de validez y eficacia del consentimiento en todos los actos jurídicos.”³⁷

Esta postura es la sostenida por la doctrina mayoritaria en nuestros predios, avalada por demás en el Código civil, que al no regular nada concerniente a la *testamentifactio* activa, remite a las normas relativas a la capacidad de obrar haciendo una equivalencia entre ambas³⁸. Al respecto PÉREZ GALLARDO³⁹ afirma refiriéndose a la capacidad restringida del artículo 30 que “al suponer estos casos una restricción al ejercicio de los derechos, estoy seguro que uno de éstos será el de testar, por las solemnidades que la ley suele exigir en este orden, acto para el que se requiere la plena capacidad del sujeto, por disponerse en él, en su generalidad, de todo el patrimonio del cual se es titular”.

Creo que estas posturas carecen de fundamento objetivo, la capacidad natural exigida para la *testamentifactio* activa debe ser más flexible y abarcadora que la exigida para la capacidad de obrar en sentido estricto. Y creo que la justificación principal está precisamente en los efectos del acto jurídico testamentario.

³⁷ FERRER, F: *op. y loc. cit.*

³⁸ Postura heredada del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, quien reconocía en dieciocho años la capacidad general de todo individuo para los actos jurídicos de cualquier índole que sean (art. 7).

³⁹ PÉREZ GALLARDO, L.: El acto jurídico... *op. cit.* p.228

Este criterio puede parecer incoherente, pues el testamento implica la transmisión de todo el patrimonio del que lo otorga y sin contraprestación alguna. Empero, esa disposición que se hace de todo el patrimonio nunca podrá perjudicar al testador, pues sus efectos sólo se producirán una vez que fallezca: *hereditas viventis non datur*.

Esta ausencia de perjuicios para el otorgante permite que la capacidad natural para testar no sea tan rigurosa como la capacidad de obrar general. Así, si resulta conveniente que para tener plena disposición sobre la propiedad, contratar, o dar un consentimiento informado sea necesaria una autonomía de la voluntad y un conocimiento al menos general del tráfico negocial o del acto en cuestión; para testar no creo que haga falta conocimiento del valor de sus bienes, ni del caudal que posee sino que lo único trascendente es tener conciencia del grado de sus afectos familiares y relacionales.

La lógica aconseja que se exija más capacidad cuantos más sacrificios o riesgos envuelve el acto jurídico para el otorgante. Los negocios que responden a la causa *credendi* o *solvendi* demandan conocimientos básicos de mercado, pues la contraprestación puede afectar su solvencia económica, requieren por lo tanto la plena capacidad. Para el donante la capacidad exigida también debe ser la plena, incluso aquí cabría analizar las posturas extremas de la doctrina argentina, analizadas *ut supra*, en atención a que el donante sufre un sacrificio patrimonial a cambio de nada. El que otorga un consentimiento informado está permitiendo una invasión en su persona

que puede acarrear grandes riesgos para su salud, e incluso su vida. Pero al testar, ni el patrimonio, ni la persona del testador va a sufrir menoscabo ni detrimento, no va a verse comprometido ni afectado, como sí ocurre en los demás actos jurídicos analizados.

En contra de este argumento podría decirse que, si bien el acto en cuestión no crea perjuicios para el testador, sí puede ocasionarlos para sus familiares o las personas más cercanas a este.

En este supuesto cabe decir que los familiares que objetivamente necesitan de la sucesión, a los cuales les podría causar su omisión graves perjuicios, están protegidos por las normas de la legítima, en nuestro ordenamiento “herederos especialmente protegidos”⁴⁰, las cuales, producto de su naturaleza de normas de *ius cogens*, son inviolables.

A la luz de esta institución, o bien la ley concede al legitimario una protección directa y positiva en forma de delación legal, la llamada legítima de atribución legal forzosa; o, como ocurre en nuestra legislación, constituyen una *pars debita* que el causante debe atribuir a los legitimarios cuyo incumplimiento viene sancionado con una serie de efectos protectores para los legitimarios, generalmente la nulidad de la institución de heredero, llamada legítima de reglamentación negativa o de freno.

⁴⁰ Artículo 492.1. del Código Civil: “La libertad para testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos”.

Así, si los intereses de los herederos que necesiten realmente de amparo legal⁴¹ serán garantizados por las normas de la legítima, la *testamentifacio* activa puede perfectamente flexibilizarse en relación con la capacidad de obrar.

En cuanto a la relación de la *testamentifacio* activa con la capacidad restringida del artículo 30⁴², creo que debería replantearse la interpretación del precepto. De una exégesis *ad litteram* se deduce que en este estado se restringen los actos jurídicos que se pueden realizar válidamente y que se tiene plena capacidad para realizar los destinados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria. Esto no significa que los únicos actos que puede realizar válidamente la persona con capacidad restringida sean los vitales, pues restringir no significa abolir, por lo que la capacidad para realizar los demás actos jurídicos se limita pero no se extingue.

Así, de *lege data*, no existe argumento para impedir que las personas con capacidad restringida puedan testar, esta restricción debería ser expresamente expuesta en el instrumento judicial que declare dicho estado⁴³ y, aún si este instrumento judicial negare esta

⁴¹ Muy a tono con las características que la legislación cubana da a esta institución, a saber: la dependencia económica y la inaptitud para trabajar (art. 493.1 del Código Civil)

⁴² Artículo 30. del Código Civil: “*Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:*

a) los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo;
b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y
c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.”

⁴³ El propio PÉREZ GALLARDO sostiene como una de las características de la institución que: “La validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con

posibilidad, la doctrina de los intervalos lúcidos permitiría que estas personas otorgasen testamento válido, pues lo que importa es la capacidad natural real que tenga el testador a la hora de realizar el negocio.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento la capacidad restringida puede decirse que es una figura virtual, pues, si bien el artículo 30 de nuestro Código Civil la prevé, está resulta una norma vacía en cuanto el ordenamiento jurídico no regula ni la forma de proceder adjetivamente ni su institución de guarda. Por esta razón su uso está muy limitado, por no decir que es inexistente.

Pero la esencia de la tesis que sostengo no es entrar la capacidad de testar dentro de la capacidad restringida, pues el punto neurálgico de la problemática está en la capacidad natural y no en la de obrar. Así, lo que propongo es que la capacidad natural exigida para el acto jurídico testamentario sea menos rigurosa que la exigida para los demás actos jurídicos.

Es prudente decir que lo expresado hasta ahora en relación a la capacidad para testar es en relación al testamento notarial, en donde el fedatario público asesora al otorgante y puede verificar la autenticidad de su voluntad⁴⁴.

el debido complemento a la capacidad.” *Vid.* PÉREZ GALLARDO, I: “La protección legal... *op. cit.* p. 310.

⁴⁴ *Vid infra.* Epígrafe III.1.

En ese sentido creo que para el testamento ológrafo debería exigirse la plena capacidad, pues al ser un documento absolutamente privado en cuya confección sólo interviene el testador, no existe garantía de la inexistencia de presiones externas, que serían más difíciles en un testamento público.

Mientras que en el testamento consular y los testamentos especiales, el funcionario autorizante, al carecer de conocimientos técnicos de Derecho, puede ser un poco torpe en manejar la situación de un otorgante que requiere una asesoría especial y un trato pormenorizado.

III. DISCAPACIDAD INTELECTUAL, CAPACIDAD JURÍDICA Y *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA

Si bien los estudios médico-psicológicos de la discapacidad intelectual determinan una ausencia natural de cualidades propias de las personas y necesarias para el desarrollo independiente de sus actividades vitales y para la conformación de una voluntad autónoma esto no conduce *in continenti* a la gradación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

La discapacidad intelectual es una situación fáctica: nos encontramos con una persona que, en principio, con arreglo a Derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad. Y, sin embargo,

adolesce de una serie de deficiencias que le impiden gobernarse de manera adecuada. La incapacitación, por su parte aparece cuando se declara judicialmente ese estado.

Empero, según citado el artículo 12.2 de la Convención, los Estados Partes están comprometidos a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Este precepto, ha sido nuevamente interpretado por la doctrina de forma generalizadora y por ende insatisfactoria. Se ha dicho que, conforme al artículo, a las personas con discapacidad se les debe conservar la plena capacidad de obrar sin restricciones de ningún tipo⁴⁵, solamente cimentadas en *apoyos* que guíen pero nunca suplanten, lo cual resulta una medida justísima para las personas con discapacidad física o sensorial, e incluso para muchos con discapacidad mental, pero no creo que sea así para las personas con discapacidad intelectual.

Haciendo un paralelo entre las clasificaciones de la discapacidad intelectual de acuerdo con la profundidad del defecto y los citados artículos 30 y 31 del Código Civil, advertimos que si tomamos en consideración la clasificación a partir del test "Terman-Merrill"⁴⁶ la

⁴⁵ *Vid.* Ponencias presentadas en el encuentro internacional "La protección jurídica de las personas con discapacidad. La Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad", La Habana, 2010.

⁴⁶ **Clasificación clásica, sobre la base del test de inteligencia "Terman-Merrill":**

- Idiotas: C.I. inferior a 20 (No sobrepasan la edad mental de 3 años).
- Imbéciles: C.I. entre 21 y 50 (Edad mental entre 3 y 7 años).

discapacidad menos profunda llega a un desarrollo mental inferior al de un niño de 10 años, edad que sitúa el artículo 30 como base para iniciar la capacidad restringida. Por su parte la clasificación ofrecida por la C.I.E.⁴⁷ si bien incluye la categoría de los *fronterizos* que superarían esta edad, estos nunca llegarían a la edad mental de 18 años. Por lo que queda claro que la persona con discapacidad intelectual carece naturalmente de plena capacidad aunque jurídicamente no sea así.

Argumentum a contrario sostiene PÉREZ GONZÁLEZ⁴⁸, quien rebate lo anteriormente expuesto sobre la base de que “solo los niveles severo y profundo tienen tal nivel de defecto mental que resultan (...) incapacitados en lo civil. (...) El nivel ligero es apto y capaz para todo a los fines judiciales; de hecho ellos pueden en ese nivel alcanzar nivel escolar de secundaria y tener hasta empleos semicalificados no complejos, en la línea de oficios y empleos manuales y similares.” Sin embargo no comparto esa opinión, pues según el mismo autor “(...) el subnormal coeficiente intelectual de un Retrasado Mental siempre se ubicará en «edades mentales» inferiores a los 15 años”, esto refrenda la analogía hecha en el párrafo anterior. Si bien, como expresa el autor el nivel ligero puede alcanzar dicho grado de escolaridad y tener aptitud

-
- Débiles mentales: C.I. entre 51 y 70 (No sobrepasa la edad mental de 10 años).

⁴⁷ **Clasificación Internacional de enfermedades (C.I.E.) utilizada en algunas unidades del Ministerio de Salud Pública de Cuba:**

- Profundo: C.I. menor a 20.
- Severo: C.I. entre 21 y 35.
- Moderado: C.I. entre 36 y 51.
- Ligero: C.I. entre 52 y 67.
- Fronterizo: C.I. entre 68 y 85.

⁴⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto: *op. cit.*

laboral, las personas naturales comprendidas en el artículo 30 del Código Civil también pueden hacerlo y por eso no tienen reconocida la plena capacidad de obrar.

Empero lo anteriormente expuesto puede ser tomado como un razonamiento fútil y totalmente descartable, en principio porque las ciencias sociales no trabajan con axiomas matemáticos absolutos y en segundo lugar porque la “edad mental” generalmente no se corresponde con la personalidad real de la persona con discapacidad intelectual, ésta como ser que interacciona socialmente debe desarrollar sus potencialidades extra intelectuales.

Así, parte de la doctrina argentina analizada (BORDA⁴⁹, CIFUENTES⁵⁰) ha dado una solución a dicho problema desde un análisis más sociológico que médico – psicológico, lo cual sin embargo también puede ser de mucha utilidad para sustentar la hipótesis que vengo sosteniendo. Así, para este sector doctrinal aún suponiendo la existencia de la patología, tampoco sería posible la incapacitación o la capacidad restringida, si ésta no repercutiese en la vida social, económica, personal y familiar del individuo. Es decir la repercusión que esa patología debe producir sobre los rendimientos en la administración de los bienes y el cuidado y dirección de la persona, haciendo una valoración económico – social e individual – familiar.

⁴⁹ BORDA, Guillermo A: *Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo I*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. p. 437

⁵⁰ CIFUENTES, Santos: *Elementos de derecho civil. Parte general*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 189

El concepto analizado de discapacidad intelectual integrado por cinco dimensiones nos muestra que dicha discapacidad no constituye solamente un defecto que afecte al individuo en su esfera interna puramente intelectual, sino que además está caracterizada por una significativa vulnerabilidad en su espectro relacional y volitivo.

En resumen, si bien creo que la incapacidad absoluta no alcanza a todos los niveles de discapacidad intelectual, sí deben abarcarse las restantes dentro de la capacidad restringida que prevé el artículo 30 del Código Civil. Pero resulta un grave error considerar que las personas con discapacidad intelectual pueden tener plena capacidad de obrar.

Es así que el artículo 12.2 de la Convención debería ser interpretado en relación a las salvaguardas reguladas en el apartado 4, las que deben ser *proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*. De esta forma, como apunta PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO⁵¹, las medidas sustantivas de la capacidad de obrar pueden ser estas salvaguardas de las que habla el artículo 12, pues son las más proporcionales y adaptadas a las circunstancias de una persona con discapacidad intelectual.

Ver a la incapacitación o a la gradación de la capacidad como instituciones anticonvencionales resulta una interpretación sumamente

⁵¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, ponencia presentada en el encuentro internacional “La protección jurídica de las personas con discapacidad. La Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad”, La Habana, 2010.

estrecha y literal. El procedimiento de incapacitación y de gradación de la capacidad hay que tomarlo como lo que son, garantías de que la persona con discapacidad no se encuentra aherrojada por su discapacidad y a la vez de que *so capa* de la existencia de esta no se le priva indebidamente de la libertad de acción que por su capacidad natural le corresponde.

Considero que reconocerle plena capacidad a una persona que, como consecuencia de una patología que afecta su intelecto, carece de ella, lejos de constituir un acto de dignificación, constituye una forma de exponerla a situaciones en las que pueda ser manipulada en detrimento propio⁵².

Toda esta situación crea un ambiente hostil para la *testamentifacio* activa en sede de las personas con discapacidad intelectual. Su capacidad natural no es equiparable a la plena capacidad jurídica, y en estas personas no existen los intervalos lúcidos, su discapacidad funciona de forma crónica continua.

⁵² Al respecto resulta muy ilustrativa una Sentencia del Tribunal Provincial de C. Habana: Sentencia Nº 120 de 30 de septiembre de 2008. Segundo Considerando, “(...) la designación de tutor no es un derecho subjetivo que integra la situación jurídica de poder de los parientes y demás personas que la legislación familiar enumera, **sino una garantía a la continuidad del ejercicio de los derechos del individuo incapacitado para hacerlo**, por cuanto en la institución tutelar la relación no es parental, sino meramente jurídica entre el tutor y el incapacitado, por lo que toda alegación por el aspirante al cargo encaminada a su nombramiento, **ha de sustentarse en una optimización de la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y cumplimiento de las obligaciones civiles de los incapacitados a su cargo en relación con las posibilidades de otros aspirantes (...)**”. Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Ponente Alfaro Guillén. Tomado de PÉREZ GALLARDO, Leonardo: *Código Civil concordado y anotado*, editora ONBC, La Habana, 2008.

De ahí que si se equiparan la capacidad para testar y la capacidad de obrar, el juicio notarial de capacidad deberá ser siempre negativo con respecto a las personas con discapacidad intelectual.

Pero, ya había analizado las diferencias que existen en los presupuestos de ambas y, en mi opinión no se debe ser tan riguroso en sede de *testamentifacio* activa como para la plena capacidad de obrar.

Es cierto que las personas con discapacidad intelectual tienen significativamente disminuida la habilidad para las operaciones intrapsíquicas con representaciones mentales en abstracto. Ellos probablemente no sepan definir qué es un testamento, ni una sucesión *mortis causa*, puede que no sepan cuánto vale su vivienda, ni la trascendencia patrimonial de un automóvil o una cuenta bancaria. Pero estoy seguro que sí saben a quien o quienes quieren dejar todo lo que poseen, saben bien quienes son personas allegadas y quienes sus seres queridos. De hecho con ellos tiene una relación de máxima dependencia, a decir de AMOR PAN⁵³: “La persona con discapacidad intelectual adulta va a ser, en gran medida, lo que determine su entorno (...) y de manera muy importante esta condicionada por la familia, porque de ella va a recibir para bien o para mal los pilares básicos para elaborar su personalidad”.

De todas formas, las generalizaciones en este grupo humano no son favorables. La discapacidad intelectual no constituye una patología

⁵³ AMOR PAN, José Ramón: *Introducción a la bioética*, editorial PPC, Madrid, 2005. p. 257

invariable ni idéntica en cada uno de los que la padecen. Hay clasificaciones que establecen el grado de afectación de cada persona con discapacidad, pues existen desde los más profundos, los cuales les resulta imposible en muchas ocasiones incluso el aprendizaje del lenguaje articulado, hasta los más ligeros, que pueden aprender la lectura – escritura y algún oficio.

Esta clasificación es vital para entender hasta qué punto pudiese reconocérsele la *testamentifactio* activa a cada uno⁵⁴.

Discapacidad intelectual ligera (CI entre 52-67)

Esta categoría constituye la mayoría de las personas con discapacidad intelectual (aproximadamente el 85%). En el período preescolar adquieren las habilidades sociales y de comunicación y no muestran deterioro en las actividades motoras o el déficit es pequeño. A menudo no se distinguen de los niños normales sino hasta años después. Su inteligencia subnormal se manifiesta en los años escolares, ya que tienden a retrasarse respecto a su grupo de edad. Si perseveran están en condiciones de aprender los conocimientos académicos, alcanzando en la adolescencia un desarrollo intelectual equivalente al de sexto grado. Durante su vida adulta suele aprender los conocimientos vocacionales indispensables para lograr independencia económica.

⁵⁴ Tomaré como referencia la Clasificación Internacional de enfermedades (Nota 46)

Estas personas entrarían dentro de la capacidad restringida del artículo 30. Creo que están perfectamente aptas para otorgar testamento. En definitiva si la base del derecho a la herencia es el derecho de propiedad, a estas personas que no sólo reciben bienes y derechos patrimoniales, sino que crean su propio patrimonio, debe reconocérseles el poder decidir sobre éste.

Discapacidad intelectual moderada (CI entre 36-51)

Este grupo constituye alrededor del 10% de las personas con discapacidad intelectual. Las personas incluidas en esta categoría presentan una lentitud en el desarrollo de la comprensión y del uso del lenguaje y alcanzan en esta área un dominio limitado. La adquisición de la capacidad de cuidado personal y de las funciones motrices también están retrasadas, de tal manera que algunos de los afectados necesitan una supervisión permanente. Aprovechan poco la enseñanza escolar, pero si reciben clases especiales pueden aprender lo esencial de escritura, lectura y cálculo y aprender otras destrezas sociales y ocupacionales. En la adultez rara vez obtienen independencia total, pero suelen ser capaces de realizar trabajos prácticos sencillos si las tareas son estructuradas y se les supervisa de modo adecuado. La mayoría de ellos alcanza un desarrollo normal de su capacidad social para relacionarse con los demás y para participar en actividades sociales simples.

Estas personas también están comprendidas dentro de la capacidad restringida. Creo que también debe reconocérseles la *testamentifacio* activa, tal vez podría reducirseles a la mitad de su patrimonio, como hace la legislación francesa con los menores de edad.

