

# La adopción

Jesús Saldaña Pérez

## 1. INTRODUCCIÓN

A través del tiempo, el ser humano ha intentado solucionar de distintas formas el hecho de que algunas personas no tienen hijos propios, en el ámbito jurídico se han manifestado diversas figuras que han tenido como constante, la ficción de atribuir el carácter de padre e hijo a dos personas que no lo son por naturaleza. El interés perseguido por el legislador ha sido variable en la historia, desde remediar la falta de herederos, conservar el linaje, asegurarse mano de obra, cuidados en la vejez, consolar a personas sin descendencia, hasta convertirse en los últimos años en una institución protectora de menores e incapacitados, la adopción o prohijamiento ha sido y sigue siendo una figura cuestionada, especialmente en épocas recientes en que se ha hecho extensiva a parejas constituidas por personas del mismo sexo.

## 2. CONCEPTO

La palabra adopción tiene diversos significados, por una parte es un acto jurídico plurilateral y solemne que tiene por objeto atribuir el carácter de padre e hijo a dos personas que no lo son por naturaleza, consecuentemente es una especie de filiación, también es una institución del derecho familiar de la cual se deriva un estado jurídico o parentesco civil, generador de derechos y obligaciones semejantes o equiparables a los que existen en la filiación por naturaleza, que van variando según la época y el lugar. También con esta denominación podemos referirnos al procedimiento judicial de adopción.

La relación paterno filial puede tener diversos orígenes, la mayoría de las veces se deriva de la naturaleza, del hecho biológico de la procreación, seguida de la gestación y el alumbramiento, fenómeno natural que el legislador toma en cuenta y reconoce para atribuirle efectos jurídicos en favor de determinadas personas, considerando adicionalmente la situación jurídica que guardan los padres entre sí, cuando éstos están unidos en matrimonio se le llama filiación matrimonial, en caso contrario se le denomina filia-

ción extramatrimonial. Al lado de ésta existe la filiación adoptiva, que a diferencia de la anterior no tiene su origen en la naturaleza, sino en un acto jurídico.

Señala —De Cossío y Corral— la adopción constituye una ficción jurídica, ya que finge el hecho mismo de la procreación, pues en virtud de ella se supone que una persona es hija de otra, con la que en principio no le vinculaba ninguna relación paterno-filial, pudiendo definirse como un acto solemne, sometido a la aprobación judicial, creando entre las personas relaciones análogas a las que derivarán de la filiación por naturaleza, tanto matrimonial como no matrimonial.<sup>1</sup>

La adopción es uno de los más claros ejemplos de la evolución de las instituciones del derecho familiar, porque los fines que se han perseguido han variado radicalmente.

En sus primeras manifestaciones históricas, apunta —Bossert— la encontramos determinada por el afán de los individuos de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, o incluso, asegurar para su alma oraciones y prácticas religiosas que quedaban a cargo del adoptado.<sup>2</sup>

También ha sido una forma de asegurarse cuidados en la vejez, mano de obra, un consuelo para las personas sin hijos, hasta transformarse en los últimos años en una institución que tiene por objeto proveer de una protección semejante a la que existe por naturaleza con la filiación a menores en situación de desamparo, o bien, a mayores de edad incapacitados, la tendencia legislativa actual busca de manera preponderante el interés del adoptado, el beneficio para el adoptante no solo ha pasado a un segundo plano, sino que ha dejado de tomarse en consideración.

### 3. RESEÑA HISTÓRICA

La atribución del carácter de padre e hijo a dos personas que no lo son por naturaleza tiene sus orígenes en culturas muy antiguas.

“Refiere —Otero Varela— que en el pueblo babilonio estaba regulada una figura semejante, en el Código de Hamurabí, hacía los años 2285 a 2242 a.C., y al parecer desempeñaría el papel de proporcionar mano de obra a las familias necesitadas de ella”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1988, p. 473.

<sup>2</sup> *Adopción y Legitimación Adoptiva. Doctrina-Legislación-jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas Orbir, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 15.

<sup>3</sup> Dos Estudios Histórico-Jurídicos: “1. El Riepo en el Derecho Castellano-Leonés. 2. La Adopción en el Derecho de España”, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, número 4, Roma-Madrid, 1955, p. 85.

En la India se conoció una figura con un objeto semejante, el Levirato, que era aplicable cuando el marido fallecía sin haber dejado descendencia.

En las Leyes del Manú señala —Bossert— cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse con la unión de la esposa convenientemente autorizada, con un hermano u otro pariente (sapinda). Quien untado de mantequilla líquida y guardando silencio, el pariente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a la viuda o a una mujer privada de hijos, engendre un solo hijo, nunca un segundo. Que una vez obtenido el objeto de esta comisión, según la ley, las dos personas, el hermano y la cuñada, se traten entre sí como un padre y una nuera.<sup>4</sup>

Otra figura contenida en las Leyes del Manú que también tuvo por objeto atribuir una filiación ficticia, es el Nigoyal, en ésta, a diferencia del Levirato la cohabitación por parte del hermano o pariente cercano del marido para engendrar al hijo que habría de atribuirse a éste, se realizaba en vida del marido y no después de su muerte, como una intromisión en la vida conyugal.

Los hebreos también practicaron el levirato, aunque con diversos matices, tuvo vigencia aun en la era cristiana, fue regulado en el Libro del Génesis y en el Deuteronomio, por virtud de éste, cuando habían vivido juntos dos hermanos, y uno de ellos moría sin hijos, la mujer del difunto no se casaría con ningún otro que no fuera el hermano de su marido, el cual la tomaría dando sucesión a su hermano, al primogénito se le ponía el nombre del otro hermano y se le reputaba hijo de él. Para quien se negara a cumplir con dicho deber, se tenía prevista la pena de descalzamiento.

#### 4. MEDIO ORIENTE

En algunas culturas del medio oriente existieron diversas prácticas con objeto semejante, el crear un vínculo jurídico de parentesco legítimo y socialmente reconocido.

Según —Bossert— en el antiguo Irán, podía la mujer contraer matrimonio bajo la forma del *Yoyán-Zan*, por el cual, el primer hijo que naciese no pertenecía al marido, sino al padre o al hermano de la esposa, muertos sin hijos varones; e incluso contraído el matrimonio bajo la forma de *Satur-Zan*, el primer hijo habido del matrimonio pertenecía, no al marido, sino a un tercero extraño a la familia, que abonaba por ello una suma determinada de dinero.<sup>5</sup>

#### 5. DERECHO ROMANO

Es en el Derecho Romano donde encontramos los mayores antecedentes jurídicos y de ordenación sistemática, apareció principalmente por cir-

<sup>4</sup> BOSSERT, Gustavo A., *op. cit.*, p. 16.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 18.

cunstancias políticas y religiosas, en el primer caso tenía por objeto asegurar la continuación de la dinastía y la ascensión ulterior del adoptado al "status" político del adoptante, en tanto que las causas religiosas se basaban en preservar el culto doméstico, necesidad que era más importante entre la nobleza.

Según --Belluscio-- en el Derecho Romano se conocieron dos instituciones de tipo adoptivo: la arrogación *adrogatio*, que era la adopción de un *sui iuris*, e implicaba la incorporación en la familia del adoptante, tanto del adoptado como de las personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de su patrimonio al del adoptante; y la adopción *adoptio*, que era --en cambio-- la de un *alieni iuris*, que salía así de su familia de sangre y de la potestad de su *pater familias* para ingresar en la del adoptante.<sup>6</sup>

En la *adrogatio* se verificaba la absorción de una familia en otra, era la incorporación de todo un grupo familiar y la fusión de patrimonios, en tanto que la *adoptio* tenía como finalidad sacar fuerza de trabajo excedente en una familia, para pasarla a otra donde estuviera escasa, tenía carácter privado, su práctica consistía en hacer cesar la patria potestad sobre el adoptado y hacerla surgir en la persona del adoptante, es de resaltar que ni *adrogatio* ni *adoptio* buscaban algún beneficio para el adoptado.

Señala --Zannoni-- que

junto a la *adrogatio* y la *adoptio*, instituciones que fundamentalmente tenían en cuenta el interés del arrogante o adoptante, el *alumnato* coexistió con aquéllas como verdadera institución de protección a favor de impúberes de corta edad abandonados, mediante la alimentación y la educación. El *alumnato* se diferenciaba de la adopción en que el *alumno* tenía o podía tener su propio patrimonio y era plenamente capaz de adquirir, ya que el protector no ejercía ninguna *potestas* sobre aquél, e incluso, tampoco era sucesor o heredero, ni el pretorio le acordaba la *bonorum possessio* sobre los bienes del alumno, en caso de su fallecimiento.<sup>7</sup>

## 6. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804

Resulta de especial importancia este cuerpo normativo por la influencia que tuvo en la legislación mexicana.

La Comisión redactora del Código Napoleón introdujo esta institución según afirma --Bossert-- por influencia de Napoleón Bonaparte, quien, pretendía llevar la adopción a tal extremo, que no quedasen diferencias entre un hijo natural y uno adoptivo; lo movía para ello, indudablemente, su inquietud de no haber obtenido descendencia legítima en su matrimonio con Josefina de Beau-

<sup>6</sup> *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 254.

<sup>7</sup> *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 514.

harnais; y si bien, no prosperó esta pretensión en toda su magnitud, fue estructurada la institución de tal manera, que pudo dar base a la futura legislación en los países que recibieron la influencia de la legislación civil francesa.<sup>8</sup>

Originalmente se propuso una forma de adopción semejante a la *adoptio plena*, de la última etapa evolutiva del derecho romano, pero se reguló en forma parecida a la *adoptio minus plena*, sin embargo, ésta regulación resultó un fracaso, porque sólo admitía la adopción de mayores de edad, con derecho a alimentos y vocación hereditaria entre adoptante y adoptado, dejando subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado, con esta legislación, más que una filiación, afirma —Lloveras— era un modo de transmitir el apellido y la fortuna.<sup>9</sup>

## 7. DERECHO FRANCÉS MODERNO

Las deficiencias del Código Civil francés de 1804 se hicieron evidentes hasta después de la primera guerra mundial 1914-1918, especialmente en razón de que ésta legislación solo permitía la adopción de mayores de edad.

Comentan —Planiol y Rippert—:

los huérfanos de guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres fueron muertos por el enemigo, entonces pareció a muchos como un medio de reparar parcialmente estas desgracias; pero era necesario que la adopción de menores fuera posible y que las condiciones y formalidades de la misma se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de adopción.<sup>10</sup>

Con el propósito de remediar la urgente necesidad de protección que reclamaban miles de niños desamparados que había dejado la guerra, mediante las reformas del año de 1923, el legislador francés autorizó la adopción de menores, se disminuyó la edad para el adoptante y se eliminaron otros requisitos, mejoró a tal extremo la regulación que hasta sirvió de modelo para diversas legislaciones, tanto europeas como americanas.

## 8. LA ADOPCIÓN EN MÉXICO

### 8.1. ÉPOCA COLONIAL

La conquista española se vio favorecida por la iglesia católica, ésta se encargó de la evangelización de los indígenas, estableció un modelo de familia basado en el matrimonio canónico y la religión católica. Al imponerse

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>9</sup> *La Adopción*, Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 92.

<sup>10</sup> *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo II. La Familia, Traducción Leonel Perce-nieto Castro, Harla, México 1997, p. 787.

a los indígenas el matrimonio monogámico se modificó el esquema tradicional de la familia prehispánica, donde se conocieron prácticas poligámicas, con la evangelización se les hizo saber a los naturales que era necesario contraer matrimonio en la iglesia católica y abandonar dichas prácticas, en consecuencia todos aquellos que tenían dos o más mujeres con hijos, deberían escoger una sola y abandonar a las demás, quienes al ser también solteras podían contraer matrimonio con quien quisieran, lo anterior originó que fueran abandonados muchos menores, dando lugar a la necesidad de fundar instituciones de beneficencia donde se les daba alojamiento a los niños huérfanos y expósitos, resultan ilustrativas y hacemos nuestras las palabras de José María Álvarez a este respecto, quien señala.