Discapacidad intelectual severa (CI 21-35)

Este grupo incluye el 3-4% de las personas con discapacidad intelectual. Hay un desarrollo motor anormal, un nivel mínimo del habla y muy a menudo deformidades físicas. Aprovechan menos la instrucción escolar comparados con las de discapacidad intelectual moderada, aunque con el tiempo pueden aprender palabras y frases sencillas, así como hábitos de higiene y arreglo personal. En la edad adulta aprenden a ejecutar tareas ordinarias, pero necesitan completa supervisión y apoyo económico.

Estas personas ya deben ser comprendidas dentro de la incapacidad jurídica del artículo 31. Producto del nivel de profundidad del defecto, creo que sería un error reconocerles capacidad para testar, pues en ocasiones carecen de un pensamiento lógico mínimo y no tienen conciencia ni de si mismos.

Discapacidad intelectual profunda (CI inferior a 20)

Este grupo incluye aproximadamente el 1-2% de las personas con discapacidad intelectual. La mayoría de los individuos con este diagnóstico presentan una enfermedad neurológica identificada que

explica la discapacidad intelectual. Durante los primeros años de la niñez desarrollan alteraciones del funcionamiento sensoriomotor bastante graves, por lo que su movilidad es muy restringida o totalmente inexistente, no controlan esfínteres y son capaces en el mejor de los casos sólo de formas muy rudimentarias de comunicación no verbal. Requieren de ayuda adulta y supervisión constantes.

Creo que este grupo no necesita siquiera análisis, obviamente están incluidos en el estado de incapacidad jurídica y no deben tener *testamentifactio* activa.

III.1. Papel del notario ante la *testamentifactio* activa de la persona con discapacidad intelectual

Ya había expuesto que la posibilidad de testar para la persona con discapacidad intelectual debía restringirse al testamento notarial, por las características de seguridad y protección que éste brinda.

Esta modalidad de testamento exige como requisito de solemnidad el juicio de capacidad, que será dado por el notario autorizante⁵⁵. De todo lo que se ha venido analizando cabe suponer que, en virtud de la tesis que se quiere demostrar, este juicio de capacidad exprese que el otorgante con discapacidad intelectual, si bien no tiene una capacidad natural general, sí tiene la capacidad para testar.

⁵⁵ Arts. 10 inciso d) y 64 inciso c) de la Ley de las Notarías Estatales.

Así en el juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto que pretenda otorgar sino también el principio convencional del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad⁵⁶.

Pero lo que me interesa destacar es que la situación especial de estas personas traerá por regla general dudas al notario acerca de esta capacidad. Ante tales circunstancias me parece que hay que tener en cuenta dos criterios: uno deontológico y otro práctico.

El primero lleva a afirmar que no es éticamente válido acudir al recurso fácil de abstenerse siempre ante una apariencia dudosa, tal y como reza el aforismo: “*de la escritura que no autorices no te arrepentirás*”. Tan malo es autorizar lo que no se debe como no autorizar lo que se debe, privando al ciudadano de un derecho civil⁵⁷ y constitucional⁵⁸. La cuestión es no lavarse las manos en un caso dudoso, sino ir un poco más allá en la indagación de la capacidad de la persona hasta formarse un criterio cierto, teniendo en cuenta además que el notario debe inclinarse por presumir la capacidad.

⁵⁶ Vid. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: *La Convención de los derechos de las personas con discapacidad*. Artículo digital consultado el 4 de noviembre de 2010 a las 16:06 en <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/07/Doc-2-Almudena-Castro-Girona.pdf>

⁵⁷ Cfr. Art. 476 del Código Civil

⁵⁸ Cfr. Art. 24 de la Constitución de la República de Cuba

El segundo criterio lleva a la búsqueda la de la objetivación del juicio de capacidad, referida a la indagación de la voluntad real a través de lo manifestado por la persona con discapacidad. Este criterio es de vital importancia, ya que el notario deberá desentrañar de los planteamientos básicos y generales del otorgante, si está realizando el acto porque así realmente lo quiere, o si su voluntad está viciada por la manipulación de un tercero.

Además, esta objetivación del juicio de capacidad permitirá, no solamente identificar la aptitud del otorgante, sino que será la ayuda necesaria que éste necesita para la realización efectiva de su derecho.

Esta idea cobra fuerza legal en el artículo 12.3 de la Convención, que sitúa como base para el ejercicio pleno de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad la necesidad de “apoyos” que afiancen su participación, garantizándola su beneficio.

Es así que, para el ejercicio de la *testamentifactio* activa, la persona con discapacidad intelectual necesita una guía o asesoramiento que traduzca sus deseos, generalmente afectivos, en disposiciones de contenido jurídico, ahí radica el principal apoyo que puede brindar el notario para este derecho. CASTRO-GIRONA así lo puntualiza: “En el ejercicio de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad es necesaria la presencia de una autoridad pública y profesional del

derecho como es el notario, que les permita conocer el alcance del negocio jurídico que se proponen realizar.”⁵⁹

El artículo 10 de la Ley de Notarías Estatales, establece en su inciso II que dentro de las funciones del notario se encuentra instruir a las personas que lo soliciten sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, así como esclarecer las dudas y advertir del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate⁶⁰.

De este precepto se colige la función asesora del notario, a través de la cual funciona como consejero y enseña a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de sus actos, sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines que se proponen alcanzar.

El notario debe hacer más comprensible para la persona, ignorante de cuestiones jurídicas, los términos y efectos del acto jurídico, del cual está dando fe pública⁶¹. Pero el deber de

⁵⁹ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A: *op. cit.*

⁶⁰ Esta función también está recogida en el Código de ética del Notario quien en su artículo 10 dispone: “El Notario asesora a los clientes en cuanto a determinar cuál es el derecho y la legislación aplicables, cuáles son los medios más adecuados para el logro de los fines perseguidos y cuáles son los requisitos legales necesarios para la validez del acto que se pretende autorizar; y los advierte sobre el alcance y consecuencias de los actos y declaraciones que pretendan realizar, incluso de aquellos efectos que no resulten del texto mismo del documento autorizado.”

⁶¹ Señala GÓMEZ TABOADA que constituye un error “decir, sin más, al compareciente que puede incluir en su testamento una *sustitución* (que, sea *vulgar*, *fideicomisaria*, *ejemplar* o *pupilar*, lo normal es que el otorgante quede sumido en un mar de dudas y temores). O que sería conveniente una *condición resolutoria explícita* para garantizar su derecho como permutante. No le aclararemos gran cosa al sobreviviente si le decimos que tiene derecho a la *predetracción vidual*; ni si, para explicárselo, añadimos que es una manifestación de las *ventajas* o *don de supervivencia*. Ni al

asesoramiento notarial no se limita a esto, según CUEVAS CASTAÑO⁶², esta función se define a partir de cuatro notas características:

“**Informar** sería dar noticia de caminos posibles y de las características y riesgos de cada uno. **Asesorar** sería completar esa noticia con recomendaciones acerca de la mejor manera de hacer cada camino. **Aconsejar** es ya tomar partido, recomendar un camino concreto y **asistir** es acompañar por el camino, ayudar a ir sorteando sus peligros, comprometerse, en suma.”

Es por eso que sostengo que la función primordial del notario frente a la persona con discapacidad intelectual es servirle como el apoyo necesario para que ésta pueda tomar conciencia de las implicaciones de su decisión y expresar su voluntad. Realizando su función con un lenguaje, más que sencillo, primario, a través de preguntas elementales, el notario puede encausar a la persona con discapacidad para saber exactamente qué es lo que pretende hacer y cómo lo quiere hacer.

vendedor de un inmueble, cuyo precio se aplaza, que tendrá derecho a reclamar el pago en *vía ejecutiva*. En definitiva: hay que hablar adaptándose al nivel cultural del compareciente, amoldando el lenguaje de manera que sea perfectamente comprensible.” *Vid.* GÓMEZ TABOADA, JESÚS: “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, editorial La Ley, Madrid, 2006.

⁶² CUEVAS CASTAÑO, José Javier: “Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento”, *Deontología Notarial*, edición de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992. p. 919.

El núcleo de la cuestión está en cómo tratar esa voluntad expresada, porque por regla va a ser tan genérica que la conformación del testamento implicará hacer una traducción, por parte del notario, al lenguaje jurídico, mucho más sutil y preciso que el usado para expresar la voluntad. Lo que exige una intervención por parte de éste, por medio de la indagación, interrogatorio y planteamiento de supuestos simples, que, si bien pueden estar al límite de la comprensión de estas personas, resultarán muy útiles para la labor asesora del notario.

Sería interesante además un análisis del artículo 38⁶³ del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, este precepto introduce la figura del “testigo idóneo”, quien es un testigo asistencial que tendrá la función de auxiliar a la persona con discapacidad, en este caso sensorial, en la comprensión del acto jurídico. Esta figura, a través de modificaciones legales, puede ser la clave para la relación fluida entre el notario en su función asesora y la persona con discapacidad intelectual.

El testigo idóneo es aquel que *traduce* lo expresado por el notario al *lenguaje* de la persona con discapacidad, *verbi gratia*: el intérprete de lenguaje de señas permite que el sordo y el mudo puedan entender al fedatario y/o expresar su voluntad. En sede de discapacidad intelectual, un defectólogo o un psicólogo especializado en psicología especial

⁶³ Artículo 38: “Cuando el compareciente sea sordo, ciego o mudo o esté privado de más de uno de dichos sentidos, el Notario exigirá, además de los testigos que por este Reglamento se requieren para proceder a la autorización del documento notarial de que se trate, la presencia de un testigo idóneo designado libremente por el compareciente para que lo asista en la referida autorización y firme, todo lo cual se hará costar por el Notario en el referido documento.”

pueden ser los intérpretes perfectos y consecuentemente los testigos idóneos.

Claro está que a la luz del artículo analizado esto no es posible, pues restringe el ámbito de actuación del testigo idóneo al “*sordo, ciego o mudo o esté privado de más de uno de dichos sentidos*”.

De *lege ferenda* sería más apropiado que el precepto dijera: “*ARTÍCULO 38.- Cuando el compareciente padezca alguna discapacidad, el Notario exigirá, además de los testigos que por este Reglamento se requieren para proceder a la autorización del documento notarial de que se trate, la presencia de un testigo idóneo designado libremente por el compareciente, o en su defecto por el Notario, para que lo asista en la comprensión y autorización del acto y/o lo firme, todo lo cual se hará costar por el Notario en el referido documento.*”

III.2 La *testamentifactio* activa de la persona con discapacidad intelectual y los vicios de la voluntad

Un elemento muy controversial respecto a la *testamentifactio* activa de las personas con discapacidad intelectual lo constituye el tema de los vicios de la voluntad. La heteronomía volitiva y la disminuida libertad interna que caracterizan a estas personas dilatan sobremanera la

posibilidad de que ciertos hechos influyan en la formación de la *voluntas testatoris*, distorsionándola; es decir, forjándose de manera diferente a cómo se hubiese configurado si no hubiera concurrido ese hecho.

Es así que, aún cuando se expuso la falta de perjuicios del testamento para el otorgante, un argumento sólido en contra de la tesis que se viene sosteniendo es la inseguridad que provoca la situación cognoscitiva y adaptativa de la persona con discapacidad intelectual. ¿Cómo estar seguros de que el testador con discapacidad intelectual no actúa bajo error, fraude o amenaza?

El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio⁶⁴. Según DE CASTRO el error testamentario “puede darse respecto a la declaración misma y a lo declarado. El error en la declaración puede resultar de que se firme el texto de un testamento, creyendo se trata de otro documento (...), o que se firme creyendo no tiene valor de testamento (...). El error sobre

⁶⁴ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN: *op. cit.* Volumen I. p. 486.

el contenido, puede resultar de equivocación en la expresión, de dar a ésta un sentido ajeno al uso del lenguaje y también del no existir, o ser de distinto carácter el hecho que determina la disposición testamentaria (...) o que así resulta ser antes de fallecer el causante (...).”⁶⁵

Resulta obvio que el error puede ser frecuente en la persona con discapacidad intelectual, sus características hacen que sea más habitual este vicio que en la generalidad. Todos los tipos de error pueden estar presente en la persona con discapacidad: error *in negotio*⁶⁶, error *in corpore*⁶⁷, error *in persona*⁶⁸, error *in quantitate*⁶⁹, error en la causa⁷⁰.

Cómo permitir entonces que una persona así teste. Aquí es donde entra la función asesora del notario, a través de la indagación y la explicación pertinente el notario puede esclarecerle al otorgante sus errores y consecuentemente guiarlo a realizar su verdadera voluntad.

⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F: *op. cit.* p. 127.

⁶⁶ Existe error en el negocio cuando el autor de la manifestación de voluntad se equivoca sobre la índole, la naturaleza del negocio o su contenido principal.

⁶⁷ Existe error *in corpore* cuando recae en la identidad del objeto del acto.

⁶⁸ El error en la persona puede recaer en su identidad o en determinadas características de ella.

⁶⁹ Existe error *in quantitate* cuando recae respecto a la cuantificación del objeto del acto.

⁷⁰ Es el error en los motivos del negocio.

Todos los tipos de errores antes referidos son determinables y enmendables a través de una buena actuación notarial.

Por su parte el fraude testamentario se define como la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También cuando éstas tienen por finalidad que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata con ellas de impedir que otra de la que es heredero intestado, otorgue libremente su última voluntad.

Resulta válido decir que el fraude o dolo debe ser grave, no es suficiente el *dolus bonus*, es decir, las atenciones, los mimos, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que ésta dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa*. Debe así existir total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria, de manera que si el testador tenía el propósito de ordenar

su sucesión en la dirección en que lo hizo en su testamento, no habrá vicio de la voluntad.

Con respecto al fraude vale decir que las características propias de las personas con discapacidad intelectual, si bien facilitan que se produzca, también hacen más sencilla su detección por parte de un especialista. Su falta de habilidades le impedirá demostrar que su voluntad se encuentra libre de vicios y por lo tanto un perito, e incluso un notario hábil podrá percatarse de la existencia del fraude.

Además el fraude no es más que un error provocado, por lo que la función asesora del notario, referida anteriormente en relación al error, es aplicable también al fraude.

Finalmente me referiré a la amenaza o intimidación. El Código civil en su artículo 72 dice que hay amenaza cuando *“el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero.”*

A la vista del mencionado precepto legal, los ingredientes constitutivos de la amenaza son, por una parte, la creación de un estado de temor o de miedo en el sujeto manifestante, y por otra, que este miedo sea el móvil principal del negocio a celebrar.

Consecuentemente el artículo 1.267 del Código civil español señala que *“Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona”*, obviamente dentro de las condiciones referidas deberá estar la discapacidad intelectual, pues esta crea un estado de indefensión mayor que en otras personas. Sobre las personas con discapacidad intelectual se puede manifestar una posición dominante mayor que sobre la generalidad.

Pero en este caso, también la actuación notarial puede ser la clave del éxito. La intervención de un tercero imparcial, el notario, aleja este peligro de manera considerable. Pero no siempre lo puede evitar, el otorgante puede venir amenazado de casa; es decir con la coacción sobre su persona. Mas ante una persona con discapacidad intelectual el notario puede detectar un comportamiento dirigido, manifestado

generalmente a través miradas amenazantes o manipulación emocional; y, en consecuencia, debe negarse a autorizar el acto; y, en todo caso, deberá proteger a la parte más débil.

A la persona con discapacidad intelectual le resulta muy difícil encubrir la intimidación, su falta de destreza en la elaboración de ideas complejas y su comportamiento primario hacen que sea notable la presencia del vicio de la voluntad.

La persona con discapacidad intelectual es sumamente vulnerable a los vicios de la voluntad, pero estos son también más fácilmente detectables. La labor del notario es primordial para asegurar la correcta manifestación de la *voluntas testatoris*.

IV. EPÍLOGO

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad constituye un instrumento legal magnánimo para la discapacidad de manera general; en este sentido el artículo 12 es su clímax, pues constituye una violación flagrante a los derechos humanos

de las personas con discapacidad física, sensorial o algunas con discapacidad mental que su capacidad jurídica se vea disminuida cuando su discernimiento y libertad volitiva son perfectos.

Empero, el Derecho no debe abstraerse de la realidad natural y pretender que a través de normas y nuevos principios se va a modificar una realidad que la ciencia médica ha demostrado, constituye una utopía tan grande que roza la ingenuidad.

Considero un grave error decir que la persona con discapacidad intelectual debe ostentar plena capacidad jurídica, pues esto acarrearía perjuicios significativos en su esfera patrimonial y personal, su patología impide no solamente un desarrollo intelectual sino que afecta considerablemente su relacionabilidad.

Sin embargo, en Derecho lo que no son efectos es mera literatura y en consecuencia el Derecho positivo debe exigir una mayor o menor capacidad según las consecuencias que el negocio despliegue. En este sentido, precisamente por la falta de efectos perjudiciales, creo que la capacidad para testar no debe ser tan rigurosa como la capacidad general, y consecuentemente debe reconocérsele a la persona con discapacidad intelectual la *testamentifactio* activa.

No obstante, esta consideración tampoco es absoluta. En primer lugar no creo que todas estas personas están aptas para otorgar testamento, solamente los que presentan la patología en grados ligero o

moderado lo están. Por su parte esta capacidad debe estar respaldada por el asesoramiento y sustento de apoyos, usando términos convencionales, que permitan reconstituir la autonomía de la persona con discapacidad intelectual reforzando su propia base: su identidad, su fondo personal, sus características individuales peculiares.

Este papel creo que es competencia del notario, pues su función de imparcialidad y asesoramiento es imprescindible para asegurar que la voluntad de la persona se ha formado adecuadamente, por lo que solamente el testamento notarial debe ser el admitido para estas personas.

Si bien dudo que con simples apoyos la persona con discapacidad intelectual pueda desenvolverse en el ámbito jurídico y comercial plenamente, sí creo que en sede de testamento puede hacerlo sin riesgo a verse afectada.

Si seguimos considerando más importante el interés de sus eventuales herederos que el de la persona con discapacidad, entonces será muy difícil encontrar una tutela efectiva a la discapacidad intelectual desde el Derecho de Sucesiones.

V. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

AGUIAR, Henoch: *La Voluntad Jurídica*, Buenos Aires, 1924;

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 2002; **AMOR PAN, José Ramón:** *Introducción a la bioética*, editorial PPC, Madrid, 2005; **BORDA, Guillermo A:** *Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo I*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999; **BUILT GOÑI, Luis G:** “Los derechos de las personas con discapacidad. Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino”, en *El Derecho*, edición especial del 13 de agosto de 2010; **DE CASTRO Y BRAVO, Federico:** *El Negocio Jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985; **CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena:** *La Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, en <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/07/Doc-2-Almudena-Castro-Girona.pdf>, consultado el 4 de noviembre de 2010; **CLEMENTE DÍAZ, Tirso:** *Derecho Civil Parte General. Tomo I. Primera Parte*, editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989; **CUEVAS CASTAÑO, José Javier:** “Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de

asesoramiento”, *Deontología Notarial*, edición de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992; **DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN**: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I y IV, editorial Tecnos, Madrid, 2005; **DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto**: *Derecho Romano*, Tomo I Parte 2, editorial Félix Varela, La Habana, 2006; **ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIP y Martin WOLF**: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo 1-Parte General, Volumen 1, editorial Bosh, Barcelona, 1947; **FERRER, Francisco**: *Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones*, editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C, Santa Fe, 1979; **FERRER, Francisco y Graciela MEDINA** (coordinadores): *Código Civil Comentado-Sucesiones*, Tomo II, editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2003, **GARCÍA, María Teresa**: *El Retraso Mental*, artículo digital, 1998; *Personas con discapacidad. ¿Iguales o diferentes?*, editorial Félix Valera, La Habana, 2008; **MÁRQUEZ RUIZ, José Manuel**: *Comienzo y fin de la personalidad*, artículo digital; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B** (coordinador): *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2006; *Código Civil concordado y anotado*,

editora ONBC, La Habana, 2008; **PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto**: *Sección de Psiquiatría Forense, Texto de Estudiantes de Derecho*. Versión digital; **PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen**: *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, ponencia presentada en el encuentro internacional “La protección jurídica de las personas con discapacidad. La Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad”, La Habana, 2010; **PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José** (coordinador): *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, editorial La Ley, Madrid, 2006; **RUGGIERO, Roberto de**: *Instituciones de Derecho Civil. Volumen Primero*, editorial Reus, Madrid, 1931; **SÁNCHEZ BERGARA, Sheila**, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacio activa*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005; **SANTOS CIFUENTES**: *Elementos de derecho civil. Parte general*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999; **VALDÉS DÍAS, Caridad** (coordinadora): *Derecho Civil. Parte General*, editorial Félix Varela, La Habana, 2006; **VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel**:

“Análisis de la definición de discapacidad intelectual”, artículo digital disponible en

http://www.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/AAMR_2002.pdf

consultado el 4 de enero de 2009.

Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 7 del 1 de agosto de 1992; *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Boletín Oficial del Estado N° 96 del día 21 de abril de 2008; *Código Civil de Alemania* (BGB) comentado, en vigor desde el 1^{ro} de enero de 1900, edición a cargo de Emilio EIRANOVA ENCINAS, Marcial Pons, Madrid, 1998; *Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996; *Código Civil de la República Federativa de Brasil*, Ley 3071 de 1^{ro} de enero de 1916, 2^{da}. edición, revisada y actualizada (hasta octubre de 1997), editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1997; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de

diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N° 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile; ***Código Civil de la República de Colombia***, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994; ***Código Civil de la República de Cuba***, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; ***Código Civil del Reino de España*** de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Cívitas, Madrid, 1993; ***Código Civil de la República de Francia*** de 21 de marzo de 1804, 6ta edición, Petit Codes, Dallos, 1976-1977; ***Código Civil de la República de Italia*** de 16 de marzo de 1942, Casa Etridice la Tribuna, Piacenza, 1993; ***Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal***, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), editorial Porrúa, México, 1988; ***Código Civil de la República del Perú***, promulgado por

Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge Palma Martínez, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994; ***Código Civil de la República Oriental del Uruguay*** sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994; ***Código Civil de la República de Venezuela***, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986; ***Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral***, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto; ***Ley de las Notarías Estatales***, Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su ***Reglamento*** contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.

DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN: DISPOSICIONES SOBRE LA SALUD

Notario Roberto Augusto LUCERO ESEVERRI ¹

Notaria Alicia Beatriz RAJMIL²

RESUMEN:

El derecho de toda persona al más alto nivel de salud y a decidir sobre su propio cuerpo integran aquellos derechos personalísimos, que han sido reconocidos desde hace tiempo como universales, inalienables e inherentes a todos los seres humanos.

¹ Abogado. Notario Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Miembro Fundador del Instituto de Derecho e Integración.

² Abogada. Notaria Titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Docente de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Instituto de Derecho e Integración.

La instalación del consentimiento informado como ineludible en el ámbito de la salud, propicia que el médico brinde una información sincera y exhaustiva al paciente, lo cual redundará en una comprensión más cabal sobre la enfermedad que lo aqueja, sobre su pronóstico y sobre su futuro, también le permite decidir sobre ello.

Los actos de autoprotección son aquellos en los cuales una persona deja plasmada, de manera fehaciente, directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno que le impida expresarse por sí misma. En el ámbito de la salud, estas directivas, cobran trascendencia en nuestros tiempos, cuando la ciencia ha multiplicado la cantidad de tratamientos médicos y terapias diferentes que en pos del sostenimiento de la vida, muchas veces van en desmedro de su calidad. La escritura pública es el instrumento idóneo para brindar las mayores garantías a estas decisiones, especialmente en cuanto a autenticidad, seguridad y certeza, a fin de asegurar que se respeten en el futuro.

El tema se vincula de manera insoslayable con la esencia ética, humanística y social de la función notarial.

PALABRAS CLAVES

Salud, autonomía – consentimiento informado – autoprotección – directivas anticipadas.

ABSTRACT:

People's rights to enjoy the highest level of health and decide over their own body constitute those third party rights which, for a long time, have been recognized as universal, inalienable and inherent to all human beings.

The establishment of the informed consent as unavoidable in the health sphere propitiates doctors to provide the patients with honest and thorough information resulting in a full understanding by the patient of his/her illness, prognosis and future, allowing the individual to make an informed decision.

Living wills are those acts by which a person manifests, in a reliable way, directives of a varied nature to make his/her will be respected in the event of a possible loss of self-government and expression.

In the health sphere, these directives become significant at a time when science has multiplied the number of medical treatments and therapies which in the pursuit of sustaining life may, at times, worsen its quality.

The public deed is the appropriate instrument to guarantee the fulfillment of a patient's decisions, particularly with regards to its authenticity, security and certainty and the assurance that these are respected in the future.

The subject is inescapably linked to the ethical, humanistic and social essence of the notarial function.

KEY WORDS:

Health – autonomy – informed consent – living will – advanced directives.

SUMARIO.

I- INTRODUCCION. II – EL DERECHO A LA SALUD Y A DECIDIR SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TODAS LAS PERSONAS. DERECHOS PERSONALÍSIMOS. III- LIBERTAD, IGUALDAD Y DIGNIDAD. IV- CONSENTIMIENTO INFORMADO. V- DERECHO DE AUTOPROTECCION: DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN MATERIA DE SALUD. 1.- Concepto. 2.- Su contenido. 3.- Forma. 4.- Necesidad de su registraci3n. VI. LA CUESTION EN EL DERECHO ARGENTINO.- VII.- CAPACIDAD Y AUTONOMÍA EN LA TOMA DE DECISIONES CONCERNIENTES A LA SALUD. VIII.- FUNCION NOTARIAL. IX.- CONCLUSIONES.

I - INTRODUCCION

Recientes desarrollos tecnológicos y científicos, que a diario se registran en el ámbito de la salud, impactan en los sistemas de valores, plantean nuevos paradigmas y generan interrogantes y cuestiones problemáticas que involucran a los profesionales de la salud y a los profesionales del Derecho. Si bien se ha multiplicado la cantidad y eficacia de tratamientos médicos y terapias diferentes en pos del sostenimiento de la vida, no siempre conllevan un mejoramiento de su calidad. También es necesario reconocer que en muchos sistemas de salud, los avances científicos y tecnológicos en la materia sólo están al alcance de minorías privilegiadas. Los principios de libertad, igualdad y dignidad cobran relevancia en este ámbito.

Una materia nueva pero en pleno desarrollo como la Bioética marca claros rumbos en la interrelación de la ciencia médica y la ciencia jurídica con los derechos fundamentales de los seres humanos. “Se trata, por cierto, de nuevos problemas que involucran el concepto de hombre que tenemos para nosotros mismos y para los demás; nuestro concepto de vida y de muerte y nuestro criterio y prudencia para que los avances tecnológicos sean usados para mejorar la calidad de vida y de muerte, y le otorguen prioridad al respeto a la persona humana y su dignidad”³. El reconocimiento del paciente como agente moral autónomo⁴ y el respeto a su voluntad en relación con las decisiones que

³ *Vid.* HOOFT, Pedro Federico. “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 2.

⁴ *Idem*, p. 19.

afectan al propio cuerpo ocupa un lugar relevante en el actual esquema de salud y fundamenta la nueva doctrina del consentimiento informado.

El Derecho plantea así, entre otras, dos cuestiones insoslayables: a) el acceso igualitario al sistema de salud y a los tratamientos más avanzados, responsabilidad prioritaria de las políticas públicas de cada país en este área, y b) el derecho de cada persona a decidir sobre cuestiones concernientes a su salud y a su propio cuerpo, tanto para consentir como para rechazar los tratamientos que se les propongan. En este tema, sensible y actual, centraremos el presente trabajo, haciendo especial referencia a su desarrollo en nuestro país.

Cabe analizar si el esquema médico-legal imperante es adecuado para afrontar los acontecimientos que caracterizan a los modernos tratamientos médicos y al estado actual de la investigación.

El reconocimiento del Derecho de Autoprotección y su aplicación concreta en materia de salud significan un avance trascendente en el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de las personas, y sin dudas, propicia su ejercicio igualitario.

Se impone pues, analizar el rol que juega el Derecho en este ámbito y su eficacia en la búsqueda de nuevas formas e instrumentos jurídicos adecuados. Como notarios, depositarios de la fe pública, operadores del Derecho y asesores naturales de las personas, debemos brindar respuestas ágiles y eficaces que garanticen la vigencia y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

II – EL DERECHO A LA SALUD Y A DECIDIR SOBRE EL PROPIO CUERPO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TODAS LAS PERSONAS. DERECHOS PERSONALÍSIMOS

El reconocimiento del derecho de toda persona al más alto nivel de salud y a decidir sobre su propio cuerpo se vincula estrechamente con la protección de los derechos fundamentales de las personas. Integran aquellos derechos que han sido reconocidos desde hace tiempo como universales, inalienables e inherentes a todos los seres humanos, no obstante su sistemática violación a largo de la historia.

El mundo de la posguerra, conmovido ante las devastadoras consecuencias de los conflictos bélicos, promovió el desarrollo de los derechos humanos con su incorporación en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).⁵

Desde la protección de los derechos individuales de todas las personas frente al poder de los Estados se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos⁶, y en el proceso de especificación de estos derechos, que sustenta las más recientes convenciones internacionales, se consagraron derechos específicos de

⁵ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p.14.

⁶ Especialmente a partir del Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966.

ciertos grupos más vulnerables de personas, como los niños o las personas con discapacidad⁷.

Como resultado de esta evolución, hoy los derechos humanos no se refieren sólo a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos crueles e inhumanos, sino también a los derechos personalísimos, garantistas de la personalidad, y entre ellos cobra relevancia el derecho a la salud y a la toma de decisiones sobre el propio cuerpo, junto a otros derechos fundamentales como la identidad, la intimidad, el trabajo, la vivienda digna, la educación, la no discriminación y la integración plena en la sociedad.⁸ Se reconoce de esta manera el rol trascendente del Derecho en la vida cotidiana de las personas y en la satisfacción de sus necesidades inmediatas.⁹

Es importante señalar que las nuevas normas internacionales otorgan primordial relevancia a la voluntad de las personas y a su protagonismo en toda decisión que les afecte. Se reconoce en ellas al ser humano como sujeto pleno de sus derechos y no como mero objeto de control o protección, más allá de la edad, la enfermedad, el sexo, la discapacidad o de cualquier situación de vulnerabilidad que lo afecte.

Las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño

⁷ *Vid.* LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de Autoprotección” en Revista del Instituto de Derecho e Integración, Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009, p. 56.

⁸ *Vid.* CALO, Emanuele, “Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad”, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000, p. 55.

⁹ *Vid.* LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *op. ult. cit.* p. 58.

(CIDN)¹⁰ y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)¹¹, responden a estos nuevos paradigmas.

La Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994, al igual que las constituciones más modernas, además de reconocer los derechos fundamentales de todas las personas, incorpora los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y les otorga jerarquía constitucional. Por su parte la CDPD ha sido aprobada en nuestro país por la ley 26.378, aunque aún no cuenta con rango constitucional.

En nuestro país LLAMBÍAS¹² ha definido los derechos personalísimos o derechos de la personalidad como derechos innatos del hombre, cuya privación implicaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad.

Estos derechos presentan como caracteres los siguientes: son innatos, puesto que acompañan a la persona desde su concepción en el seno materno y durante toda su vida, por ello también se caracterizan por ser vitalicios. Son inalienables, en cuanto no son susceptibles de enajenación. Imprescriptibles, dado que no se pierden por su no uso o abandono, extrapatrimoniales y absolutos, toda vez que se ejercen *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que los lesione.

¹⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989.

¹¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13.12.2006.

¹² *Vid.* LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. p.183.

Santos CIFUENTES clasifica estos derechos según refieran a la integridad física, la libertad e integridad espiritual. Dentro de los primeros encontramos el derecho a la vida, la salud y el destino del cadáver. La libertad abarcaría los derechos al movimiento, a la expresión del pensamiento, a la realización de los actos jurídicos, a la utilización de la fuerza física y espiritual. La integridad espiritual supone el derecho al honor, la imagen, la intimidad y la identidad.¹³

III - LIBERTAD, IGUALDAD Y DIGNIDAD

La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son los derechos fundamentales más relevantes en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Este paradigma implica: a) el predominio de la Constitución, como centro del sistema jurídico, por sobre la voluntad libre del legislador; b) la preeminencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social y cotidiana de las personas y c) un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que significa también un mayor y decisivo protagonismo de los jueces.¹⁴

La libertad es la facultad de elegir o de determinarse. Por ella podemos hacer o no hacer, por ella el hombre se autodetermina,

¹³ Vid. CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, p. 320.

¹⁴ Vid. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, María Isolina, "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción*, Gráficoarte, N° 1, Año 1, Rosario, 2009, pp. 28-32.

haciendo muchas cosas que no las haría si no las quisiese hacer. La conducta procede de la propia voluntad, sin que exista coacción insuperable¹⁵.

La autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad, ha sido definida como la decisión de una persona derivada de sus propios valores y creencias es intencional, planificada, se basa en un conocimiento y un entendimiento adecuados y no está sujeta a coacción interna ni externa.

En materia contractual, la misma se encuentra plasmada en el art. 1197 del Código Civil argentino, y es justamente en los contratos, donde la autonomía tiene su mayor despliegue: *“las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”*, lo que implicaría, para las partes intervinientes, que el contrato constituye la ley que regirá esa relación contractual. Asimismo el Código Civil Cubano, en sus artículos 310 y 312, establece que el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, pudiendo éstas establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario. Similar norma contiene el Código Civil español que en su artículo 1.255 dispone: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

¹⁵ Vid. CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954, p.346.

En cuanto a la exteriorización de la voluntad en forma unilateral, podríamos hablar de autodeterminación, que sólo encontraría límites en las normas de orden público. Es decir, que dicha autonomía no puede realizar actos contrarios o violatorios de las normativas señaladas, las cuales no pueden suplirse ni ser dejadas de lado.

Pero debemos advertir y comprender los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico con respecto a la autonomía y a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad de aquellos anteriormente ignorados por el Derecho, como los enfermos y los menores de edad¹⁶ La voluntad de la persona cobra, sin lugar a duda, fundamental relevancia cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propio cuerpo y su salud.

El desarrollo del principio de igualdad y no discriminación es, quizás, la piedra angular en la evolución de los derechos humanos. Este principio se formaliza en el campo internacional a partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Originariamente se refería a “la igualdad formal o igualdad ante la ley” con una visión abstracta del ser humano, pero el posterior desarrollo de los derechos sociales lo torna insuficiente, se comienza a hablar entonces de “igualdad de oportunidades”. Se demanda una mayor igualdad en los hechos y para ello es necesario

¹⁶ CALO, Emanuele, *op. cit.* p. 285.

partir del reconocimiento de las diferencias existentes entre los seres humanos.

La moderna Constitución española de 1978 reconoce claramente el principio de igualdad, gozando de jerarquía constitucional los tratados internacionales referentes a este principio. Así, su artículo 10 establece: “1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.* 2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

La Constitución de la Nación Argentina refiere a la igualdad ante la ley en su artículo 16. La noción formal de igualdad, como dijimos, parte de una concepción abstracta del hombre. En ella no hay preocupación alguna respecto de las desigualdades físicas, psíquicas, culturales o económicas de los individuos. Este escenario ha llevado a considerar a todas las personas dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer la actividad conforme su propia voluntad¹⁷. Un concepto más sustancial de la igualdad como igualdad de oportunidades se incorpora en el artículo 14 bis, pero recién se expresa con mayor contundencia en el artículo 75 inc. 23 incorporado a la Carta Magna argentina en la reforma del año 1994, que se refiere a las

¹⁷ Vid. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, María Isolina., *op. cit.*, p. 37.

medidas de acción positiva o como algunos las han llamado: de discriminación inversa. Son aquellas que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En la actualidad, las personas en situación de vulnerabilidad deben contar con las mismas oportunidades y el mismo trato en el ejercicio de sus derechos que las demás personas. El principio de igualdad se vincula hoy de manera inescindible con el ejercicio pleno de los derechos y el respeto a la voluntad de las personas, más allá de sus circunstancias.

La dignidad hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad. La dignidad se explica en buena medida por la "autonomía" propia del ser humano. El sentido etimológico de la palabra digno deriva del adjetivo latino *dignus*, que se traduce por "valioso"; es el sentimiento que nos hace sentir valiosos, sin importar nuestra vida material o social.

La dignidad se basa en el reconocimiento de la persona de ser merecedora de respeto, más allá de sus características físicas, psíquicas o sociales.

La libertad, la igualdad y la dignidad son principios que deben regir toda decisión que se adopte sobre la salud y por consiguiente la vida de cada persona.

IV - CONSENTIMIENTO INFORMADO.¹⁸

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de una suficiente información éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. El concepto comprende dos aspectos: que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el médico revele la adecuada información al paciente¹⁹. BIDART CAMPOS entiende que se trata de conductas autorreferentes²⁰, es decir, que no afectan la moral, el orden público ni los derechos de terceros y que partiendo de este presupuesto cada ser humano tiene derecho a decidir todo cuanto se vincula con su salud, su vida y su bienestar.²¹

¹⁸ Epígrafe basado en el trabajo original “Directivas anticipadas en materia de salud”, presentado por Roberto A. LUCERO ESEVERRI en coautoría con Mónica R. DE DIOS. IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur – 30 de Agosto al 1º de Septiembre de 2007 – Punta del Este – Uruguay.

¹⁹ HIGHTON, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°1 Daños a la Persona*, Ed. Rubinzal Culzoni, p.170.

²⁰ La Constitución Nacional Argentina proclama en su art. 19 que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

²¹ *Vid.* BIDART CAMPOS, Germán J, “Por un derecho del bienestar de la persona” en *Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética* (cita 39), *cit. pos.* HOOFT, Pedro Federico, *op. cit.* p.19.

La moderna doctrina del consentimiento informado nace en los Tribunales norteamericanos en cuyas resoluciones se destaca junto al fundamento jurídico el carácter del postulado ético. Así, en el año 1914, el Tribunal de Nueva York dicta una de las resoluciones más emblemáticas e influyentes, con ocasión del caso “Schloendorff vs. Society of New York Hospital”, al examinar un interesante supuesto, consistente en la extirpación de un tumor fibroide del abdomen de un paciente durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica. Se trataba de una laparotomía explorada y en la que el paciente había dejado expresamente aclarado que no quería ser operado. En el fallo, el juez Cardozo consideró que “todo ser humano de edad adulto y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacer con su propio cuerpo. Por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que se puede reclamar legalmente los daños.” No obstante lo anunciado por la Corte, la sentencia fue absolutoria para el médico que había realizado la intervención quirúrgica con la oposición expresa del paciente, pues la demanda se había centrado en la responsabilidad del hospital por los daños causados por cirujanos que utilizaban sus instalaciones.

A raíz de este fallo, en Estados Unidos se formó un importante cuerpo jurisprudencial que marcó las diferentes etapas que han presidido el desarrollo del consentimiento informado hasta adquirir los contornos actuales.

En el Derecho comparado, el consentimiento informado es ampliamente reconocido. Es importante destacar que, ya desde el año 1986, España lo contempla en su ley nacional de sanidad (art. 10) y posteriormente en el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología”. Este documento, también conocido como Convenio de Oviedo, fue suscripto en 1997 por los Estados Miembros del Consejo de Europa y entró en vigencia el 1º de enero de 2000. En su art. 5º prohíbe llevar a cabo intervención alguna sin el consentimiento informado y libre del paciente.

La doctrina del consentimiento informado se desarrolló en base a dos valores: a) el principio de la autonomía de la voluntad y b) el principio de maximización de la salud. El otorgamiento de este consentimiento parte de una relación especial de confianza y de intercambio con el dador de salud quien acuerda realizar el tratamiento dentro de las limitaciones establecidas.