Los expósitos eran —apunta José María Álvarez— aquéllos niños que eran abandonados por sus padres o por otras personas a las puertas de las iglesias, de las casas y otros parajes públicos. Estos podían ser adoptados o prohijados por cualquier persona con tal de que fuera decente y honesta y de quien se pudiera esperar les diera buena educación y destino.

(...)

no es pues impedimento, el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre o mujer, casado o soltero; y como en ella no se tiene más objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino a cuyas puertas fuera expuesta alguna criatura, lo manifieste al párroco de donde sean feligreses, expresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el expósito será bien educado (Real Cédula del 11 de Diciembre de 1790). Si el expósito que se quiere adoptar fuere sacado de alguna de las casas de caridad, la licencia deberá de ser dada por el rector o administrador de ella (Real Cédula del 2 de Junio de 1788).<sup>11</sup>

De esta manera estuvo regulado el prohijamiento en la Nueva España, con intervención de la iglesia, a través de los párrocos y administradores de casas de caridad.

## 8.2. MÉXICO INDEPENDIENTE

### 8.2.1. CÓDIGO CIVIL DE OAXACA DE 1828-1829

El Código Civil para el Gobierno y Estado Libre de Oaxaca que tuvo vigencia únicamente de 1828 a 1829, reguló la adopción, ésta se encontraba permitida para cualquier hombre o mujer que tuviera más de cincuenta años de edad, sin descendientes legítimos al momento de adoptar, y que

<sup>11</sup> *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de las Indias*, Universidad Autónoma de México, México, 1984, pp. 161-170.

por lo menos tuvieran quince años más que los adoptados, podía ser adoptado cualquier individuo a quién en su minoría de edad y por seis años cuando menos, se le hubieran dado auxilios ininterrumpidos, o bien, quien le hubiese salvado la vida al adoptante en un combate o sacándole de las llamas; en este último caso, bastaba que el adoptante fuera mayor que el adoptado, que no tuviera descendientes legítimos, y si era casado que su cónyuge consintiera.

Por medio de la adopción se le confería al adoptado derecho a llevar el apellido del adoptante, daba origen a la obligación alimentaria recíproca entre adoptante y adoptado, el adoptado conservaba esta obligación para con su familia natural, con quien no perdía ningún derecho o deber, el adoptado no tenía derecho para suceder sobre los bienes de los parientes del adoptante, pero sí al adoptante en proporción de un hijo de matrimonio, aún cuando el adoptante tuviera otros descendientes.

### 8.2.2. CÓDIGO DE 1870

Este cuerpo normativo no regula la adopción, a pesar de haber tenido clara influencia del Código Napoleón.

De la lectura de la exposición de motivos se advierte que tal omisión no fue casual, sino deliberada porque el legislador solo tomó en cuenta las características que tenía la adopción en la antigua Roma, como un derecho de tipo patrimonial, en el que prevalecía el interés del adoptante, es por ello que no solamente consideró innecesaria su inclusión, sino hasta perniciosa, bajo el argumento de que si una persona cuidaba y atendía a un menor desamparado, al contar con su gratitud, podía recibir grandes consuelos, sin necesidad de contraer obligaciones que en un momento dado quizá le pudieran perjudicar, el legislador solo enfocó su atención en el beneficio del adoptante, no así al beneficio del adoptado, igual criterio siguió el Código Civil de 1884, únicamente reconocieron dos formas de parentesco, la consanguinidad y la afinidad.

### 8.2.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Este ordenamiento introduce en México la adopción en forma simple, o menos plena, en virtud de que los efectos se limitaban únicamente al adoptante y adoptado, la regula en los artículos del 220 al 236, el artículo 220 la define como "El acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural".

Esta ley permitía que cualquier persona mayor de edad, hombre o mujer, que estuviera libre de matrimonio, pudiera adoptar, en caso de ser casado se requería el consentimiento de ambos cónyuges, permitía que la mujer



adoptara con el consentimiento del marido, el cónyuge varón podía hacerlo sin el consentimiento de su mujer, pero en este caso le negaba el derecho de llevar al hijo adoptivo a vivir al domicilio conyugal, la solicitud debería ir suscrita además por la persona a cuya guarda o tutela se encontrare el menor, así como por el mismo adoptado si ya tuviere más de diez años, para decretar o no la adopción se tomaba en cuenta la protección de los intereses morales y materiales del menor.

#### 8.2.4. CÓDIGO CIVIL DE 1928

El texto original aprobado en 1928, reproduce algunas disposiciones de la anterior ley de relaciones familiares, regula la adopción con efectos simples, inicialmente exigía una edad mínima para el adoptante de cuarenta años, en 1938 se reduce a treinta años, se exigía que el adoptante no tuviera descendencia, posteriormente en 1970 se reduce la edad del adoptante a veinticinco años y se elimina el requisito de no tener descendencia, tenía como finalidad dar consuelo a las personas que no tenían descendencia.

Los efectos eran limitados al adoptante y adoptado, el artículo 403 textualmente disponía: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

### 9. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Los efectos de la adopción consistían en crear un vínculo de parentesco legítimo entre dos personas que no lo tenían por naturaleza, el parentesco civil. Los efectos se limitaban al adoptante y al adoptado, no se hacían extensivos a la familia de uno ni de otro, con excepción del impedimento para contraer matrimonio, el adoptante conservaba el vínculo de parentesco con su familia biológica. Opcionalmente el adoptante podía darle su nombre y apellidos al adoptado, haciendo la anotación respectiva en el acta de nacimiento, subsistía la adopción aunque le sobrevivieran hijos al adoptante, podía ser objeto de impugnación por parte del adoptado una vez que llegaba a la mayor edad, o desaparecía la incapacidad.

También podía ser objeto de revocación por acuerdo de voluntades cuando las dos partes convinieran en ello, siempre que el adoptado fuera mayor de edad, en caso contrario debían otorgar su consentimiento las personas que lo prestaron para la adopción, también para el caso de ingratitud del adoptado, quedando sin efecto ésta y restituyendo las cosas al estado que guardaban con anterioridad a la misma.