La tradición médica paternalista, basada en un saber médico incuestionable, desconoció a largo de la historia la voluntad del paciente y su participación a la hora de adoptar decisiones.

En efecto, durante siglos, la relación médico-paciente fue de tipo verticalista, esto es, el médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente. Podía ocultar información y resolver según su sabiduría pero también según sus propias creencias y valores. Al galeno competía la decisión desde el

lugar del “poder-saber” y el paciente, al ser ajeno al conocimiento, no tenía participación alguna en dicho proceso. En el antiguo modelo se exigía del enfermo obediencia y confianza al médico, y éste por su parte cumplía con su deber al buscar el máximo beneficio para el paciente que generalmente se entendía como el sostenimiento de la vida a cualquier costo.

El principio de “beneficencia”, que no se vincula en este caso a la caridad, significa extremar los posibles beneficios y minimizar los daños. La beneficencia, la autonomía y la justicia son considerados los tres principios de la Bioética desde el Informe Belmont (Comisión creada en Estados Unidos en el año 1974 para analizar las bases éticas de la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina)²².

El desarrollo de la ciencia trajo como consecuencia la posibilidad de curar enfermedades y sostener la vida mediante tratamientos e intervenciones médicas, a veces cruentos e invasivos, y que no siempre favorecen el mantenimiento de su calidad. Por otro lado el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano y el respeto a su voluntad y autodeterminación introdujeron en el plano médico el protagonismo del enfermo, su derecho a conocer su situación, a obtener información auténtica y clara sobre la enfermedad

²² *Vid.* HOOFT, Pedro Federico, *op. cit.* p. 18 y ss.

que padece, los posibles tratamientos a seguir, sus consecuencias positivas y negativas, su pronóstico de vida, las diferentes alternativas que se le presentan y las posibles implicancias, derivaciones, posibilidades de éxito o de fracaso de la terapéutica que se le indica así como las consecuencias de rechazarla.

Debemos advertir también que la proliferación de juicios de mala praxis médicas planteó a los profesionales de la salud la necesidad de contar con el consentimiento previo del paciente ante cualquier tratamiento o intervención de la que pueda derivar un daño y por consiguiente una responsabilidad profesional. No en vano los seguros médicos son hoy práctica común en todos los centros de salud.

Pero la realidad es que los actuales paradigmas internacionales en el ámbito de los derechos humanos que, como decíamos, priorizan la voluntad de las personas y su decisión en todos los asuntos que les incumban, han impactado también la relación médico-paciente. Quizás en este ámbito es donde más claramente se evolucionó y se comenzó a otorgar relevancia a la voluntad de la parte más vulnerable, sin cuyo concurso disminuyen las posibilidades de éxito de cualquier tratamiento.

En la actualidad la voluntad expresada a través del consentimiento informado es un presupuesto esencial en la relación médico-paciente que se traduce en una significativa mejora de la calidad asistencial. Ha llegado a la medicina desde el Derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que éste ha

realizado a la ciencia médica por lo menos en los últimos siglos. Hoy, constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

Las más recientes leyes sobre salud reconocen una amplia gama de derechos esenciales del paciente que deben ser respetados por los profesionales de la salud, entre otros, derecho a ser asistido sin discriminación alguna basada en creencias religiosas, ideas políticas, condiciones socioeconómicas, credos o religiones, ideas políticas, razas, sexo, edad, orientación sexual u otras circunstancias de su vida; el derecho a recibir un trato digno y respetuoso; el derecho a la intimidad y a la confidencialidad, y especialmente la autonomía de su voluntad en el sentido de aceptar, condicionar o rechazar determinados tratamientos. El médico pone su saber y su idoneidad a disposición del enfermo pero en última instancia compete al paciente el derecho a decidir.

La regla del consentimiento informado supone, y quizás cobra aquí su real dimensión, que toda persona puede rechazar el tratamiento que se le indica, es lo que actualmente se conoce como “negativa Informada”. Por ello se ha dicho que la exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno. El consentimiento es, por tanto, la justificación misma de la legitimidad del acto médico basado en el derecho del paciente a su autonomía y autodeterminación.

Se podría decir que existen dos puntos de vista diferentes respecto al deber de informar del médico, por un lado tenemos el deber de información como presupuesto del consentimiento informado y por otro el deber de información como presupuesto indispensable para llevar a cabo un tratamiento determinado, de esta manera, la información como derecho autónomo del paciente se configura como aquel derecho a conocer la información disponible para su diagnóstico y tratamiento, sin estar orientado a otra finalidad que el conocimiento por el paciente de su estado de salud.

Existen situaciones límites en las que diferentes derechos de igual entidad entran en colisión. El ejercicio de la autonomía de la voluntad puede en ocasiones oponerse al sostenimiento de la vida (*V. gr.* negativa a ser tratado en virtud de creencias religiosas). Cada caso merecerá seguramente un análisis particular y un juicio de ponderación²³, pero debemos admitir que “no todo lo posible resulta éticamente aceptable”²⁴. Creemos en el respeto a la voluntad libremente expresada del paciente cuando éste cuenta con información clara y suficiente y con pleno discernimiento para comprender las consecuencias de su decisión.

²³ “...cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Sobre los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso Español *vid.* BARBERO, Dariel en Revista N°2 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe 2ªCircunscripción. P. 101 y ss.

²⁴ AZVALINSKY, Alejandro en “Jornada Provincial de Reflexión: Derechos y Deberes de los Pacientes en la Relación Médico Asistencial” – Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe, 13.09.2006.

En cuanto a la forma de exteriorización del consentimiento informado, no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del mismo, no obstante ello, es importante advertir la necesidad de instrumentar por escrito el consentimiento del paciente, fundamentalmente considerando la corriente jurisprudencial mayoritaria en Argentina que pone en cabeza del médico la carga de tener que probar haber obtenido el correspondiente consentimiento informado por parte del paciente.

Frecuentemente se presentan situaciones en las que la intervención del médico debe hacerse con suma urgencia, cuando la mínima demora puede ocasionar la muerte del paciente o lesiones irreversibles y no hay posibilidades de recabar su consentimiento o la de sus familiares. Este caso, conocido como privilegio terapéutico, permite al médico actuar lícitamente en esa forma, amparado por el estado de necesidad, hasta regularizar la salud del paciente. Debe evaluarse restrictivamente a fin de evitar que se invoque ante situaciones en las que no corresponden.

El paciente puede retirar su consentimiento en cualquier momento, y esta decisión debe respetarse una vez que haya sido completamente informado de sus consecuencias.

V - DERECHO DE AUTOPROTECCION: DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN MATERIA DE SALUD. 1.-

Concepto. 2.- Su contenido. 3.- Forma. 4.- Necesidad de su registración

1. Concepto

El Derecho de autoprotección, definido claramente como “un derecho”, es el de todo ser humano a decidir libremente sobre su vida y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno. La dignidad inherente a toda persona, cualesquiera sean sus circunstancias, y la igualdad en el ejercicio de sus derechos dan sustento incuestionable a estas decisiones²⁵. Se ejerce a través del acto jurídico denominado “acto de autoprotección” en el cual una persona deja plasmada su voluntad de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma.

En el ámbito de la salud suele hablarse de directivas anticipadas o voluntad anticipada. Parte de la doctrina se ha referido a “testamento vital”, término que consideramos erróneo ya que se trata de disposiciones para la vida y no para la muerte²⁶; “mandatos para la propia incapacidad”²⁷, término también equívoco en la actualidad en la

²⁵ Vid. LLORENS, Luis Rogelio y RAJMI, Alicia Beatriz, *Derecho de autoprotección*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 6.

²⁶ Vid. Art. 3607 Código Civil argentino.

²⁷ Vid. Art. 1963 Código Civil argentino “*El mandato se acaba: ...4º por incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario*” Cfr. 1732 del Código Civil español, el cual establece: “*El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevenida del mandante, a no ser que el mismo hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo*

legislación argentina. La expresión “autoprotección” nació a propuesta de la delegación española en las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz en 1998, y si bien también ha sido criticada por ser demasiado amplia, con esa denominación se han creados los registros pertinentes en nuestro país y es la terminología más empleada en nuestro medio.

La enfermedad, la discapacidad, la edad avanzada u otras circunstancias pueden enfrentarnos, a lo largo de nuestra vida, con la imposibilidad de gobernarnos a nosotros mismos o a nuestro patrimonio, poniéndonos en situación de vulnerabilidad.²⁸

Estas situaciones dificultarán o impedirán la auténtica expresión de nuestra voluntad así como nuestra participación en las decisiones que nos afecten, frecuentemente vinculadas con nuestra salud y atención médica. Otras personas deberán decidir entonces sobre nosotros. Los actos de autoprotección pretenden que, llegada esa instancia, nuestra voz sea escuchada y se respete nuestra voluntad, deseos y valores. Procuran evitar de esta manera que se nos prive de nuestra condición de sujetos de derechos para convertirnos, ante la pérdida de nuestro discernimiento, en meros objetos de protección.

El avance de la tecnología y de la ciencia médica así como un mayor conocimiento de las personas sobre las enfermedades y sus consecuencias plantean nuevas inquietudes con respecto al futuro. El

dispuesto por éste. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancias del tutor.”

²⁸ Vid. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, op. cit. p.3.

éxito obtenido desde la medicina en la prolongación de la vida es un gran aliciente pero también una creciente preocupación. Sabemos que el ser humano en la actualidad vive más años pero también sabemos que ello no significa que pueda sostener en ese tiempo el ejercicio de su autonomía y dignidad. Enfermedades degenerativas, antes desconocidas, tratamientos y terapias médicas invasivas que en pos de sostener la vida atentan muchas veces contra su calidad, constituyen consecuencias indeseadas de este progreso. Pero este conocimiento nos brinda la oportunidad de planificar nuestro eventual futuro, anticipándonos a esa situación.

Por otro lado la familia se ha fragmentado, muchas personas viven solas, aún en compañía y comprenden que las decisiones sobre su vida, si en algún momento no pueden tomarlas por sí mismas, estarán en manos de seres que ignoran sus sentimientos y deseos.

Los actos de autoprotección, anclados en los nuevos paradigmas a los que hemos hecho referencia al comienzo del presente trabajo, rescatan la voluntad humana como soberana en las decisiones autorreferentes. En ellos la persona establece directivas de distinta naturaleza para que su voluntad sea respetada en el futuro. Involucran tanto decisiones respecto de su vida como de sus bienes y cobran, sin duda, especial relevancia en cuanto a las decisiones sobre salud.

Originariamente se fundó la legitimidad de este derecho en normas constitucionales, en convenciones internacionales sobre derechos humanos y en sus principios. El camino recorrido desde

entonces en nuestro país nos permite afirmar que una incipiente legislación provincial y nacional²⁹, la jurisprudencia y la doctrina más recientes, diferentes proyectos de leyes que se tratan en las legislaturas del país, contundentes conclusiones de congresos y reuniones científicas avalan y reafirman su vigencia y validez.

En Argentina estos actos, si bien sustentados en la normativa mencionada, han nacido en el ámbito notarial y se vinculan con su esencia ética, humanística y social. Los Dres. María Isolina DABOVE y Daríel BARBERO nos dicen: "... esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un uso notarial. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos".³⁰

Ante la posibilidad de enfrentarnos a nuestra propia vulnerabilidad, los actos de autoprotección constituyen una herramienta que permite proyectar con equilibrio el futuro.

Con diferentes denominaciones y matices es amplia la recepción de esta figura en el Derecho Comparado. Estados Unidos (considerada como la cuna del Living Will), Alemania, Italia, España, Francia, Austria, México, Uruguay, entre otros países, con diferentes

²⁹ Ley Nacional 26.529; leyes 4.263 y 4.264 de la provincia de Río Negro; 2.611 de la provincia del Neuquén; 6.212 de la provincia del Chaco y ley 14.154 de la provincia de Buenos Aires.

³⁰ Disertación antes de la sanción de la ley 26.529 en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2da. Circunscripción – 08/10/08.

regulaciones reconocen el derecho de las personas a prever su futuro e impartir directivas para ello.

En Argentina, a partir de la reciente ley nacional 26.529, estas directivas anticipadas gozan de pleno reconocimiento legal pero, aún antes de su sanción, la doctrina ya se había expresado a favor. Así, Gustavo CARMELO DÍAZ sostuvo que las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica del consentimiento informado y que la eficacia de las mismas debe ser admitida en todos los casos en que el paciente no puede expresar su voluntad en materia de tratamientos médicos y no solo en casos de enfermedad terminal, la finalidad de ellas es preservar la inviolabilidad de la persona y el respeto de su dignidad y convicciones³¹.

La jurisprudencia argentina por su parte da cuenta de fallos, aún anteriores a la mencionada ley, en los cuales de una u otra manera, se priorizó el respeto a la voluntad del paciente. En este ámbito resulta pionera la sentencia dictada por el Juzgado Criminal y Correccional de Transición N° 1 de la ciudad de Mar del Plata en fecha 25.07.2005, a cargo del Dr. Pedro Federico Hooft, en la que, luego de un enjundioso análisis, se reconoció la validez de las directivas anticipadas. En el caso se promovió acción constitucional de amparo tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un acto de autoprotección con relación a la persona de “M”, quien había expresado su opinión

³¹ Vid. CARMELO DIAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p.67.

contraria al recurso de los denominados medios artificiales a permanencia frente a la evolución progresiva de su enfermedad. Cabe aclarar que la Sra. “M” había otorgado Escritura Pública de Autoprotección en la cual expresó su voluntad inequívoca de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia. Así el juez Hooft resolvió hacer lugar a la acción entablada resolviendo sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas –actos de autoprotección- ya que se trata de una decisión adoptada libremente, con pleno discernimiento y con capacidad para autodeterminarse.

El reconocimiento de las directivas anticipadas en materia de salud encuentra su fundamentación en los principios de igualdad, libertad y dignidad, a los que ya hemos hecho referencia. También respaldan plenamente su validez los nuevos paradigmas que otorgan prioritaria relevancia a la voluntad de las personas y a su derecho a participar y a expresarse en toda cuestión que le concierna, sin discriminación de ninguna naturaleza.

Escribió Borges: “...conversé con filósofos que sintieron que dilatar la vida de los hombres era dilatar su agonía y multiplicar el número de sus muertes”³²; así también se expresó Juan Pablo II poco antes de su muerte: “No quiero más tratamientos terapéuticos, quiero morir dignamente”.

³² Vid. BORGES, Jorge Luis, “El Inmortal”, en *El Aleph*, 1949.

Sin perjuicio de las convicciones personales de cada uno, no cabe duda, que si el enfermo dejó expresamente determinado de manera anticipada, su voluntad de vivir, aún por medios artificiales, o de evitar dichos tratamientos, deberá siempre respetarse ésta como expresión máxima de la libertad humana.

2.- Su contenido.

Diferentes circunstancias de la vida a las que hacíamos referencia, como la vejez, la soledad, dolencias físicas o psíquicas y conflictivas relaciones familiares, plantean en las personas acuciantes inquietudes sobre su futuro , en el que desean intervenir de manera protagónica y no simplemente esperar su llegada. La vida de cada persona, sus valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos, así como la realidad que la circunda convertirán al acto de autoprotección que otorgue en único, diferente y especial. Es por ello que su contenido suele referirse a cuestiones de lo más variadas: directivas sobre su vida cotidiana, el lugar de residencia, cuidados personales, higiene, alimentación, el cuidado de mascotas, la compañía de personas allegadas, administración y disposición de bienes, la designación del propio curador para el caso de un futuro proceso judicial de incapacidad, entre otras.

Como vemos las alternativas son múltiples y es imposible incluirlas en una fórmula general. No obstante, podemos afirmar que la

preocupación por la atención futura de la salud suele ser una constante cuando ya se reconoce sin lugar a dudas la autonomía y la relevancia de la voluntad personal en este ámbito y cuando la ciencia ha multiplicado la cantidad de tratamientos médicos y terapias diferentes.

Ya nos referimos a la importancia del consentimiento informado. Pero si el paciente se encuentra inconsciente o privado de discernimiento en el momento de establecer el criterio a seguir respecto de su tratamiento médico, decidirán los familiares más cercanos, de acuerdo a sus propios criterios, o los médicos en razón del principio bioético de beneficencia aplicarán la terapéutica que consideren más conveniente para sostener la vida del paciente³³. Cuando se trata de enfermedades terminales, la familia, normalmente no estará conforme con la forma que se llega al final de la vida, lo que trae habitualmente confrontaciones con y en el equipo de salud³⁴. Las decisiones adoptadas no siempre respetarán la voluntad del enfermo. Se procura soslayar estas situaciones por medio de la instrumentación de las directivas anticipadas médicas a través de un acto de autoprotección.

³³ Conforme con el art. 9° de la ley argentina 26.529: "El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y *no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales*. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

³⁴ *Vid.* HUTT, Efraín, "Pacientes Terminales" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009, p. 5.

De esta manera se deja asentada anticipadamente la voluntad con respecto a la aceptación o negativa de determinados tratamientos médicos, la indicación de los médicos de confianza, los nosocomios e instituciones de salud, los datos de la obra social y demás indicaciones que el otorgante considere pertinentes para recibir el tratamiento en salud que considera adecuado y para evitar futuros conflictos.

En ocasiones las directivas anticipadas en materia de salud son generales y expresan preferencias, valores, deseos. Pero frecuentemente la persona en conocimiento del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad desea preservar su dignidad, evitar el encarnizamiento terapéutico y ahorrarles a sus seres queridos dolorosas decisiones. En estos casos las indicaciones son más concretas y específicas. Las directivas así vertidas constituyen un verdadero consentimiento informado adelantado. Es fundamental el asesoramiento médico adecuado que permita a la persona tomar sus decisiones con el conocimiento previo suficiente sobre sus alcances y consecuencias.³⁵

Es frecuente también que el otorgante designe a una o a varias personas para que lo representen, llegado el caso, ante los profesionales de la salud y ante ellos exprese e interprete la voluntad del enfermo de acuerdo a sus instrucciones, situación actualmente admitida por la

³⁵ El otorgamiento de directivas anticipadas en materia de salud está expresamente previsto actualmente en el art. 11 de la ley 26.529. Vid. LORENS, Luis R. y RAJMI, Alicia B., *op. ult. cit.* p. 26 y ss. De los mismos autores: “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)” en La Ley del 1/12/2009. p. 1.

legislación y la jurisprudencia a pesar de tratarse del ejercicio de derechos personalísimos.

3.- La forma.

La escritura pública es el instrumento idóneo para plasmar de manera fehaciente la voluntad de las personas y sus decisiones con respecto a su salud y a su vida. Debemos comprender que estas directivas serán consideradas cuando la persona no pueda expresarlas por sí misma, por ello es necesario dotar al acto de las mayores garantías de autenticidad, seguridad y certeza.

La escritura pública confiere fecha cierta y matricidad. Asimismo es la herramienta adecuada para garantizar la voluntad bien deliberada, la intención y la libertad de su autor. Resultan fundamentales las entrevistas previas, que servirán al escribano para interpretar cabalmente la voluntad de su requirente y le permitirá a su vez brindarle el asesoramiento necesario sobre el alcance y las consecuencias del acto a otorgar.

4.- Necesidad de su registración.

La publicidad de los actos es una necesidad imperante en un mundo globalizado como el que vivimos. ¿Qué sentido tiene estipular algo que no llega a conocimiento de quienes deben aplicarlo? De este

modo, la registraci3n de los actos jur3dicos pasa a ser de vital importancia.

La Registraci3n nos permite conocer: a) la existencia de un acto de autoprotecci3n; b) los datos que permiten individualizar la respectiva escritura p3blica; c) el lugar de guarda de la primera copia; d) su vigencia; e) la legitimaci3n del peticionante³⁶.

En la actualidad contamos en nuestro pa3s con una creciente tendencia a la Registraci3n de los Actos de Autoprotecci3n. En Marzo de 2005 fue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la entidad pionera en la creaci3n de un Registro de Actos de Autoprotecci3n, seguido por los Colegios de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Chaco, C3rdoba y Entre R3os.-

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en reuni3n de Junta Ejecutiva realizada el 15 de mayo de 2009, aprob3 la creaci3n de la Comisi3n de Autoprotecci3n con el fin de difundir el tema en las distintas provincias argentinas, responder a las inquietudes de los colegas que manifiesten su inter3s y colaborar con los colegios notariales para la creaci3n de los registros de autoprotecci3n en todas las jurisdicciones del pa3s.

A trav3s de 3sta Comisi3n, el Consejo Federal del Notariado Argentino brind3 charlas y talleres en casi la totalidad de las Provincias Argentinas, lo que motiv3 que durante el a3o 2009 se crearan Registros de Autoprotecci3n a cargo de los Colegios de Escribanos de las

³⁶ *Vid.* TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., "Creaci3n del Registro de Actos de Autoprotecci3n a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires" en *Revista del Notariado*, N3 880, Buenos Aires, 2005. p. 312.

Provincias de San Juan, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, en Asamblea General de fecha 17 de Diciembre de 2009, aprobó por unanimidad y aclamación la creación del Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección con el objeto de reunir y mantener actualizada la información con respecto a los actos de autoprotección inscriptos en los registros de los colegios notariales de todo el país, que permite de manera ágil y eficaz obtener información segura sobre la existencia de un acto de autoprotección otorgado en cualquier localidad de la República Argentina.

En el año 2010, las Provincias de Mendoza, Formosa y Salta crearon Registros de Autoprotección en sus demarcaciones, continuando así con la idea de poder conocer la existencia de un acto de autoprotección en cualquier punto del país; sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios, brindando respuesta eficaz y concreta a nuevos y cada vez más pertinentes requerimientos de la sociedad ante las actuales inquietudes que plantea en las personas su preocupación por el futuro.

Los registros prevén un sistema de información restringido, protegiendo la privacidad del acto, y en general sólo posibilitan la expedición de certificaciones a: a) los escribanos que hubieran intervenido en el otorgamiento del acto registrado, sus reemplazantes legales o miembros del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos; b) el otorgante del acto por si o a través de apoderado con facultades

expresas conferidas a esos fines en el instrumento público respectivo; c) las personas designadas por el otorgante en el texto de la escritura de otorgamiento a los fines del cumplimiento de las directivas contenidas en el mismo; d) juez competente; e) Funcionarios del ministerio público; f) Representantes de los centros de salud.

La posibilidad de consulta por parte de los representantes de centros de salud es una importante herramienta a la hora de tomar conocimiento sobre la aceptación o negativa de su paciente a someterse a un determinado tratamiento o a la utilización de soportes vitales.

La creación de estos registros constituye un avance trascendente en la protección de los derechos fundamentales de todas las personas y especialmente de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, consideramos necesaria la creación de registros similares en otras jurisdicciones, junto con la creación de un sistema informático que permita la consulta interjurisdiccional.

Es nuestro deber como notarios hacer conocer a la comunidad sus derechos, como así también buscar las herramientas jurídicas necesarias para poder cumplir con este objetivo.

VI. LA CUESTION EN EL DERECHO ARGENTINO.

La fuente de autorización primaria de la decisión de tratar o no tratar emana del paciente. Este derecho para autorizar el tratamiento es

independiente de la naturaleza de la enfermedad y de su estado evolutivo³⁷.

En Argentina, el primer reconocimiento del consentimiento informado emergió de la ley de ejercicio de la medicina N° 17.132 donde se establecieron pautas claras en relación al deber de informar de los profesionales de la salud, disponiendo en el art. 19 inc. 3° que éstos *“están obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, tentativas de delito o suicidio. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alineación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”*.

La Ley Nacional N° 24.193 de trasplantes de órganos incorporó el deber de brindar información con respecto a los riesgos de la operación, sus secuelas físicas y psíquicas para asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido la información suministrada.

La Ley N° 24.798 de lucha contra el sida, en su art. 6°, establece que el profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento.

La Constitución de la Provincia de Santa Fe, en su art. 19 señala: “Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado,

³⁷ Vid. Recomendaciones del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, cit. por GHERARDI, Carlos R. en *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001, p.387.

salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana.”

La ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sancionado la ley básica de salud (Ley 153) en la cual en su art. 4º inc. h, establece concretamente el derecho de las personas a la solicitud por parte del profesional actuante de su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos.

La Ley N° 3.076 de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, la cual, en su artículo 2º establece que todo paciente tiene derecho a *“que se le brinde toda información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente”, “que, previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informe sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de discapacidad, etcétera, para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia”* y finalmente establece expresamente la posibilidad de *“rechazar el tratamiento propuesto”* y de *“morir con dignidad”*.

En la Provincia de Tucumán, se ha sancionado la Ley N° 6.952, que establece los derechos del paciente y especialmente reconoce el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, a morir con dignidad, estableciendo el art. 1º inc. 18 el derecho a manifestar su conformidad o disconformidad por la atención recibida.

En los casos de operaciones mutilantes, ya el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa (por escrito) del enfermo. Así, en su art. 15° determina que el médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración) sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles.

Sin lugar a dudas, fue trascendente en la materia la sanción de la Ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado” de fecha 21.10.2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20.11.2009.

La Ley se opone claramente a la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente y reconoce el derecho de este último a ser protagonista en toda decisión que involucre su salud³⁸, enunciando en su artículo 2 como derechos del paciente los de: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

El inciso e) del artículo 2, al referirse a la autonomía de la voluntad expresa: *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en*

³⁸ Vid. RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio, comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010, p. 220.

los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimiento médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.”

El artículo 5 de la mencionada ley define el consentimiento informado como *“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”*.

Cabe destacar, el artículo 11 de la Ley 26.529 que reconoce el derecho de toda persona a disponer directivas anticipadas de salud. Establece dicho artículo: "Directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes".

Las provincias de Río Negro (Ley 4.263 y 4.264) y Neuquén (Ley 2.611), , prevén el derecho de las personas competentes ("mayor de edad, capaz y libre") para dictar instrucciones anticipadas en materia de salud.

En la provincia del Chaco se sancionó la ley 6.212 que modifica el C.P.C.C. de esa provincia, reconoce el Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano.

En la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.154 el 14/07/2010 que modifica la ley orgánica del notariado de la provincia y dispone que el colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad y regula a continuación su funcionamiento.

Hemos hecho referencia a la jurisprudencia que recepta estos actos y a la creación en nuestro país de los Registros de Actos de Autoprotección. En la actualidad diversos proyectos legislativos en la materia están siendo analizados en las legislaturas.

VII- CAPACIDAD Y AUTONOMÍA EN LA TOMA DE DECISIONES CONCERNIENTES A LA SALUD.

Los cambios operados en el Derecho en relación con la capacidad jurídica de las personas y la autonomía de la voluntad cobran

superlativa importancia cuando se trata de adoptar decisiones en el delicado ámbito de la salud. Una primera y fundamental cuestión a dilucidar es la aptitud requerida para ello. La más reciente normativa internacional adoptada en el proceso de especificación de los derechos humanos reconoce cabalmente que todas las personas tienen derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les conciernan. Por cierto que las referidas a la salud no constituyen una excepción y podemos afirmar que así es aún en el caso de aquellas personas sujetas a un régimen legal de protección, como los niños o las personas con discapacidad.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, opinión que deberá ser tomada en cuenta en función de su edad y madurez (art 12).Y su artículo 5 nos habla de la responsabilidad de los padres y de la comunidad de impartirle al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención entre los cuales se encuentra por supuesto, su derecho a la salud.

En nuestro país la ley nacional 26061 recepta este postulado y lo profundiza aún más. Así, se establece que el interés superior de la niña, niño y adolescente significa la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías La misma norma, como parte integrante del concepto expresado, obliga a respetar derechos que se vinculan a la

autonomía e intimidad de la vida del niño. Entre ellos, su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

El artículo 2 de la ley proclama que los niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Sin dudas, es de plena aplicación en el ámbito de la salud.

Los artículos 18 a 31 desarrollan principios y derechos que reafirman el concepto de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y en su vida cotidiana. El artículo 24 declara que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y que esa opinión deberá ser tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez.

La ley argentina 26.529 sobre los Derechos del Paciente frente a los Profesionales de la Salud, como lo hemos señalado, reconoce en su artículo 2 inciso e) el derecho personalísimo de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que deban tomarse sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. Receta de manera clara el espíritu y la normativa de la CIDN y de ley 26.061.

En igual sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en el artículo 3, como el primero de sus principios, el respeto a la dignidad inherente, a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas con discapacidad. El artículo 25 en su inciso d exige a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un *consentimiento libre e informado*.

El artículo 12 de dicho pacto internacional afirma que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, que se les debe proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona

Desde la Bioética se habla de competencia o autonomía moral en relación a la aptitud de las personas para arribar a una deliberada, reflexiva y madura decisión con respecto a su propia salud, con comprensión cabal de su significado y sus consecuencias, aunque padezca limitaciones de otra índole.

Debemos comprender que este concepto se contrapone al rígido régimen de capacidad jurídica de las personas regulado en la legislación que se enmarcó en el positivismo legalista del Código Civil francés de 1.804, fuente de inspiración del proceso de codificación del siglo XIX. Su expresión fue el binomio capacidad-incapacidad y se tradujo en la sustitución de la voluntad de las personas consideradas incapaces por la ley por la de su representante legal en todos los actos de la vida civil. Estas disposiciones, vigentes aún en países que han aprobado las referidas convenciones, como es el caso del Código Civil Argentino, exigen hoy una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados en la materia.

Sabemos que si bien en ocasiones la sustitución de la voluntad de las personas en situación de vulnerabilidad se sostiene en el afán de protegerlas, al mismo tiempo implica otorgar a éstas el estatuto de un objeto y privarlo con ello de su jerarquía de ser humano, dueños del derecho a disfrutar de su vida y de su autonomía en todo aquello en que las circunstancias lo permitan.³⁹

Los nuevos derechos, como los llama Emanuel CALÒ⁴⁰ importan pues, más allá de la edad, la enfermedad o la discapacidad, la participación del paciente, en la mayor medida posible, en la toma de decisiones sobre terapias y tratamientos médicos, y la obligación para

³⁹ Vid. RAJMIL, Alicia Beatriz y LLORENS, Luis Rogelio, *Derecho de Autoprotección, op. cit.*, pag.3

⁴⁰ CALO, Emanuele. *op. cit.* p. 285

ello de brindarle información adecuada, con el concurso de sus representantes legales cuando sea necesario.⁴¹

Quien puede expresarse en cuestiones que afectan a su propio cuerpo o a su salud, es lógico que pueda hacerlo anticipadamente plasmando de manera fehaciente su voluntad en documento idóneo.

El derecho de toda persona a expresar su opinión y a que la misma sea tenida en cuenta en toda decisión que le concierna de acuerdo a su madurez y desarrollo no debe encontrar escollos en el ámbito de la salud y menos aún detenerse ante interpretaciones restrictivas del Derecho, ya sea en atención a la edad o a la declaración judicial de incapacidad.

Por los motivos expresados no acordamos con las leyes⁴² que exigen la mayoría de edad y la capacidad jurídica del sujeto como requisito para otorgar directivas anticipadas sobre su salud. Cada caso amerita un análisis particular pero, según nuestro criterio, tratándose de actos autorreferentes de carácter personalísimo basta la aptitud para comprender cabalmente las consecuencias de la decisión adoptada, más allá de las medidas de apoyo que cada persona requiera en la toma de

⁴¹ Ley N° 18473 de Uruguay sobre Voluntad Anticipada (art. 7°): “...cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante”. Ley N° 2611 de la provincia de Neuquén, República Argentina (art. 11, último parr): “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

⁴² La misma Ley 18473 de Uruguay, por ejemplo, requiere que la persona sea mayor de edad y psíquicamente apta.

decisiones. Nadie puede ser privado del derecho a ser oído en este ámbito.

VIII - FUNCION NOTARIAL

El tema analizado en el presente trabajo se vincula estrechamente con el notariado latino y su función. El trato personalizado con sus requirentes, la ética y la idoneidad jurídica, características de la labor diaria del escribano, aseguran su eficacia en la búsqueda y diseño de estrategias y herramientas jurídicas que garanticen la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas.

El derecho de autoprotección requiere, quizás más que otros, de la labor artesanal y personalizada del notario, como intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, como asesor natural y calificado, como creador del documento válido y eficaz que recepte cabalmente esa voluntad, para que sea respetada cuando el sujeto no pueda expresarse por sí mismo. El escribano es el profesional idóneo para dar respuestas adecuadas a estas inquietudes que se presentan cada vez con mayor pertinencia en nuestra sociedad.

El notariado desempeña un rol fundamental en los grandes cambios del mundo jurídico, es el primer intérprete de las reformas legislativas, brega por las modificaciones necesarias pero también implementa y aplica los nuevos criterios en su diaria labor.

Resulta pertinente recordar que el escribano, por delegación del Estado, da fe de los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran, garantiza la fecha cierta de dichas declaraciones y les otorga matricidad, lo cual permite contar con el instrumento en el momento oportuno y salvaguardarlo de alteraciones, pérdidas o subtracciones.

Estas directivas anticipadas, nuevas en cuanto a su desarrollo por responder a necesidades e inquietudes de la vida actual y el progreso, deben ser asumidas como un desafío por el notario, en su doble función: como jurista en la interpretación de las leyes y como operador del derecho y creador de formas aptas para instrumentar válidamente la voluntad de los particulares.

De esta manera debe el escribano actualizarse y capacitarse para ofrecer respuestas idóneas ante este nuevo requerimiento de la sociedad.

IX - CONCLUSIONES

En primer lugar debemos concluir en que la vigencia y validez del derecho de autoprotección en el ámbito de la salud resulta incuestionable. Normas internacionales, constitucionales y nacionales hoy no dejan lugar a dudas sobre su legitimidad, que se reconoce ampliamente en el Derecho Comparado.

También debemos destacar que el tema se vincula con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas, aquellos inherentes a la libertad, a la igualdad y a la dignidad de todos los seres humanos más allá de su edad, sexo, discapacidad, enfermedad o cualquier otra circunstancia. En esta materia nadie puede considerarse excluido de responsabilidad.

El escribano desde su actividad diaria debe contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, no sólo aquellos que protegen sus intereses patrimoniales sino también y fundamentalmente sus derechos personalísimos, con herramientas jurídicas, ágiles y eficaces. Los actos de autoprotección constituyen una respuesta válida y adecuada en este camino.

BIBLIOGRAFIA

- BARBERO, Dariel O. y DABOVE, María Isolina, “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción*, Graficarte, N° 1, Año 1, Rosario, 2009.
- BORGES, Jorge Luis, “El Inmortal”, en *El Aleph*, 1949.

- CALO, Emanuele, “Bioética, nuevos derecho y autonomía de la voluntad”, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2000.
- CARMELO DIAZ, Gustavo D, *Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- CASIELLO, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995.
- GHERARDI, Carlos R., *Medicina y Cultura*, Los Editoriales de la Medicina, Buenos Aires, 2001.
- HIGHTON, Elena, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°1 *Daños a la Persona*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- HOOFT, Pedro Federico. “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005.
- HUTT, Efraín, “Pacientes Terminales” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 2, Año 1, Graficarte, Rosario, 2009.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de Autoprotección*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Año 1, N° 1, Graficarte S.H., Rosario, 2009.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., comentario a la Ley 26.529 en *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción*, N° 3, Año 2, Graficarte, Rosario, 2010,
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., “Creación del Registro de Actos de Autoprotección a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires” en *Revista del Notariado*, N° 880, Buenos Aires, 2005.

LEGISLACIÓN

LEY III Nro 34. ¹

***LEY DE DECLARACION DE VOLUNTAD
ANTICIPADA***

PROVINCIA DEL CUBUT

Artículo 1º. Toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad, a través de los denominados actos de Declaración de Voluntad Anticipada o autoprotección, en forma de instrucciones, directivas, decisiones o previsiones, para ser ejecutada en aquellas circunstancias en que la misma esté imposibilitada por cualquier causa, sea de manera transitoria o permanente, de hacerlo por sí.

Artículo 2º. Se entiende por "voluntad anticipada", toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, la que deberá respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.

Artículo 4º. Los escribanos públicos que autoricen escrituras

¹ Promulgada el 21 de Marzo de 2011 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de Marzo de 2011.

cuyo contenido sea el otorgamiento, modificación, sustitución y/o revocación de manifestaciones de Voluntad Anticipada, procederán a inscribirlas en el Registro de Voluntades Anticipadas, en la forma y plazo que determine el Colegio de Escribanos de la Provincia de Chubut.

Artículo 5°. El Colegio de Escribanos deberá garantizar la accesibilidad de todas las personas al Registro, para lo cual deberá contar con los recursos humanos, oficinas y equipamiento acorde, en cada una de las Circunscripciones que posee en el territorio provincial.

La persona que desee otorgar una Declaración de Voluntad Anticipada y acredite no poseer recursos suficientes, según lo que la propia reglamentación disponga, quedará exenta del pago de honorarios, referido a dicho acto de declaración, modificación, sustitución y/o revocación.

Artículo 6°. Toda declaración deberá expresarse en términos claros y precisos, y podrá ser modificada, sustituida o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que actúe con libertad y discernimiento. En todos los casos prevalecerá el contenido de la última manifestación realizada.

Artículo 7°. No serán consideradas las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico.

Artículo 8°. El Colegio de Escribanos deberá realizar, por

diversos medios, publicidad de la existencia y alcance del Registro de Voluntades Anticipadas, a los fines de su conocimiento y accesibilidad, con el objetivo de dotar de efectividad al mismo, facilitando y garantizando el acceso de autoridades judiciales y/o administrativas y/o a quien acredite interés legítimo.

Artículo 9º. La reglamentación sobre la organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, dictada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Chubut, deberá ser concordante con lo instituido en la presente norma, la que deberá ser cumplimentada en un plazo de ciento veinte (120) días desde su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 10º. LEY GENERAL. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DE LA HONORABLE LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT, AL PRIMER DÍA DEL MES DE MARZO DE DOS MIL ONCE.

COMENTARIO SOBRE LA LEY CHUBUTENSE DE DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Notaria Mónica Susana Zanazzi¹

La legislatura de la provincia de Chubut sancionó el 1 de Marzo de 2011 una ley denominada "Ley de Declaración de Voluntad Anticipada" bajo el número 34, la que fue promulgada por Decreto 304/10 el 21 de Marzo de 2011 y publicada en el Boletín Oficial 11194 el 28 de Marzo de 2011.

El derecho fundamental de las personas de disponer sobre sus intereses personales y patrimoniales para el futuro y frente al caso de una eventual pérdida de discernimiento, además del reconocimiento constitucional, doctrinal, jurisprudencial, tiene hoy con la ley chubutense expreso y completo reconocimiento legislativo, al menos en el ámbito de dicha provincia.

¹ Abogada. Notaria titular de Registro de Contratos Públicos de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, miembro pleno del Instituto de Derecho e Integración.

La ley nacional 26.529 reconoce, en su artículo 11, las directivas anticipadas sólo referidas al ámbito de la salud. Circunscriptas a esta materia también han sido reconocidas por las leyes 4.263² y 4264³ de la provincia de Río Negro y 2611 de la provincia de Neuquén⁴. Los Registros de Actos de Autoprotección que funcionan en los Colegios Notariales de distintas provincias argentinas han tenido reconocimiento legislativo de manera tácita en la provincia de Chaco y expresa en la provincia de Buenos Aires. En la provincia del Chaco la ley 6.212 modificó el C.P.C.C. y estableció la obligación de los jueces de solicitar informes a ese registro en todos los juicios de insania y darle prioridad a las directivas impartidas por el presunto insano. La legislatura de la provincia de Buenos Aires sancionó la ley 14.154 que, inspirada en la reglamentación que dio origen a la creación del registro de actos de autoprotección de esa provincia, modificó su ley orgánica notarial y estableció que el colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad,

² Dispone que toda persona capaz tiene derecho a expresar su consentimiento o rechazo a tratamientos médicos que pudieran indicársele en el futuro, ante el médico tratante y dos testigos o ante escribano público.