En tales circunstancias, el efecto práctico era que cuando el juez autorizaba la adopción y el adoptante llevaba a vivir al adoptado a su casa, si el



adoptante tenía otros hijos, resulta que éstos no pasaban a ser hermanos del adoptado, los hermanos del adoptante no eran sus tíos, los padres del adoptante tampoco eran sus abuelos, consecuentemente los efectos eran muy reducidos, solo confería al adoptado la posición de hijo legítimo, no se creaba parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, con ello el adoptado no se integraba plenamente en la familia del adoptante.

Por lo que respecta a la patria potestad de los progenitores, ésta si se extinguía para delegarla en favor del adoptante o adoptantes, con la sola excepción que alguno de los adoptantes fuera progenitor del adoptado, en cuyo caso conservaba su ejercicio.

## 10. LAS REFORMAS Y ADICIONES AL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1998. LA ADOPCIÓN PLENA

El veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se reformó y adicionó el Código Civil, lo cual vino a constituir un nuevo régimen jurídico en materia de adopción, los cambios originados por estas reformas fueron:

1. Se instituyó la adopción plena adicionalmente a la simple que ya se encontraba regulada con la posibilidad de convertir las adopciones simples existentes a plenas, siempre y cuando se cumplieran los requisitos correspondientes para ello.

2. En los casos de adopción plena el acta de nacimiento se expide en los mismos términos que para los hijos consanguíneos, a partir de su expedición, no se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio, consagrando con ello el derecho del adoptado a conocer su identidad.

3. El parentesco civil que surge con la adopción plena se equipara al consanguíneo, se extiende a los parientes consanguíneos del adoptante, a los descendientes del adoptado y se extingue respecto a la familia de origen del adoptado, con excepción del impedimento para contraer matrimonio.

### 10.1. EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL AÑO 2000

Este ordenamiento elimina la adopción simple, queda regulada únicamente la plena.

## 11. LEGISLACIÓN ACTUAL. ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

El 29 de diciembre del año dos mil nueve se reformó el Código Civil para el Distrito Federal, cambiando el primer párrafo del artículo 146 en lo

relativo a la definición de matrimonio, que en la parte conducente señalaba: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer...", para quedar "Matrimonio es la unión libre de dos personas...", la anterior modificación permite contraer nupcias a parejas del mismo sexo.

Esta reforma viene a deformar la adopción, toda vez que dos personas del mismo sexo en forma natural no podrían procrear hijos, con lo cual esta institución dejar de ser como señala Magallón Ibarra una imagen de la naturaleza.<sup>12</sup>

Conforme al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, como requisitos para adoptar se requiere entre otros, tener más de veinticinco años, estar libre de matrimonio, o que se solicite de manera conjunta por cónyuges o concubinos, acreditar aptitud, solvencia económica, solvencia moral y que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma.

## 12. REFLEXIONES

El parentesco civil que surge por la adopción, tiene su origen en un acto jurídico, como tal no guarda relación alguna con el sexo del adoptante, ni tampoco con su orientación sexual, tan es así que siempre se le ha permitido adoptar a una persona soltera, sin atender a su orientación sexual, el legislador ha sido omiso en cuanto a la orientación sexual del adoptante, únicamente hacía referencia a la solvencia moral, aptitud, capacidad económica y el beneficio para la persona que se pretende adoptar, atendiendo al interés superior de la misma.

Cuando los solicitantes de adopción son una pareja, deberán acreditar su calidad de cónyuges, concubinas o concubinos, sean del mismo o de diferente sexo, lo único que les exige el legislador es que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado y que se cumpla con los demás requisitos.

Es importante señalar que el parentesco civil no se circunscribe a una figura paterna y otra materna, en virtud de que en todos los casos el adoptante finge ser el padre o la madre, cuando es bien sabido que en realidad no lo es.

La posibilidad de que los adoptantes puedan ser una pareja constituida por personas del mismo sexo, dos varones o dos mujeres, ha dado lugar a múltiples críticas, se han expresado diversos argumentos ya sea en favor o en contra, igualmente atendibles unos y otros.

Uno de los principales argumentos que han esgrimido quienes se oponen a este tipo de adopciones es que se pone en riesgo la identidad sexual del menor, en virtud de que durante la dinámica familiar, especialmente las

<sup>12</sup> *Instituciones de Derecho Civil*, Porrúa, México, p. 493.

manifestaciones afectivas de los adoptantes, no son el mejor escenario para el sano desarrollo del adoptado, porque verá como algo normal el rol masculino o femenino distorsionado que desempeña cada uno de los adoptantes, que por un efecto de imitación pudiera aprender y repetir.

Lo anterior es muy discutible, en virtud de que no existen evidencias contundentes que nos hagan concluir que la homosexualidad se determine por un efecto de imitación, como un aprendizaje social, donde se imitan y aprenden esquemas de género, tal parece, según los estudiosos de la materia que la conducta sexual está controlada por efectos organizadores y activadores de las hormonas, es algo más bien multifactorial y en todo caso, la causa más importante aún se desconoce, según Carlson, parece obedecer a otro tipo de factores, especialmente genéticos.

Al respecto señala —Carlson— En resumen, algunas pruebas sugieren que dos factores biológicos la exposición prenatal a hormonas y la herencia podrían afectar a la orientación sexual de una persona. Estos hallazgos ciertamente contradicen la sugerencia de que la orientación sexual sea una cuestión moral. Parece ser que los homosexuales no son más responsables de su orientación sexual que los heterosexuales de la suya.

(...)

Por tanto, cabe esperar que la investigación sobre los orígenes de la homosexualidad reduzca los prejuicios basados en la orientación sexual de una persona, la pregunta ¿Por qué una persona es homosexual? podrá ser contestada probablemente cuando descubramos por qué una persona es heterosexual.<sup>13</sup>

En el mismo sentido —Barlow Y Durand— concluyen que la inclinación sexual tiene una causa biológica.<sup>14</sup>

No debemos pasar por alto que la familia como forma de organización social vital, es objeto de una evolución constante generada por la dinámica de las costumbres, no existe una definición de familia que sea válida para cualquier época y lugar, en la actualidad han surgido modelos de familia distintos a las tradicionales formas occidentales a que estamos acostumbrados, como la familia recompuesta o reconstruida, la monoparental y otras de más reciente aparición, como la que tiene su origen en el pacto social de solidaridad o sociedad de convivencia y el matrimonio entre personas del mismo sexo, la que tiene su origen en la práctica de alguna técnica de reproducción asistida para atribuirse el carácter de progenitor y en este caso la que surge por una adopción por parejas adoptantes del mismo sexo.

Como señala —Anne Cadoret— “En la actualidad emerge una nueva figura, la familia homosexual, que reivindica una sexualidad no procreadora”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *Fisiología de la Conducta*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 370.

<sup>14</sup> *Psicología Anormal*, Thomson Learning, USA, p. 350.

<sup>15</sup> CADORET, Anne, *Padres como los demás. Homosexualidad y Parentesco*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 37.

Con la aprobación de la reforma al artículo 146 del Código Civil, actualmente la identidad sexual ha dejado de ser un impedimento para contraer nupcias y se ha abierto la posibilidad de que se reputé también como concubinato aquella situación de hecho, derivada de una cohabitación ininterrumpida entre parejas constituidas por personas del mismo sexo, en virtud de que no tienen impedimento para contraer matrimonio si reúnen los demás requisitos.

Por lo que se refiere a la adopción, toda vez que dicha reforma no hace ninguna distinción respecto a los requisitos que se exigen a las personas para ser adoptantes, cuando se trata de una pareja constituida por personas del mismo sexo, también se abre la posibilidad para que parejas homosexuales, ya sean cónyuges, concubinas o concubinos, puedan adoptar. Recordemos que la adopción atribuye al adoptado el carácter de hijo de los adoptantes y a éstos el carácter de padres, pero si los solicitantes son una pareja homosexual, entonces el adoptado tendrá dos padres y ninguna madre, o bien, dos madres y ningún padre, de tal manera que el adoptado no quedaría integrado a una familia normal o “tradicional”, es decir, con una figura materna y paterna.

Los críticos que se oponen a la adopción por parejas homosexuales, señalan que el legislador debió considerar que en forma natural sería imposible que una pareja homosexual pudiera procrear hijos, por lo tanto, con esta reforma se va mas allá de la naturaleza afectando a terceros, que serían los adoptados, quienes por su corta edad o al ser incapacitados difícilmente pueden oponerse o dar siquiera su opinión.

Las opiniones que están a favor de la adopción homosexual afirman que los niños no necesitan realmente un entorno de “familia occidental tradicional”,<sup>16</sup> que existen y siempre han existido otros modelos familiares igualmente saludables, no únicamente el modelo occidental tradicional al que estamos acostumbrados, donde hay un solo padre y una sola madre, que la convivencia con una pareja homosexual no afecta en absoluto el proceso por virtud del cual los niños adquieren una identidad de género, que lo más importante especialmente para un menor, es que tenga un hogar donde se le brinde cariño, educación, cuidados y donde no le falte nada, que no le afecta en nada al adoptado el tener dos padres o bien dos madres, el mismo cuidado y las atenciones se los puede proporcionar una pareja conformada por personas del mismo sexo, quienes pueden ser tan buenos o malos padres como los demás.

<sup>16</sup> CADORET, Anne, *op. cit.*

# Algunas consideraciones bioético-jurídicas de la voluntad anticipada y su regulación en el Distrito Federal

José Antonio Sánchez Barroso

## 1. INTRODUCCIÓN

En el marco del sentido y merecido homenaje al Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por parte del Colegio de Profesores de Derecho Civil se desarrolla esta disertación sobre uno de los tópicos jurídicos relevantes que manifiestan la necesaria e indefectible vinculación entre la ética y el derecho.

Por esta razón, el tema objeto de nuestro estudio será abordado desde la concepción bioética y jurídica, pues el vertiginoso progreso de las ciencias médicas junto con el desarrollo de los derechos humanos y la madurez de la filosofía del derecho que han caracterizado al siglo XX y principios del XXI impelen a todo jurista a reflexionar sobre sus consecuencias para el derecho y, particularmente, para el derecho civil.

De tal forma que este trabajo tiene como objetivo, en primer lugar, hacer un análisis bioético-jurídico de algunas cuestiones que considero de relevancia ética, médica y jurídica de la voluntad anticipada a partir de su regulación en el Distrito Federal (DF), es decir, con base en la Ley de Voluntad Anticipada para el DF (LVADF) publicada en la *Gaceta Oficial del DF* el 7 de enero de 2008 y del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el DF (RLVADF) publicado en la misma gaceta el 4 de abril de 2008 y; en segundo lugar, evidenciar algunas deficiencias de la normativa que han motivado que su práctica médico-legal sea realmente excepcional y su eficacia dudosa.

## 2. GÉNESIS BIOÉTICA DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Para Serrano Ruiz-Calderón,<sup>1</sup> el origen de la voluntad anticipada se vincula directamente, por un lado, al desarrollo del consentimiento infor-

<sup>1</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, "La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas", *Cuadernos de Bioética*, vol. XVII, núm. 59, enero-abril 2006, pp. 69 y ss.

mado debido a la introducción de la idea de autonomía individualista a la medicina y; por otro, al temor generado en torno a la obstinación terapéutica y a la prolongación de los sufrimientos.

Sánchez González,<sup>2</sup> por su parte, considera que la voluntad anticipada ha sido ideada y promovida en el seno de cierta cultura —el de la sociedad pluralista— que valora sobre todo la autonomía y los derechos de los individuos y, por ende, ha impuesto un modelo médico autonomista sobre el paternalismo médico tradicional al grado de considerarla como meras condiciones que el paciente impone en un contrato al médico; pero, además de los factores culturales, intervienen otros de tipo médico-tecnológico como el imperativo tecnológico (hacer todo lo técnicamente posible para alargar la vida al máximo a cualquier coste) que conduce en la mayoría de las ocasiones a la obstinación terapéutica.