³ Legisla sobre enfermos terminales y su derecho al rechazo a procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación y reanimación artificial, desproporcionados a la posibilidad de mejoría, que produzcan dolor o sufrimiento. Si se hace de manera anticipada debe ser ante escribano en instrumento público.

⁴ En su artículo 13, establece que cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad.

La ley que analizamos abarca todos los ámbitos de la vida de una persona y no se limita únicamente a las cuestiones de salud. Según la misma, se entiende por “voluntad anticipada”, toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial,....”

Que la ley diga que estos actos de voluntad anticipada o autoprotección deban realizarse por escritura pública implica el reconocimiento que los mismo han surgido a través del uso notarial, siendo la escritura pública el instrumento idóneo para garantizar la seguridad de estos actos y el notario el profesional de derecho por excelencia, “ intérprete necesario de voluntades autorreferentes, cimentado en una capacitación constante, cumplirá su función profesional de consejero-asesor, dotando a la voluntad del requirente del marco jurídico necesario, debiendo recordar que cada persona es única e irrepetible, como también lo es cada acto de autoprotección.”⁵

En su artículo tercero crea el Registro de Voluntades Anticipadas cuyo funcionamiento y organización recaerá en la órbita del

⁵ LUCERO ESEVERRI, Roberto,” El Notario: Intérprete Necesario de Voluntades Autorreferentes”, Revista Número 1 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina 2009, p.99.

Colegio de Escribanos de la Provincia, quien garantizará la custodia, conservación y accesibilidad de las Declaraciones de Voluntades Anticipadas emitidas en el territorio de la Provincia.

La delegación por parte del Estado de la organización y funcionamiento de los Registros de Voluntades Anticipadas en los Colegios de Escribanos, descomprime la burocracia estatal, dotando a los mismos de una mayor seguridad y garantía en su funcionamiento.

Tal como vimos en el Número 2 de nuestra publicación⁶, existe un proyecto de ley sobre Actos de Autoprotección presentado por el diputado Hugo María Marcucci en la legislatura de la Provincia de Santa Fe el día 27 de Abril de 2009. Podemos afirmar que la ley chubutense y el mencionado proyecto santafesino, coinciden claramente en la mayoría de los artículos, con algunas excepciones conceptuales y diferencias en cuanto al contenido que quisiéramos marcar en el presente trabajo.

1. Diferencia conceptual entre actos de autoprotección y actos de declaración de voluntad anticipada.

El artículo primero del proyecto santafesino, dice que “toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad a través de los denominados *actos de*

⁶ Revista Número 2 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina 2009, p.199

autoprotección (...)”. La ley chubutense, en tanto, afirma que “toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad, a través de los denominados *actos de Declaración de Voluntad Anticipada o autoprotección (...)*”. Se observa una sutil diferencia en la redacción del texto: mientras que en el primer caso se hace referencia a actos de autoprotección, en el segundo se alude a actos de declaración de voluntad anticipada o autoprotección. ¿Cuál es el término que expresa más adecuadamente el espíritu de la ley? El proyecto de ley santafesino se refiere, como vimos, a *actos de autoprotección*. El término autoprotección es el que actualmente se impone en la práctica a pesar de ser criticado por ser “demasiado amplio”. La ley chubutense agrega *voluntad anticipada* como sinónimo de autoprotección. Sin embargo, existe la idea de que voluntad anticipada se utiliza preferentemente en temas vinculados a la salud, como lo menciona la ley nacional 26529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” en su art11.

Existen numerosos términos que aluden básicamente a lo mismo, es decir, al derecho que tiene toda persona a decidir sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro y ante una eventual pérdida de su discernimiento. Como ejemplo podemos citar: “living will”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia”, “disposiciones para la propia eventual incompetencia” o “directivas anticipadas”, “actos de autoprotección”. No es el propósito del presente trabajo desentrañar cuál sea el concepto más adecuado, sino

dejar al menos abierta la búsqueda del mismo y asentada la diferencia entre el proyecto santafesino y la ley chubutense.

2. Acerca del Registro de Voluntades Anticipadas

El artículo tercero de la ley chubutense declara: “Créase el Registro de Voluntades Anticipadas, cuyo funcionamiento y organización recaerá en la órbita del Colegio de Escribanos de la Provincia, quien garantizará la custodia, conservación y accesibilidad de las Declaraciones de Voluntades Anticipadas emitidas en el territorio de la Provincia. Deberá asegurar en todos los casos la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales”

El proyecto santafesino no *crea* el mencionado Registro puesto que el mismo ha sido ya creado por decisión del Colegio de Escribanos de Rosario, con anterioridad al proyecto, en el año 2006. Al respecto, la Dra. Rajmil⁷, nos informa que:

“El Registro de Actos de Autoprotección creado por el Colegio de Escribanos de nuestra demarcación, cuenta con numerosos actos inscriptos, y semanalmente responde informes enviados por los juzgados, con lo que judicialmente se reconoce la validez e importancia de los actos inscriptos.

⁷ RAJMIL, Alicia Beatriz, “Derecho de Autoprotección. Proyectos legislativos” en Revista Número 2 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, Argentina 2009, p. 189.

Funciona en nuestra ciudad dentro del Archivo de Protocolos, conjuntamente con el Registro de Testamentos, es decir, rodeado de la necesaria seguridad, protección y reserva. Se inscriben escrituras no sólo de nuestra provincia, sino también de todo el país, de hecho se han inscripto escrituras de la provincia de Mendoza y de otras jurisdicciones donde aún no funciona el Registro. No genera gastos al erario público ni a los usuarios ya que los trámites son absolutamente gratuitos. Su funcionamiento es solventado por el Colegio de Escribanos, con el único ánimo de contribuir a la defensa y protección de los derechos inscriptos, en ejercicio de su función pública y social”.

3. Acerca de la accesibilidad al Registro

En su artículo quinto, la ley chubutense afirma que: “El Colegio de Escribanos deberá garantizar la accesibilidad de todas las personas al Registro, para lo cual deberá contar con los recursos humanos, oficinas y equipamiento acorde, en cada una de las Circunscripciones que posee en el territorio provincial” Hasta aquí, coincide con el artículo cuarto del proyecto santafesino; sin embargo, la ley agrega que: “La persona que desee otorgar una Declaración de Voluntad Anticipada y acredite no poseer recursos suficientes, según lo que la propia reglamentación disponga, quedará exenta del pago de honorarios, referido a dicho acto

de declaración, modificación, sustitución y/o revocación”. Este agregado de la ley chubutense merece un especial interés en tanto queda garantizado el derecho de autoprotección a *todos* aquellos que deseen ejercerlo, impidiendo que la falta de recursos sea un obstáculo para ello.

4. Conclusiones

La existencia del Registro y del proyecto de ley en nuestra provincia, resultan de vital importancia para el ejercicio de los derechos de autoprotección. Que no exista una normativa subconstitucional específica y completa referida a estos derechos, no implica que los mismos resulten extraños al ordenamiento jurídico argentino, dado que poseen plena vigencia y validez en tanto se encuentran sustentados por la Constitución Nacional, los tratados internacionales a ella incorporados y por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo creemos que la *sanción* de la ley, como en el caso de Chubut, que abarca disposiciones sobre la administración del patrimonio, cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, es lo que otorga una mayor operatividad al derecho.

JURISPRUDENCIA

**TRIBUNAL DE FAMILIA
DE LOMAS DE ZAMORA**

SALA: Nro 3. ¹

VOCES:

DERECHO A LA INTIMIDAD - MEDIDAS
CAUTELARES - RESPONSABILIDAD MÉDICA -
CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - ENFERMEDADES -
INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD - DIABETES - OPERACIONES MUTILANTES

SUMARIO

1. Corresponde no hacer lugar a la autorización solicitada por la esposa y los hijos de un enfermo de diabetes, para realizar una intervención quirúrgica mutilante -amputación de miembro inferior

¹ Sentencia de fecha 13 de febrero de 2006.

derecho- en la persona del enfermo internado en el Hospital con gangrena de dicho miembro, debiendo respetarse el sentido de su decisión autónoma y proveerle la atención médica integral conducente, para cuidarlo, aliviarlo y confortarlo en sus actuales circunstancias, sin amputarle la pierna.

2. Debe tenerse en cuenta, a los efectos del respeto a la decisión del enfermo, la lucidez mental del paciente, que fuera ratificada por el especialista en salud mental del Hospital en donde se encuentra internado, quien afirma que el enfermo se halla en uso de sus facultades mentales teniendo comprensión cabal de la gravedad de la situación y de que como consecuencia de no amputarse su pierna, la enfermedad lo conduciría a la muerte.

3. Deben ponderarse las afirmaciones efectuadas por la integrante del Servicio Social del Hospital, quien puntualizó que el paciente en reiteradas oportunidades había manifestado que no quería ser un minusválido ni constituir una carga para su familia, reiterando el rechazo a ser amputado, en coincidencia con los dichos de los profesionales tratantes.

4. En el caso, la operación mutilante no ofrece, una solución definitiva permanente para la salud del paciente, sino que constituye un intento de conservar su vida, sin efectos sobre la evolución posible de la enfermedad de base (Diabetes Mellitus de larga duración).

5. Ante la negativa en prestar el consentimiento, para la amputación indicada por los médicos, de parte del paciente, debe tenerse en cuenta que el consentimiento informado, implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Ello así, la noción comprende dos aspectos y la doctrina impone al profesional dos deberes: a) que el médico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento; b) que el médico revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto.

6.-Cuando se reúnen las circunstancias de la autonomía (información, comprensión, ausencia de coacción externa e interna, la autenticidad) las decisiones libres e informadas deben ser respetadas, aún significando el rechazo a tratamientos médicos que pueden limitar el curso vital.

7. Debe determinarse que el derecho argentino garantiza el respeto por las decisiones en las que se hallan comprometidos la disposición del propio cuerpo, la intimidad y la privacidad (arts.19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1071 bis del CCiv.), la libertad de cultos y objeciones de

conciencia (art.14 de la Constitución Nacional) y la identidad cultural y la igualdad (arts.75 inc.17 y 43 de la Constitución Nacional; leyes 23.592 y 23.798).Ello así, la articulación armónica entre los principios de respeto por la autonomía, la dignidad y el valor vida -entendida como calidad de vida contextualizada- debe orientar la solución al dilema planteado en cada caso concreto.

8. En el caso de autos, a fin de asegurar las condiciones mínimas de regulación del principio de autodeterminación, se han considerado en particular frente al rechazo a la intervención informado del paciente las siguientes circunstancias: que la negativa haya sido informada, es decir, que se haya acreditado en autos la voluntariedad de la determinación negativa; las circunstancias de autonomía, especialmente la provisión de información adecuada -es decir, acorde con la comprensión de la persona, atendiendo a que es un profano en la materia- y relevante para posibilitar su participación inteligente en la decisión, y la ausencia de coacción.

9. La vida, la integridad personal y la salud son estimadas por la conciencia social y el derecho vigente como valores que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente. Entre los derechos a la integridad física, relativos al cuerpo y a la salud, es dable afirmar que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando -como en la especie- se está en condiciones de expresar su voluntad.

10. Debe determinarse que el paciente ha obrado con discernimiento al negarse a ser operado y que no hay mengua en sus facultades mentales que ameriten sustituir su voluntad, más allá de la natural angustia del padecimiento que presenta y que no lo inhibe de la toma responsable de decisiones. Por lo que debe respetarse la voluntad del paciente, que no presenta patología psiquiátrica al momento del examen y que conoce las consecuencias de su negativa a ser amputado, y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el "árbitro único e irremplazable de la situación". El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida, pues es el propio paciente, el que se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una subsistencia llena de deficiencias y limitaciones y a una intervención que, en este caso, sólo ofrece la "probabilidad" de una prolongación transitoria de la vida; máxime que la amputación de la pierna no es curativa, ni detiene la enfermedad de base, o sea la diabetes mellitus.

FALLO

En la ciudad de Banfield, a los 13 días del mes de febrero de 2006, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces del Tribunal de Familia n° 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Doctores María Silvia Villaverde y Gabriel César Díaz Dopazo, integrado por la Dra. María Edith Almeida, por ausencia del Dr.

Enrique Quiroga en uso de vacaciones compensatorias, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: CARABAJAL, ALDO S/MEDIDAS PRECAUTORIAS Exp.1872/2006, se procedió a practicar el sorteo de ley resultando del mismo el siguiente orden de votación: Dra. María Silvia Villaverde, Dr. Gabriel C. Díaz Dopazo y Dra. María Edith Almeida, el Tribunal procedió a formular la siguiente:

CUESTION UNICA ¿Qué decisión corresponde dictar?

A LA UNICA CUESTION LA SEÑORA JUEZA DOCTORA MARIA SILVIA VILLAVERDE DIJO:

I. A fojas 1/15 de estas actuaciones se presentó la Sra. Estela Yolanda González, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad de 20, 19 y 16 años, con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Oficial a cargo de la Defensoría Civil N°5 departamental Dr. Pablo Ernesto Bocaccia, a los efectos de obtener autorización judicial para una cirugía de amputación del miembro inferior derecho a su esposo Aldo Carabajal de 45 años, conforme ha sido indicada por los médicos intervinientes y pese a la negativa a operarse por parte de su cónyuge, acreditándose las circunstancias referidas con los informes de los médicos traumatólogo J.O.Perez Castro (fs.6) y Simón Khoury (fs.7), de la médica psiquiatra María Cristina García (fs.8) y de la asistente social Jefa del Servicio Social Lic. Silvia B. Carracedo (fs.9), todos ellos del Hospital Zonal General de Agudos Narciso López de

Lanús, en el que se halla internado el Sr. Carabajal desde el 2 de febrero de 2006 con un diagnóstico de gangrena diabética en pierna derecha y lesiones hasta el nivel del muslo derecho que indican desarticulación de cadera e infección que lo colocan en riesgo de muerte de no realizarse la amputación del miembro inferior derecho.

Invoca la esposa como fundamento de su petición el stress psicológico, que priva a su esposo del equilibrio necesario para decidir lo mejor para sí y para su familia. Asimismo señala que se contraponen al derecho a la intimidad y al derecho a la autodeterminación y sobre el propio cuerpo de su esposo, amparados por los arts. 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución bonaerense, su derecho a la vida y el derecho a la integridad familiar de los integrantes de su familia, especialmente el derecho de los hijos menores a seguir creciendo en compañía de sus padres (art.36 de la Constitución provincial), los que señalan un límite a la esfera de reserva individual prevista constitucionalmente.

II. Habida cuenta de la progresividad que caracteriza al grave cuadro diagnosticado, toda demora procesal de la decisión final debe reducirse drásticamente; por lo que el 8 de febrero de 2006 se libraron oficios urgentes al hospital para que el Comité de Bioética de la institución de salud emitiera su dictamen en el término de doce horas sobre la cuestión planteada referida a la situación en la que se hallaba el Sr. Aldo Carabajal y para que se informara sobre: 1) si la operación

mutilante ofrecía una solución definitiva permanente para la salud del paciente, 2) cuál era el beneficio real de la intervención quirúrgica y si detenía la enfermedad, 3) si, en caso de no efectuarse la operación de amputación, resultaría la muerte segura del paciente, y 4) si existe alguna alternativa a la intervención quirúrgica.

III. A fs.27/9 obra agregado el informe del Comité de Bioética, que presidido por el Dr. Juan Carlos Celhay se reunió el 9 de febrero de 2006 con la presencia de sus miembros: la Lic.en Trabajo Social Silvia Carracedo y la obstétrica María Rosa Miño, y con los médicos convocados como informantes sobre las condiciones de estudio y tratamiento del Sr. Aldo Carabajal: el Jefe de Clínica Médica Dr. Mario Bascopé, el Jefe de Cuidados Progresivos Dr. Cantarovich, una profesional perteneciente a la Salud Mental y el Jefe Interino de Traumatología y Ortopedia Dr. Serrano.

Por unanimidad los médicos a cargo de la atención del paciente coincidieron en que se trata de un caso quirúrgico, que el tipo de intervención era la amputación del miembro inferior afectado de gangrena húmeda y que resultaba imposible asegurar resultados satisfactorios debido a la extrema gravedad y el estado avanzado de la patología.

Sobre la lucidez del paciente, la especialista en salud mental afirma que el Sr. Carabajal se halla en uso de sus facultades mentales teniendo comprensión cabal de la gravedad de la situación y de que

como consecuencia de no operarse la enfermedad lo conduciría a la muerte. La integrante del Servicio Social puntualizó que el paciente en reiteradas oportunidades manifestó que no quería ser un minusválido ni constituir una carga para su familia. Asimismo en una entrevista personal entre el Sr. Carabajal y el Presidente del Comité, el primero reiteró su rechazo a ser amputado, en coincidencia con los dichos de los profesionales tratantes. Como conclusión de las intervenciones detalladas, el Comité informa que el paciente, desde el punto de vista ético, se constituye en una persona competente y capaz de tomar decisiones autónomas con comprensión de las consecuencias que sus decisiones puedan producir. Se cita bibliografía para la fundamentación teórica: Hooft, Pedro, Bioética y derechos humanos. Temas y Casos, Depalma, Buenos Aires, 1995. Niño, Luis, Eutanasia y morir con dignidad, Buenos Aires, Universidad, 1994. Beauchamps, Tom L., Childress, James, Principios de ética biomédica, Masson S.A., Barcelona, 1999. Maglio, Ignacio y Maglio, Francisco, Guías de Buena Práctica Ético Legal en HIV/SIDA, Volumen II, N°3, Arkhetypo, Buenos Aires, 2000.

A fs.30 obra agregada la respuesta al pedido de informe, del que surge que la operación mutilante no ofrece una solución definitiva permanente para la salud del paciente, sino que En la ciudad de Banfield, a los 13 días del mes de febrero de 2006, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces del Tribunal de Familia n° 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Doctores María Silvia

Villaverde y Gabriel César Díaz Dopazo, integrado por la Dra. María Edith Almeida, por ausencia del Dr. Enrique Quiroga en uso de vacaciones compensatorias, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: CARABAJAL, ALDO S/MEDIDAS PRECAUTORIAS Exp.1872/2006, se procedió a practicar el sorteo de ley resultando del mismo el siguiente orden de votación: Dra. María Silvia Villaverde, Dr. Gabriel C. Díaz Dopazo y Dra. María Edith Almeida, el Tribunal procedió a formular la siguiente:

CUESTION UNICA ¿Qué decisión corresponde dictar?

A LA UNICA CUESTION LA SEÑORA JUEZA DOCTORA MARIA SILVIA VILLAVERDE DIJO:

I. A fojas 1/15 de estas actuaciones se presentó la Sra. Estela Yolanda González, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad de 20, 19 y 16 años, con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Oficial a cargo de la Defensoría Civil N°5 departamental Dr. Pablo Ernesto Bocaccia, a los efectos de obtener autorización judicial para una cirugía de amputación del miembro inferior derecho a su esposo Aldo Carabajal de 45 años, conforme ha sido indicada por los médicos intervinientes y pese a la negativa a operarse por parte de su cónyuge, acreditándose las circunstancias referidas con los informes de los médicos traumatólogo J.O.Perez Castro (fs.6) y Simón Khoury (fs.7), de la médica psiquiatra María Cristina García (fs.8) y de la

asistente social Jefa del Servicio Social Lic. Silvia B. Carracedo (fs.9), todos ellos del Hospital Zonal General de Agudos Narciso López de Lanús, en el que se halla internado el Sr. Carabajal desde el 2 de febrero de 2006 con un diagnóstico de gangrena diabética en pierna derecha y lesiones hasta el nivel del muslo derecho que indican desarticulación de cadera e infección que lo colocan en riesgo de muerte de no realizarse la amputación del miembro inferior derecho.

Invoca la esposa como fundamento de su petición el stress psicológico, que priva a su esposo del equilibrio necesario para decidir lo mejor para sí y para su familia. Asimismo señala que se contraponen al derecho a la intimidad y al derecho a la autodeterminación y sobre el propio cuerpo de su esposo, amparados por los arts. 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución bonaerense, su derecho a la vida y el derecho a la integridad familiar de los integrantes de su familia, especialmente el derecho de los hijos menores a seguir creciendo en compañía de sus padres (art.36 de la Constitución provincial), los que señalan un límite a la esfera de reserva individual prevista constitucionalmente.

II. Habida cuenta de la progresividad que caracteriza al grave cuadro diagnosticado, toda demora procesal de la decisión final debe reducirse drásticamente; por lo que el 8 de febrero de 2006 se libraron oficios urgentes al hospital para que el Comité de Bioética de la institución de salud emitiera su dictamen en el término de doce horas

sobre la cuestión planteada referida a la situación en la que se hallaba el Sr. Aldo Carabajal y para que se informara sobre: 1) si la operación mutilante ofrecía una solución definitiva permanente para la salud del paciente, 2) cuál era el beneficio real de la intervención quirúrgica y si detenía la enfermedad, 3) si, en caso de no efectuarse la operación de amputación, resultaría la muerte segura del paciente, y 4) si existe alguna alternativa a la intervención quirúrgica.

III. A fs.27/9 obra agregado el informe del Comité de Bioética, que presidido por el Dr. Juan Carlos Celhay se reunió el 9 de febrero de 2006 con la presencia de sus miembros: la Lic. en Trabajo Social Silvia Carracedo y la obstétrica María Rosa Miño, y con los médicos convocados como informantes sobre las condiciones de estudio y tratamiento del Sr. Aldo Carabajal: el Jefe de Clínica Médica Dr. Mario Bascopé, el Jefe de Cuidados Progresivos Dr. Cantarovich, una profesional perteneciente a la Salud Mental y el Jefe Interino de Traumatología y Ortopedia Dr. Serrano.

Por unanimidad los médicos a cargo de la atención del paciente coincidieron en que se trata de un caso quirúrgico, que el tipo de intervención era la amputación del miembro inferior afectado de gangrena húmeda y que resultaba imposible asegurar resultados satisfactorios debido a la extrema gravedad y el estado avanzado de la patología.

Sobre la lucidez del paciente, la especialista en salud mental afirma que el Sr. Carabajal se halla en uso de sus facultades mentales teniendo comprensión cabal de la gravedad de la situación y de que como consecuencia de no operarse la enfermedad lo conduciría a la muerte. La integrante del Servicio Social puntualizó que el paciente en reiteradas oportunidades manifestó que no quería ser un minusválido ni constituir una carga para su familia. Asimismo en una entrevista personal entre el Sr. Carabajal y el Presidente del Comité, el primero reiteró su rechazo a ser amputado, en coincidencia con los dichos de los profesionales tratantes. Como conclusión de las intervenciones detalladas, el Comité informa que el paciente, desde el punto de vista ético, se constituye en una persona competente y capaz de tomar decisiones autónomas con comprensión de las consecuencias que sus decisiones puedan producir. Se cita bibliografía para la fundamentación teórica: Hooft, Pedro, Bioética y derechos humanos. Temas y Casos, Depalma, Buenos Aires, 1995. Niño, Luis, Eutanasia y morir con dignidad, Buenos Aires, Universidad, 1994. Beauchamps, Tom L., Childress, James, Principios de ética biomédica, Masson S.A., Barcelona, 1999. Maglio, Ignacio y Maglio, Francisco, Guías de Buena Práctica Ético Legal en HIV/SIDA, Volumen II, N°3, Arkhetypo, Buenos Aires, 2000.

A fs.30 obra agregada la respuesta al pedido de informe, del que surge que la operación mutilante no ofrece una solución definitiva permanente para la salud del paciente, sino que constituye un intento de

conservar su vida, sin efectos sobre la evolución posible de la enfermedad de base (Diabetes Mellitus de larga duración). Además el beneficio real de la operación es el intento razonable de mantener con vida la paciente, que el equipo médico estima no excedería el 20% de las posibilidades. El proceso de gangrena puede detenerse si la operación resulta exitosa, pero carece de efecto sobre la evolución de la diabetes mellitus. Se informa que, aun considerando la aleatoriedad de toda intervención quirúrgica, resulta razonable afirmar que la muerte del paciente es la evolución esperable en el caso de no amputar. Finalmente, atendiendo a las características de la gangrena, en la que los tejidos del miembro afectado se hallan en necrosis e infectados, no resulta posible ofrecer tratamiento alternativo al quirúrgico.

IV. A fs.25 obra agregada el acta del Dr.Gabriel Cesar Díaz Dopazo, que como presidente de este Tribunal de Familia se constituyó en el Hospital Narciso López el 9 de febrero de 2006 a las 11:30 hs. conjuntamente con los integrantes del Equipo Técnico interdisciplinario del tribunal: el psicólogo, Lic.Carlos Fichera, y el médico psiquiatra, Dr.Gonzalo Muiola, asistiendo también los integrantes del Comité de Bioética del centro de salud, que informaron al juez lo siguiente: 1) el paciente padece gangrena húmeda, originada por la enfermedad de base (diabetes mellitus), que ha progresado por la inactividad del enfermo para tratarse; 2) no existe alternativa a la amputación de la pierna derecha; 3) aun realizándose la práctica quirúrgica, calculan una probabilidad de supervivencia del 20%; 4) que de

no efectivizarse, lo único esperable es el fallecimiento; 5) que el paciente no presenta alteraciones mentales y conoce el resultado de su decisión; y 6) que la razón invocada y mantenida a lo largo del tiempo, desde que se enteró de la operación, es: no querer ser un minusválido.

Además de la reunión mantenida con el Comité de Bioética, el Dr. Gabriel Díaz Dopazo mantiene una conversación con el paciente - internado en la Sala General-, a quien encontró predispuesto al diálogo y por momentos emocionado. El Sr. Carabajal expresó al Juez repetidas veces que no quería transformarse en una carga, que siempre se había dedicado a “chapa y pintura” y que, por tratarse de un trabajo de fuerza, no podría realizarlo en el futuro si se le amputaba la pierna. Ante la pregunta del juez sobre si sabía que la consecuencia de su negativa era la muerte, el Sr. Carabajal contestó que lo sabía porque se lo habían dicho los médicos y que, aún así mantenía su decisión.

Seguidamente, el Juez se reunió con los familiares (la esposa y los tres hijos: Oscar, Pablo y Ezequiel); éstos últimos consideran que la operación le prolongará la vida al padre, pudiendo siempre "aparecer una salvación", y que de otro modo, el sufrimiento será prolongado hasta su fallecimiento.

Los profesionales del Equipo Técnico, que acompañaron al juez al hospital, también mantuvieron entrevistas con el paciente y con sus familiares. Sus informes obran agregados a fs.31/6 (informe psicológico) y fs.37 (informe psiquiátrico).

V) El objeto concreto de la petición inicial de la esposa es la de requerir autorización judicial para que se efectúe al esposo de la peticionante una intervención quirúrgica en virtud de la gangrena que afecta su pierna derecha, siendo la diabetes mellitus la enfermedad de base. Señala que la única alternativa frente a la gangrena es la amputación del miembro, pero que el esposo no consiente la operación, por no tener en claro su discernimiento debido a un profundo stress psicológico.

En primer lugar se ha acreditado en autos mediante los informes médicos verbales y escritos de los profesionales intervinientes, detallados ut supra, que el Sr. Aldo Carabajal -esposo de la peticionante y padre de sus hijos- padece gangrena húmeda, motivada por la enfermedad de base (diabetes mellitus), que ha progresado por la inactividad del enfermo para tratarse adecuadamente; que no existe alternativa a la amputación de su pierna derecha; que calculan una probabilidad de sobrevida del 20%, aunque se realizase la práctica quirúrgica; que de no efectivizarse, lo único esperable es el fallecimiento, y que el mismo reviste urgencia debido al progreso de la sepsis gangrenosa.

VI. Ante dicho diagnóstico y considerando la negativa del Sr. Aldo Carvajal a prestar consentimiento para la amputación indicada por los médicos, un primer aspecto que deviene fundamental para dilucidar la cuestión planteada es la evaluación de la competencia (desde el punto

de vista bioético) o de la capacidad plena para autodeterminarse (desde la perspectiva jurídica).

Sobre el concepto de consentimiento informado, Highton y Wierza afirman que éste "... implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. La noción comprende entonces dos aspectos y la doctrina impone al profesional dos deberes: a) el medico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento; b) el medico revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto..." (conf. Highton, Elena I. y Wierza, Sandra M., "La relación médico-paciente: el consentimiento informado", 2003, Ed.Ad-Hoc, pág.1)

VII. La doctrina del consentimiento informado es puesta a prueba en los casos de rechazo informado o negativa de la persona a recibir asistencia o tratamiento médico.

La perspectiva contractual, según la cual el consentimiento es la circunstancia que construye y da sentido a la relación clínica, ha sido considerada como estrecha, por no atender a los "valores en conflicto: lo publico y lo privado, la vida y la libertad" (conf.Lorenzetti, R.L.,

Responsabilidad de los médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997,Tomo I, pág.91)

La valoración negativa frente a la manifestación de no "querer curarse" halla sustento en la presunción de la intencionalidad colectiva, según la cual las personas, cuando enferman, prefieren ver restablecida o mejorada su salud. Agrégase a ello, que el dilema planteado por el rechazo a una práctica médica constituye, en algunos casos, la impugnación a la unidireccionalidad del saber y la racionalidad médica, implícitos en la construcción clínica del consentimiento informado; además de desnaturalizar el propósito de la medicina, sostenido inveteradamente en la fórmula consagrada del "arte de curar".

Algunos de los argumentos esgrimidos para defender la inaceptabilidad del rechazo terapéutico se fundamentan en que detrás de la salud de cada persona existe un deber social de curación; pues cada sujeto vive en y con relación a los demás, situación que le impone deberes hacia la familia y la comunidad "sistemas de autoafirmación". Se describen deberes tales como los derivados de la responsabilidad parental, los deberes cívicos y militares, los deberes de producción e incluso algunos de naturaleza religiosa, cuando se considera que la vida es un don entregado por Dios, y en consecuencia resulta un bien indisponible por decisión individual.(conf. Maglio, Ignacio y Maglio, Francisco, Guías de buena práctica ético legal en HIV/SISA. Rechazo informado y muerte digna. Volumen II, N°3, Septiembre 2000,

Arkhetypo, pág.22 - Maliandi, Ricardo, *Ética: conceptos y problemas*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2004, pág.183 - Sagües, Néstor Pedro, "¿Derecho constitucional a no curarse?", LL 1993-D-125)

Resulta de interés para ilustrar los argumentos presentados en el párrafo antecedente, el dictamen del Asesor de Menores Dr. Alejandro Molina, en un caso en el que desplegó el derecho de los hijos menores al recuerdo de una madre que murió en defensa de sus más íntimas convicciones, pues la madre -a pesar del riesgo vital derivado de su negativa- se rehusaba a ser transfundida por profesar el culto de los Testigos de Jehová. (ED 164-651)

Frente a la postura desarrollada, se erige la defensa de la regla de la autodeterminación, capacidad para decidir sobre la propia vida, que se fundamenta en la libertad e inviolabilidad de la persona humana. El principio de autonomía de la teoría principalista de la bioética avala este criterio al sostener que en la medida en que se observen las circunstancias que posibiliten su ejercicio, el respeto por la autonomía debe primar en toda decisión clínica.

Cuando se reúnen las circunstancias de la autonomía (información, comprensión, ausencia de coacción externa e interna, la autenticidad) las decisiones libres e informadas deben ser respetadas, aún significando el rechazo a tratamientos médicos que pueden limitar el curso vital.

La ley de ejercicio profesional 17.132, que resulta aplicación analógica ante el vacío normativo provincial (ED, t.144, pág.225 - LL, 1991-D-77), en su art.19, recepta esta concepción, estableciendo con claridad que los médicos están obligados a "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz".

Además nuestro derecho garantiza el respeto por las decisiones en las que se hallan comprometidos la disposición del propio cuerpo, la intimidad y la privacidad (arts.19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1071 bis del Código Civil), la libertad de cultos y objeciones de conciencia (art.14 de la Constitución Nacional) y la identidad cultural y la igualdad (arts.75 inc.17 y 43 de la Constitución Nacional; leyes 23.592 y 23.798). En el mismo sentido y en casos referidos a negativas a intervenciones quirúrgicas mutilantes, se ha venido desarrollando valiosa jurisprudencia (Fallo del 21/2/1991 "J.J" de la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, publicado en LL 1991-B-364, con nota de Jorge H. Bustamante Alsina "La voluntad de cada uno es el sólo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo" - Fallo del 18/9/1995 "Hospital

Interzonal General de Agudos de Mar del Plata" del Juzgado en lo criminal y Correccional N°3 de 1ª Instancia de Mar del Plata, a cargo del Dr. Pedro Federico Hooft, publicado en Hooft, Pedro Federico, Bioética y derechos humanos. Temas y Casos. Depalma, Buenos Aires, 1999, págs.222/9 - Fallo del 26/11/1997 "Servicio de Cirugía y Clínica del H.E.C.A." del Juzgado de 1ª instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 5ª Nominación de Rosario a cargo del Dr. Ariel Carlos Ariza, publicado en LL 1998-C-266, con nota de Noemí Lidia Nicolau)

La articulación armónica entre los principios de respeto por la autonomía, la dignidad y el valor vida -entendida como calidad de vida contextualizada- orientará la solución al dilema planteado en cada caso concreto.

VII. En el caso de autos, a fin de asegurar las condiciones mínimas de regulación del principio de autodeterminación, se han considerado en particular frente al rechazo informado del Sr. Aldo Carvajal las siguientes circunstancias: que la negativa haya sido informada, es decir, que se haya acreditado en autos la voluntariedad de la determinación negativa; las circunstancias de autonomía, especialmente la provisión de información adecuada -es decir, acorde con la comprensión de la persona, atendiendo a que es un profano en la materia- y relevante para posibilita su participación inteligente en la decisión, y la ausencia de coacción.

Al respecto ninguna duda cabe acerca del rechazo por parte del paciente a ser intervenido quirúrgicamente. Los médicos y los profesionales del servicio social, los integrantes del Equipo técnico de este Tribunal de Familia (psicólogo y psiquiatra) y el mismo magistrado han constatado -luego de descartar toda patología siquiátrica (informes psiquiátricos fs.8 y 37) que menguara su competencia o capacidad- el sostenimiento de la decisión del Sr. Aldo Carvajal de no operarse, inclusive habiéndosele informado los riesgos derivados de su negativa.

He de aclarar que también se ha evaluado, si se trata de una negativa "debidamente informada", entendiéndose por tal que la información debe adaptarse a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general es profano en la materia (Bueres, Alberto, "Responsabilidad Civil de los médicos", t. 1, pág. 204).

Luego de analizar los informes de la asistente social, de la médica psiquiatra y del Comité de Bioética del Hospital, y los informes de los integrantes del Equipo Técnico de este Tribunal de Familia, y conforme al acta labrada por Dr. Díaz Dopazo como resultado de su encuentro personal con el paciente, considero que Sr. Aldo Carabajal ha obrado con discernimiento al negarse a ser operado y que no hay mengua en sus facultades mentales que ameriten sustituir su voluntad, más allá "de la natural angustia del padecimiento que presenta y que no lo inhibe de la toma responsable de decisiones" (fs.35 informe psicológico).

VIII. La vida, la integridad personal y la salud son estimadas por la conciencia social y el derecho vigente como valores que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente. Entre los derechos a la integridad física, relativos al cuerpo y a la salud, es dable afirmar que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando - como en la especie- se está en condiciones de expresar su voluntad. (conf. Santos Cifuentes "Los derechos personalísimos sobre un ponencia elaborada...", ED, 106, pág. 779, punto B, 2da.).

Por lo que debe respetarse la voluntad del paciente, que "no presenta patología psiquiátrica al momento del examen" (fs.38) y que conoce las consecuencias de su negativa a ser amputado, y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el "árbitro único e irremplazable de la situación". El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 108; Cifuentes "Los derechos personalísimos" pág. 108; Tobías "El consentimiento del paciente en el acto médico". ED, 93-810 punto IX). Pues es el Sr. Aldo Carvajal, el que se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una subsistencia llena de deficiencias y limitaciones y a una intervención que, en este caso, sólo ofrece la "probabilidad" de una prolongación transitoria de la vida; máxime que la amputación de la pierna no es curativa, ni detiene la

enfermedad de base, o sea la diabetes mellitus. (informe médico de fs.30)

Bustamante Alsina, comentando un fallo en el que también se negó la autorización para realizar la amputación de una pierna, destacó: "El consentimiento del paciente es fundamental para que el médico pueda actuar ya sea interviniendo quirúrgicamente o sometiendo al paciente enfermo a un tratamiento. Como hemos dicho antes la vida, la salud, la integridad física, son bienes personales que la ley protege no sólo en mira de intereses individuales sino también generales. Por ello el consentimiento del paciente no sería suficiente para privarlo de la vida (eutanasia). En cambio el consentimiento sería válido para una intervención quirúrgica mutilante aun cuando pusiera en grave riesgo su vida, esto es recuperación de la salud, conservación de la vida o propósitos altruistas de solidaridad. Si el paciente niega el consentimiento el médico no puede intervenir" (Bustamante Alsina, Jorge, "La voluntad de cada uno es el solo arbitrio para decidir una intervención en el propio cuerpo", LL 1991-B-363).

IX. Merece destacarse que en el caso no se verifica otro de los requisitos exigidos por la doctrina en orden a negar valor a la negativa del paciente, esto es aquellos supuestos en que la pasividad del paciente configure una forma ostensible o larvada de suicidio (Bueres, Alberto, op. cit., pág. 243). En efecto, las reiteradas y contundentes manifestaciones de rechazo del Sr. Aldo Carabajal revelan que no se

concede a sí mismo en una situación de invalidez o discapacidad, transformándose en una carga para su familia (fs.27, 35 y 38). Son aplicables al caso las consideraciones de la Sala H de la Cámara Nacional Civil en las que el tribunal sostuvo: "No surgiendo que la conducta del paciente que no consiente que se le realice una urgente intervención quirúrgica, configure una forma de suicidio, debe respetarse la voluntad de aquél y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el árbitro único e irremplazable de la situación. El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza a la vida". (LL 1991-B-365)

Para apreciar en sus justos términos este aspecto, he de detenerme en el informe psicológico obrante a fs. 31/6 del que surge la relevancia de la variable cultural en la subjetivación de la persona, insoslayable para apreciar los valores en juego en el dilema bioético planteado en un contexto ampliado por la inclusión de sus aristas culturales, pues considero que para la "valoración de las percepciones comunitarias sobre el proceso salud-enfermedad-atención en el consentimiento informado es necesario atender a la realidad cultural y psicosocial de cada paciente". En este sentido se ha manifestado la insuficiencia del rumbo fijado por la doctrina angloamericana del "informed consent", indicándose con acierto que los principios bioéticos son abstractos, están fuera de las realidades morales y psicosociales y con una orientación anglosajona, masculina y clasemedista, que ignora el género, las historias de vida y las identidades

culturales de los agentes morales. (conf.Maglio, Ignacio, Guías de Buena Práctica Ético Legal en VIH/SIDA - Guías para el consentimiento informado, Volumen I, N°1, septiembre 1999, Arkhetypo, pág.25). Por lo que, estimo que debe prestarse especial atención a la complejidad de las situaciones a considerar, incluyendo en consecuencia su naturaleza contextual, su incrustamiento en los sistemas morales de las personas y las características multiculturales que podrían incidir en las valoraciones de los protagonistas.