Ese mismo autor señala algunas *cuestiones beneficiosas* de la voluntad anticipada, tales como: disminuir el temor a situaciones consideradas como inaceptables; aumentar la autoestima y el respeto a sí mismo; adquirir conciencia de la propia situación; aumentar la cooperación, comunicación y la confianza entre el médico y el paciente; tener orientación para la toma de decisiones en casos difíciles; protección para el médico ante posibles denuncias; alivio moral ante situaciones dudosas o potencialmente culpabilizadoras y; ahorro de recursos sanitarios. También plantea algunos *problemas*: muchos pacientes no desean hablar de su muerte ni dejar constancia escrita de esos temas; no todas las personas tienen preferencias claras y firmes; las decisiones se pueden tomar sin la suficiente información; es más fácil renunciar a tratamientos concretos que considerar los valores del paciente; las situaciones sanitarias futuras que se deben considerar son complejas y encierran factores imposibles de prever; el paciente no sabe cuáles van a ser exactamente sus estados de ánimo ni cómo va a gestionar sus propios valores a medida que progrese su enfermedad; las preferencias expresadas de los enfermos son muy variables; las instrucciones no suelen contener indicaciones claras para situaciones concretas, dando paso a la interpretación y un amplio margen de ejecución y; la poca relevancia práctica que esos instrumentos han tenido.

Bajo esta perspectiva, la doctrina bioética coincide en que la voluntad anticipada es una reacción, desde la autonomía individualista, al avance tecno-científico en el campo de la medicina cuando da lugar a la obstinación terapéutica. Al respecto, es necesario destacar lo siguiente:

En primer término, lo relativo a la autonomía en la relación clínica. Hasta el siglo XVIII las relaciones familiares, religiosas, políticas, jurídicas y,

---

<sup>2</sup> Véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Informe sobre instrucciones previas", en SÁNCHEZ, Isidoro Martín (coord.). *Bioética, religión y salud*. Consejería de Sanidad y Consumo, Dirección General de Aseguramiento y Atención al Paciente, Madrid, 2005, pp. 318 y ss.



por supuesto, médicas eran estrictamente paternalistas. El paternalismo médico, según Diego Gracia,<sup>3</sup> es todo un proceso de dominación basado en un poderío, precisamente porque mezcla dominación y señorío, necesidad y libertad. Bajo esta concepción el principio básico de la medicina era que el enfermo carecía de autonomía siendo, por tanto, incapaz de tomar decisiones no sólo en el orden físico, sino también en el moral. Su única obligación era la de obedecer: al poder de mando del médico, le correspondía el deber de obediencia del enfermo.

Conforme al paternalismo de corte hipocrático al paciente había que darle todo aquello que fuese benéfico, pero sin permitirle opinar sobre las cuestiones tocantes a su tratamiento. Era considerado como persona y por ello se le ayudaba en su enfermedad pero, a la vez, se le tenía como un ente inmaduro sentimentalmente e iletrado científicamente por lo que no sabía qué era bueno para él. Por esta razón, alguien con cierta instrucción (el médico) tenía que guiarle imperativamente en el camino del bien tanto físico como moral.

Sin embargo, ese tipo de relaciones cambiaron a partir del siglo XIX con la entrada del modelo liberal, es decir, con la necesidad de controlar el poder del Estado sometiénolo a normas jurídicas y éticas razonables formulando un elenco de derechos inalienables de los hombres. Las relaciones que se regían por el paternalismo ahora lo hacen conforme a la privacidad y son diametralmente opuestas. El paternalismo se conduce conforme al principio de beneficencia; en tanto que la privacidad, por el de autonomía. Lo anterior significa que al enfermo poco a poco se le ha ido considerando como un ser autónomo, capaz de recibir información y libre de tomar las decisiones relativas a su cuerpo, su salud y su vida.

De hecho, el reconocimiento de la autonomía del enfermo ha tenido un fuerte impulso gracias a las decisiones judiciales con el denominado consentimiento informado.<sup>4</sup> La idea central de la ética propia de la tradición jurídica ha sido la defensa de la autonomía y los derechos fundamentales de los individuos; en cambio, la idea central de la ética médica ha sido la beneficencia. De este modo, el lenguaje de la virtud ha sido propio de la ética médica basada en la beneficencia y; el de los derechos, de la ética basada en la autonomía.

En este sentido, el principio de autonomía se manifiesta en el derecho humano de todo individuo de autodeterminarse en las cuestiones relacionadas con su vida, su cuerpo y su muerte. La autonomía es el derecho a dispo-

<sup>3</sup> GRACIA, Diego, *Fundamentos de bioética*, EUDEMA, Madrid, 1989, p. 72.

<sup>4</sup> Este término nace en el ámbito jurídico y fue usado por primera vez en 1957 en California, Estados Unidos en una sentencia judicial (*Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees*).



ner de un ámbito íntimo de decisión que nadie que no sea la propia persona decida lo que es bueno o no y los medios para alcanzarlo.

La autonomía del paciente tiene un rol destacado en la voluntad anticipada; en primer lugar, porque se involucra el derecho de autodeterminación cuando con plena competencia y suficiente información el paciente decide y comunica su aceptación o rechazo a la asistencia o tratamientos indicados o, incluso, solicita un tratamiento no indicado o un tratamiento médico contraindicado de acuerdo con su enfermedad y; en segundo, porque el equipo médico no actúa ciegamente en el campo moral precisamente porque conoce los deseos, intereses e inquietudes del paciente y, quizá con mayor importancia, su propia escala de valores lo cual permite ofrecer una mejor atención médica que más allá del poner, quitar o limitar, sea de acompañar y en la medida de lo posible aliviar el sufrimiento.

En segundo término, lo relativo a la obstinación terapéutica. Las decisiones que han de tomarse al final de la vida dan pauta a dos posturas extremas: el mantenimiento a ultranza de la vida<sup>5</sup> y el respeto por la libre disposición de la propia vida cuando su calidad desciende por debajo de unos mínimos que para algunos resultan peor que la propia muerte.