En este punto resulta significativo lo informado por el psicólogo del Equipo Técnico de este Tribunal, en cuanto resalta "la imposibilidad de modificación del proyecto original de un sujeto construido y constructor de una realidad basada en el trabajo a predominio de fuerza y del estilo muscular de la actividad; esto grafica el sentimiento de que toda 'acción de deterioro de esta integridad' se constituye en lesiva y determinante al sentimiento de integridad que como sujeto posee". En efecto, Aldo Carabajal nació en el Chaco, lugar de donde vino con su familia a los cinco años; inició su vida laboral a los catorce años y trabajó ininterrumpidamente hasta la actualidad; "se desempeña en chapa y pintura, siendo para él, su cuerpo y la fuerza, fundamentales para su actividad: conceptuada como la única posible de ser ejercida en función de su experiencia y carencia de estudios." (fs.32 vta).

Por otra parte, se informa que de conformidad con su posicionamiento en un rol de genero atravesado por un entorno menos urbano y más rural, los valores predominantes del Sr. Carabajal se sitúan en torno a "la producción y la provisión como modos de protectividad afectiva hacia el entorno familiar". "Presenta una personalidad construida fuertemente con aportes culturales propios de su grupo cultural de pertenencia precedente, que ha moldeado los aportes de la llamada faz constituyente cultural [...] lo que genera una identidad generacional, sexual y de rol a predominio constituirse en 'dador' y 'promotor' del bienestar familiar a partir de su faz de 'proveedor completo' la cual ha dado lugar a una proceso de subjetivación que en la actualidad opera como punto nodal en la toma de la presente decisión".

Por eso, 'ser una carga para la familia' resulta "lesivo a su identidad". "La pérdida de autonomía y limitación consecuente... conforma para el Sr. Carabajal una situación que prevé como angustiante en cuanto lo descentraría del rol y función sobre la cual construyó su realidad de hoy, su proyecto actual". (fs.34)

X. Finalmente, considero que la autorización de intervención peticionada configuraría una interferencia estatal en total contradicción con la disposición de su propio cuerpo del Sr. Aldo Carvajal, manifestada en forma reiterada y con insistencia. Si el paciente exteriorizó que la amputación era contraria a la forma en que él mismo

se concebía como sujeto, toda opinión diferente por parte de los jueces debe desplazarse, puesto que de lo contrario se suplantaría o impondría al destinatario de la decisión una condición de vida que él expresamente desechó.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, de ser compartida mi opinión por mis colegas magistrados, considero que corresponde no hacer lugar a la autorización solicitada para realizar una intervención quirúrgica mutilante -amputación de miembro inferior derecho- al Sr. Aldo Carvajal internado en el Hospital Zonal General de Agudos Narciso López de Lanús, debiendo respetarse el sentido de su decisión autónoma y proveerle la atención medica integral conducente, para cuidarlo, aliviarlo y confortarlo en sus actuales circunstancias. Sin costas.

ASI LO VOTO. María Silvia Villaverde. Por los mismos fundamentos el Dr. Gabriel César Díaz Dopazo votó en el mismo sentido.

Por los mismos fundamentos la Dra. María Edith Almeida votó en el mismo sentido.

Con lo que termino el acuerdo por ante mi que doy fe.-
Dra.Silvia Farré Secretaria

SENTENCIA:

Banfield, 13 de febrero de 2006.

Conforme al ACUERDO que antecede, EL TRIBUNAL RESUELVE: No hacer lugar a la autorización judicial solicitada para realizar una intervención quirúrgica mutilante -amputación de miembro inferior derecho- al Sr. Aldo Carbajal internado en el Hospital Zonal General de Agudos Narciso López de Lanús, debiendo respetarse el sentido de su decisión autónoma y proveerle la atención de salud integral conducente para cuidarlo, aliviarlo y confortarlo en sus actuales circunstancias. Sin costas. NOTIFIQUESE.- REGISTRESE. Firmado: María Silvia Villaverde, Gabriel César Díaz Dopazo y María Edith Almeida (Jueces). Silvia Farré (Secretaria).

EL LARGO CAMINO HACIA LA CONSAGRACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Notario Enrique Jorge Arévalo¹.

“La autonomía de la voluntad es el estado por el cual ésta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer. En este sentido, el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales”.

Immanuel Kant

“Observaciones sobre el Sentimiento de lo bello y lo sublime.
Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”

El fallo dictado por la Sala 3 del Tribunal de Familia de Lomas de Zamora el 13 de febrero de 2006, refleja palmariamente el trabajoso camino que debió transitar la jurisprudencia, asistida por enjundiosas reflexiones doctrinarias en sus denodados esfuerzos encaminados a

¹ Notario titular de Registro de Contratos públicos de la ciudad de Rosario. Docente de la Universidad Facultad Católica de Derecho. Secretario del Instituto de Derecho e Integración.

obtener la aplicación concreta de los derechos personalísimos, reiteradamente reconocidos por principios constitucionales, declaraciones internacionales y en normas internas de diferentes estados².

La trascendencia del pronunciamiento judicial que se analiza finca en su contenido visionario, ya que integra un conjunto de decisiones que, prácticamente huérfanas de toda normativa expresa, reconocieron al paciente el status de sujeto moral autónomo, investido del derecho a ser informado y tomar decisiones en lo concerniente a su salud³.

Ocurre que una de las variantes que admite el ejercicio de los derechos personalísimos se plantea con toda crudeza cuando una persona, en situación de extrema fragilidad física, elige con total libertad y debidamente impuesta sobre las consecuencias que conlleva su determinación, los tratamientos médicos a los cuales desea someterse.

En esa oportunidad, se hizo lugar a la expresa oposición de un paciente a la amputación de su miembro inferior derecho, afectado con

² La decisión judicial que nos ocupa, encuentra uno de los antecedentes de mayor notoriedad en el caso “Parodi”, resuelto por el doctor Pedro Federico Hooft, en su rol de juez actuante, en la ciudad de Mar del Plata el 18-09-1995. En esa oportunidad, el paciente se negó a someterse a la intervención quirúrgica mutilante en el momento de ser trasladado al quirófano (ver el resumen del caso en “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, obra del mismo doctor Hooft, página 230 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá –Colombia-2005).

³ Reiteradamente la doctrina ha hecho suyo el reclamo de la sociedad, apoyando toda iniciativa legal que garantice el respeto a las decisiones autónomas de cada persona en tanto no causen perjuicios a terceros ni afecten el orden y la moral públicos (artículo 19 Constitución Nacional).

gangrena, rechazándose el pedido en contrario llevado adelante por los familiares del enfermo.

El contenido del fallo objeto de esta nota, da cuenta del minucioso procedimiento cumplido por el Tribunal que le permitió arribar a la convicción de que la negativa exteriorizada por el paciente a la intervención quirúrgica mutilante, fue el resultado de una determinación adoptada con total discernimiento, intención y libertad.⁴

El Tribunal encontró en el artículo 19 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina número 17132, el aporte normativo que sustentó su decisión. Ese precepto, impone a los médicos el respeto a toda oposición conciente, emanada del propio interesado a someterse a tratamientos o internaciones y, especialmente, obliga a los galenos a solicitar su conformidad cuando se trate de “operaciones mutilantes”. La armonización de la regla antes recordada con principios de raigambre constitucional (privacidad, intimidad identidad, igualdad), apoyada por importantes antecedentes jurisprudenciales y valiosos aportes doctrinarios, permitió a los jueces dar una adecuada respuesta al delicado problema planteado. La aplicación concreta de la pauta expuesta en el artículo 16 de nuestro Código Civil en lo relativo a la resolución de cuestiones civiles, señaló el camino recorrido por los magistrados para arribar a la resolución del caso.

⁴ Artículo 897 del Código Civil, segundo párrafo.

El Tribunal se enfrentó a una disyuntiva crucial: la postura llevada adelante por la esposa del paciente, quien abogaba para que se autorice la amputación de la pierna derecha del enfermo, única alternativa posible para detener la gangrena, aunque con poca probabilidad de sobrevivida. Sostuvo la peticionaria que la negativa de su esposo a someterse a la cirugía prescripta, reconocía como causa una patología de orden psicológico que le afectaba su capacidad de discernimiento, consecuencia de su enfermedad (art. 900 C.C.). El soporte axiológico del criterio sintetizado anteriormente se encuentra en el principio de la conservación de la vida (bien preexistente a todo ordenamiento jurídico) y en la prevalencia de los deberes irrenunciables por parte de cada individuo ante el grupo social de su pertenencia: familia, comunidad, nación en caso de colisión con sus intereses individuales⁵.

El Tribunal adhirió a la pretensión del paciente: el absoluto respeto al derecho a su autodeterminación en todo lo concerniente a su integridad física y salud, habiendo comprobado que éste se encontraba en condiciones de expresar su voluntad. Las diligencias probatorias cumplidas y una ponderada argumentación, permitieron a los jueces concatenar en su decisorio los principios de autonomía, dignidad y el valor vida, adecuándolos al contexto de una persona afectada por dolencias con remotas posibilidades de recuperación.

⁵ Ver el resumen de los argumentos expuestos por la cónyuge del paciente en el fallo comentado.

Desde mediados de la centuria pasada, el vertiginoso avance de la medicina científica exhibe sin pudor su costado oscuro: en numerosas oportunidades, la aplicación de los novísimos conocimientos se limita a retardar el inevitable instante de la muerte a costa de la dignidad de las personas. En ese contexto, no debe causar extrañeza la reciente aparición de la bioética, esfuerzo llevado adelante por científicos, filósofos, religiosos y pensadores con el propósito de adecuar el desarrollo tecnológico a la calidad de la vida⁶.

La bioética, reconocida por algunos como un producto típico de la cultura norteamericana, ha suscitado críticas fundadas en su tendencia a priorizar principios individualistas, tal vez ello se deba a su tenaz defensa a la autonomía del paciente frente al modelo paternalista que durante siglos ha caracterizado el ejercicio de la medicina⁷. Esa afirmación desconoce que los intereses individuales que la bioética pretende tutelar, conforman la antípoda de aquellos que se encolumnan servilmente detrás de móviles egoístas, limitados a la satisfacción de la codicia humana.

⁶ Sobre bioética, nos resultan esclarecedores los conceptos de Emanuele Caló, magistralmente expuestos en “Bioética y Ciudadanía. Nuevos Derechos de la Autonomía y la Voluntad” Ediciones La Rocca –Buenos Aires 2000-. Similar reconocimiento merece, entre otras grandes obras el libro de autoría del doctor Hooft, ya citado. Por su parte, el periodismo también dedica artículos al tema. A título de ejemplo, puede el Suplemento de Ciencias del Diario “Página 12”, año 19, número 978 (13-12-2008).

⁷ Caló, Emanuele, ob. citada pág. 94.

La propuesta de la biótica, reiterada aquí de modo embrionario e incompleto, prioriza la conciliación de los efectos del avance de las ciencias biológicas y médicas con el absoluto respeto a los derechos personalísimos inherentes a todo ser humano⁸.

Con posterioridad al dictado de sentencias como la comentada, el legislador a nivel nacional y provincial ha procurado responder a necesidades concretas de los sujetos en situación de vulnerabilidad. Entre los instrumentos emanados del Poder Legislativo Nacional pueden anotarse: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26378), la Ley 26657 (Salud Pública- Derecho a la Protección de la Salud Mental) y la Ley 26529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de Instituciones de la Salud).

Particularmente, las directivas anticipadas en materia de salud, contempladas por el artículo 11 de la recordada ley 26.529, confieren un valioso marco de referencia interpretativo en apoyo de las decisiones autónomas de cada paciente.

Cada persona es, en sí misma, un ser potencialmente vulnerable, necesitado de una legislación que le garantice con eficacia la adecuada toma de decisiones relativas a su autoprotección.

⁸ Hooft, Pedro Federico, ob. citada, pág. 3 y siguientes.

El presente momento histórico reclama al legislador que perfeccione y complete en forma sistemática, la normativa que tutele con eficacia el derecho a la dignidad inherente a todo ser humano.

**JORNADAS
Y
CONGRESOS**

JURISCUBA 2011 y VIII JORNADA DEL NOTARIADO CUBANO

En La Habana, Cuba, se desarrolló el III Congreso Internacional “JURISCUBA 2011”, la VIII Jornada del Notariado Cubano y la Primera Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, de la Legislatura 2011- 2013 (UINL) bajo el lema “LA SEGURIDAD JURÍDICA, UN RETO DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO”. Dicho encuentro se llevó a cabo en el Hotel Nacional de Cuba del 23 al 26 de marzo de 2011 y participaron 370 delegados representando a 25 países de América Latina y otras latitudes. En las sesiones de trabajo se presentaron un total de 23 ponencias, se dictaron 12 conferencias y se constituyeron 3 paneles: 1. Cultura jurídica; 2. El Registro de Estado Civil en la sociedad cubana contemporánea. 3. La Calificación Registral.

Se transcriben algunas de las más destacadas conclusiones a las que se arribaron conforme al objeto de la presente Revista:

1°. El Notario, como jurista práctico y cercano a la realidad social, ha de tener por norte el respeto al principio de autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad, como poder que compete a las personas para regular su propia esfera jurídico-privada, se manifiesta fundamentalmente a través de la facultad de realizar actos y negocios

jurídicos. La autonomía de la voluntad, como una de las principales manifestaciones prácticas de la libertad personal, va ligada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. El Notariado durante siglos ha prestado un silencioso servicio a la sociedad, y continuará prestándolo. Su ágil adaptación a las nuevas tecnologías, la colaboración con las administraciones públicas, y sobre todo la defensa de los derechos de las personas son realidades cotidianas en muchos países de Notariado latino. Solo con un notariado bien configurado y regulado podrá continuar prestando un inestimable servicio a la sociedad, que se traduce en su callada pero eficaz contribución a la libertad, la igualdad, la seguridad, la paz, la justicia y la prosperidad de los pueblos.

2º. Las personas dependientes y vulnerables pueden encontrar en la figura de la legítima asistencial, regulada en el Código Civil cubano en sus artículos 492 y 493, el cauce idóneo para poder recibir por causa de muerte bienes con los cuales hacer frente a sus más apremiantes necesidades y paliar la situación económica en la que pueden quedar, tras el fallecimiento de la persona que en vida era su pivote patrimonial. Empero, si se quiere estar a tono con el enunciado del artículo 12.5 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, es necesario ajustar las normas de Derecho sucesorio a esta. Se trata de matizar en algunos casos y de ampliar la esfera de aplicación subjetiva en otros, lo cual en buena medida compete a notarios y jueces. La supletoriedad del Código Civil, regulada en su

artículo 8 y en su Disposición Final Primera, se erige a su vez, en un dédalo jurídico, necesario a superar para lograr la verdadera simetría que el ordenamiento legal requiere. En todo caso, la legítima asistencial cubana es un modelo exportable a otros ordenamientos jurídicos del continente.

3º El primer paso, para la efectiva protección a las personas con discapacidad, y de las personas dependientes y vulnerables en general, lo es el cultivar el amor al prójimo. Pero lo cierto es que una sociedad que inculque, promueva y practique valores de solidaridad y conceptos de genuina y plena igualdad, tendrá un gran trecho avanzado para lograr una auténtica protección. Corresponde al Derecho, y en concreto al ámbito notarial, que esos proyectos tengan una adecuada respuesta normativa no exenta del contenido axiológico que le es inherente. En todo caso, se requiere flexibilidad de los operadores jurídicos, dígame esencialmente notarios, jueces y abogados. No se requiere un cuerpo codificado dedicado a las personas dependientes, sino la efectiva ejecución de la protección ya establecida, susceptible de perfeccionamiento obviamente, pero sobre todo de eficiencia en el funcionamiento de los mecanismos existentes a fin de que la utopía humanista que impregna el Derecho sea ciertamente una utopía realizable. Nuestra experiencia demuestra la atención permanente por parte del estado, la familia y la sociedad en general a las personas con discapacidad. Aumentarle su protección en materia patrimonial es un reto, sobre todo si se tiene en cuenta la situación económica imperante.

Empero, ello no limita nuestros deseos de vertebrar estudios y soluciones jurídicas que ayuden a garantizar la protección de esos patrimonios. El Notario con su experiencia y capacitación esta preparado para interpretar la realidad social, encausar los problemas concretos en los que le toque actuar, contribuyendo, quizás sin advertirlo, a impulsar las reformas legislativa de la sociedad.

4° La representación legal de las personas con discapacidad no es una institución jurídica de sustitución, sino de apoyo para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Los notarios somos garantes de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas de las personas con discapacidad.

5° Resulta incuestionable la vigencia y validez del derecho de autoprotección, fundado en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas, inherentes a la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos, mas allá de su edad, sexo, discapacidad, enfermedad o cualquier otras circunstancias. El notario, intérprete genuino de la voluntad de los requirentes, asesor natural y calificado, creador de un documento, válido y eficaz, que recepte cabalmente esa voluntad, debe contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas.

6° La protección del concebido no nacido debe estar precedida por la determinación de su estatuto jurídico. Los mecanismos técnico-jurídicos que garantizan su protección parten de fórmulas casuísticas o

globalistas, acogidas por los diversos ordenamientos jurídicos. La doctrina y numerosos ordenamientos admiten que el concebido pueda ser llamado a la sucesión mortis causa, por testamento o por ley, en la condición de heredero o en la de legatario. La ausencia de regulación oportuna de las instituciones sucesorias complementarias, que concretan la sucesión mortis causa del concebido en el Derecho cubano no la torna inaplicable; pero marca una brecha a partir de la cual pueden verificarse supuestos de desprotección a sus intereses y Derechos eventuales. La ausencia de regulación oportuna se manifiesta, de manera particular, en cuanto a la persona o personas que deben representar al concebido, al régimen jurídico en que se encontrará la porción reservada hasta que se verifique el nacimiento y el destino de esta porción si se constata la frustración del embarazo.

7. El derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose la mayoría de las posibilidades de actuación que el mismo contiene, pero, la deficiente técnica jurídica empleada por el legislador, así como la dispersión normativa imperante, hacen del notario la figura clave a la hora de contribuir, a partir de la importante misión sociojurídica que realiza en situación de normalidad, a sanear las problemáticas que se presentan y posibilitar una realización del derecho objeto de estudio; en consonancia con el respeto a la última voluntad del finado y a su memoria pretérita.

IDEI

PAUTAS PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

El envío de trabajos con pedido de publicación debe ser remitido por vía postal al Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción, Córdoba 1852, 2000 Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, y por vía mail a idei@colescribanosros.org.ar.

Los trabajos deben contener el sumario, los datos del autor y su pertenencia institucional, abstract o resumen y palabras clave en español y en inglés. Se recomienda que cada trabajo sea confeccionado en letra Times New Roman n° 12, interlineado doble, con una extensión de no más de 30 páginas con 22 renglones cada una, sin contar las citas bibliográficas. Dichas citas deben incluir los siguientes datos: autor/es de la obra: apellido, nombre; título de la obra (en cursiva); edición; si es traducción, consignar nombre y apellido del traductor; lugar de edición, si no figura: "s/l" (sin lugar); editorial; año de edición; tomo o volumen utilizado; página/s. Cuando se trate de artículos de revistas, luego del nombre del autor, se debe consignar el título del artículo (en cursiva), nombre y número de la revista, año, páginas. Cuando se trate de publicaciones electrónicas se debe consignar: autor/es de la obra, título (en cursiva), dirección electrónica completa y fecha de obtención de la información por Internet.

Los trabajos serán considerados por los integrantes del Comité de Referato

Invitamos a todos los profesionales del Derecho y de otras disciplinas a publicar en este espacio trabajos de su autoría relacionados con la temática planteada.

IDeI