En la primera están quienes defienden el uso de todas las medidas terapéuticas en todos los casos aun cuando existen criterios científicos de irreversibilidad, esto corresponde a lo que se ha llamado: "ensañamiento terapéutico", "encarnizamiento terapéutico", "obstinación terapéutica" o "distanasia". Y, en la segunda, se ubican quienes son partidarios de la aplicación de alguna medida letal, ya sea ejercida por el propio enfermo —suicidio médicamente asistido—, o por una tercera persona a petición del enfermo —eutanasia— en virtud de la irreversibilidad de la enfermedad y la existencia de sufrimiento insoportable.<sup>6</sup> En la actualidad ambos extremos son considerados maleficentes y, en consecuencia, prohibidos tanto ética como jurídicamente.<sup>7</sup>

El rechazo a la obstinación terapéutica a través de la voluntad anticipada se basa en las siguientes premisas bioéticas: a) la prolongación de la vida biológica no constituye un valor absoluto que deba mantenerse a ultranza en todas las situaciones,<sup>8</sup> b) no es digno ni prudente seguir agrediendo al

<sup>5</sup> Véase BARBERO, Javier *et al.*, "Limitación del esfuerzo terapéutico", en GRACIA, Diego y JÚDEZ, Javier, *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, pp. 172 y 173.

<sup>6</sup> Véase GÓMEZ RUBÍ, Juan A., *Ética en medicina crítica*, Triacastela, Madrid, 2002, pp. 228 y ss.

<sup>7</sup> En la actualidad solamente en Suiza se permite el suicidio asistido; en el Estado norteamericano de Oregon, el suicidio médicamente asistido; en Bélgica, la eutanasia y; en Holanda tanto la eutanasia como el suicidio médicamente asistido. Véase VIDAL, Azucena, "La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU", en URRACA MARTÍNEZ, Salvador (ed.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Noesis, España, 1996, Colección Humanidades Médicas, pp. 137-168.

<sup>8</sup> CABRE PERICAS, Ll. y SOLSONA DURÁN, J. F., "Limitación del esfuerzo terapéutico en me-

enfermo cuando sus posibilidades de vida son nulas o casi nulas,<sup>9</sup> y c) no es lo mismo ayudar a vivir a quien está viviendo que impedir morir a quien está muriendo.<sup>10</sup>

En este sentido, el rechazo de la obstinación terapéutica en la práctica médica no es un rechazo del paciente ni de su vida, el objeto de la deliberación sobre la conveniencia de iniciar o continuar una práctica terapéutica no es el valor de la vida del paciente, sino el valor de la intervención médica en el paciente. La decisión de no emprender o de interrumpir una terapia será éticamente correcta cuando esta resulte ineficaz o claramente desproporcionada para sostener la vida o recuperar la salud. Esto no es más que la expresión del respeto que en todo momento se le debe al paciente.<sup>11</sup> En otras palabras, interrumpir una terapia y permitir que sobrevenga la muerte puede ser, en algunas circunstancias, perfectamente comprensible con el respeto que se debe a la vida porque se puede respetar la vida no sólo preservándola, sino también permitiendo que llegue a su término de modo natural.<sup>12</sup>

En definitiva, la génesis bioética de la voluntad anticipada tiene dos causas: una formal o ética, que se caracteriza por la exaltación del valor libertad en el ámbito de la salud y otra; material o científica, a partir del control real y efectivo de la medicina sobre la muerte. Ambas surgen prácticamente en el mismo contexto histórico, razón por la cual guardan una estrecha relación en cuanto a su racionalidad. Esto se explica del siguiente modo: los hechos sin valores son ciegos, y los valores sin hechos, resultan vacíos. Es decir, los problemas bioético-jurídicos que surgen a partir de la posibilidad de establecer disposiciones para la propia incapacidad no se solucionan: a) considerando exclusivamente la libertad del paciente al margen de los hechos clínico-biológicos de su enfermedad; b) dando prioridad a los hechos clínico-biológicos sobre la libertad; c) formalmente, sólo estimado la libertad relegando otros valores y principios igualmente importantes y; d) mate-

dicina intensiva", *Medicina Intensiva*, núm. 26, 2002, p. 306. También véase GÓMEZ RUBÍ, Juan A., *op. cit.*, p. 234. Y GRACIA, Diego, "Justicia sanitaria: Una propuesta", *Perspectivas bioéticas en las Américas*, núm. 2, 1996, p. 29.

<sup>9</sup> GRACIA, Diego, "Ética de los confines de la vida", *El Búho*, Colombia, 2004, *Ética y Vida*, núm. 3, p. 257.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Discurso de S.S. Juan Pablo II en la XIX Conferencia Internacional del Consejo Pontificio para la Pastoral de la Salud el 12 de noviembre de 2004, citador en Mindling, J. Daniel, "El Papa S.S. Juan Pablo II: La muerte con dignidad", en <http://www.usccb.org/prolife/programs/rfp/mindling05spfinal.pdf> Consultada el 5 de febrero de 2009. También véanse Véase mensaje de S.S. Juan Pablo II para la X y XI Jornada Mundial del enfermo, los días 11 de febrero de 2003 y 2004, respectivamente.

<sup>12</sup> KASS, R. León, "Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad", *Human Life Review*, vol. XVI, núm. 2. También en KASS, R. León, "Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad", *Cuadernos de Bioética*, vol. 1, núm. 4, 1990.

rialmente, actuando bajo el imperativo tecnológico de hacer todo lo técnicamente posible. En virtud de lo anterior, el estudio bioético-jurídico de la voluntad anticipada, y su regulación, debe conjugar tanto la riqueza moral de todos los valores en juego, como la riqueza biológica de todos los fenómenos mórbidos y todas las posibilidades tecno-científicas de curación y tratamiento. Tanto lo formal como lo material se complementan en orden de dar soluciones prudentes y de calidad.

### 3. TESTAMENTO VITAL VERSUS VOLUNTAD ANTICIPADA

Al consentimiento informado otorgado anticipadamente previendo una posible pérdida de la conciencia o capacidad de manifestar la voluntad sobre la atención médica o sobre el tipo de tratamientos que se desean o no recibir, principalmente al final de la vida, originalmente se le denominó *living wills*, o bien “testamentos vitales”.

En 1967 la *Euthanasia Society of America* propuso un documento de cuidados anticipados que permite al individuo especificar su voluntad de terminar las intervenciones médicas mantenedoras de la vida. Dos años más tarde el abogado estadounidense Luis Kutner propuso un tipo de documento en el que el propio individuo indicaba el tipo de tratamiento que deseaba recibir en caso de que su estado corporal llegue a ser completamente vegetativo y sea seguro que no va a poder recuperar sus capacidades mentales y físicas. A ese documento le llamó “testamento vital”. A partir de entonces su desarrollo, principalmente en EEUU, ha ido creciendo. Sin embargo, dicho término resulta jurídicamente incorrecto principalmente en los sistemas jurídicos que se fundan en el antiguo Derecho romano por las razones que se exponen a continuación.

El derecho hereditario, según De Ibarrola,<sup>13</sup> se caracteriza en que el patrimonio es lo esencial y la persona lo accidental; es decir, que el contenido de los derechos susceptibles de transmitirse *mortis causa* —por medio de testamento, por ejemplo— son generalmente de contenido económico. El carácter eminentemente patrimonial es una de las principales características no sólo del derecho sucesorio, sino del derecho civil en general. De esta forma, el testamento constituye una forma —la más idónea— de transmitir el patrimonio (económico) de una persona al momento de su muerte.

El testamento regulado por el derecho común está sujeto a dos condiciones para su eficacia y obligatoriedad: La muerte del testador y, la existencia y capacidad de las personas con vocación para heredar —lo que la doctrina llama *delación*—. En cambio, el llamado “testamento vital” tiene como condición la imposibilidad física y/o jurídica de una persona para manifestar su voluntad sobre su vida, salud y muerte en el momento de

<sup>13</sup> DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 15ª ed, Porrúa, México, 2006, pp. 667 y ss.

verificarse los supuestos descritos en el documento. Por tanto, una de las diferencias entre esos dos actos radica en que en el primero se realizan acciones sobre el patrimonio de una persona una vez que ha muerto con el propósito de darle continuidad tanto en sus relaciones activas como pasivas y, en el segundo, se realizan u omiten acciones médicas en una persona incapaz pero viva con el objeto de proteger su dignidad humana procurando el bienestar y la atención y cuidados debidos.

Cabe señalar que en ambos casos el acto es un mero proyecto, una mera expectativa de derecho pues carece de obligatoriedad jurídica en tanto no se verifiquen las condiciones respectivas; asimismo, son esencialmente revocables pues su autor a nada se obliga. En cuanto a la formalidad, la ley es muy rigurosa al respecto pues el legislador es consciente de que los efectos jurídicos se producen cuando la persona ha muerto, o bien cuando está física y/o legalmente incapacitada; es decir, no hay posibilidad de convalidación.<sup>14</sup>

A pesar de guardar ciertas similitudes, sobre todo en cuanto a que son actos de disposición sujetos a condición suspensiva y a la posibilidad de revocación, por pulcritud epistémica y terminológica, no pueden ni deben ser confundidos; uno y otro tienen contenido, función, naturaleza, objetivos y regulación distintos. Por ende, para referirse a los problemas bioético-jurídicos relacionados con las disposiciones al final de la vida es preferible usar términos como instrucciones previas, disposiciones previas o voluntades anticipadas en lugar de testamento vital.<sup>15</sup> A lo largo de este trabajo se usará el término “voluntad anticipada” por considerarlo el más correcto y por ser el utilizado en la legislación del DF.

## 4. DEFINICIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA

### 4.1. DEFINICIÓN BIOÉTICO-JURÍDICA

Existen autores<sup>16</sup> que conciben a la voluntad anticipada como un “proceso” y en este sentido puede definirse como el proceso mediante el cual una persona planifica los tratamientos y cuidados de salud que desea reci-

<sup>14</sup> Paradójicamente los formalismos son más rígidos en tratándose del testamento regulado por el derecho común que en el “testamento vital”.

<sup>15</sup> No existe la necesidad de ampliar el concepto tradicional de testamento para llamar así al instrumento en que se hacen constar las órdenes que deben ser ejecutadas en vida del sujeto siempre que él no pueda dadas. Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “El llamado testamento biológico (*living will*)”, *Revista de derecho notarial*, año XXXIX, núm. 111, abril 1998, pp. 253-254.

<sup>16</sup> SINGER, Peter A. et al. “Bioethics for clinicians: 6. Advance care planning”, *Canadian Medical Association Journal*, vol. 155, núm. 12, diciembre de 1996. Y MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo, “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”, *Atención primaria*, vol. 31, núm. 1, enero de 2003, p. 3.

bir o rechazar en el futuro, en particular para el momento en que no sea capaz por sí misma de tomar decisiones.

Otros,<sup>17</sup> en cambio, la consideran como un "documento". Así, la voluntad anticipada consiste en un documento por el que la persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias no le permitan expresar personalmente su voluntad.

También hay quien las concibe por su carácter documental pero limitando su contenido a un alcance negativo: Es aquel documento en el que se declara el deseo de una persona de que, para que su propia muerte tenga total dignidad, no se le apliquen determinados cuidados médicos o medios extraordinarios en caso de padecer una enfermedad terminal. Es decir, cuando aun se tiene capacidad de decisión se expresa concretamente cómo morir dignamente, sin abusos de prácticas médicas exageradas u obstinación terapéutica que no pueden sacar adelante la vida del paciente sino sólo retrasar, en pésimas condiciones, una muerte segura.<sup>18</sup> Considero que esta definición es sumamente pobre por referirse solamente a aquello que no se desea que se haga y por ceñirlo únicamente al caso de enfermedad terminal.

Una definición propiamente jurídica la considera como una declaración unilateral de voluntad emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar, mediante la que se indican las actuaciones que deben seguirse en relación con los tratamientos y cuidados de su salud, solamente en los casos en que concurran circunstancias que no le permitan expresar su voluntad.<sup>19</sup>

Por lo antes expuesto, es posible afirmar que la voluntad anticipada debe ser producto de un proceso de comunicación y deliberación entre todos los sujetos participantes de la relación clínica en el cual, por su trascendencia, se exigen ciertas formalidades, por ejemplo, que conste por escrito. Además, se hace evidente uno de los principales problemas bioéticos del acto: Elaborar una voluntad anticipada sin una deliberación entre médico y paciente difícilmente es mejor que no tenerlo.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> MARTÍNEZ ALMAZÁN, E. et al., "Disposiciones previas: Experiencia piloto en una residencia de ancianos", *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, vol. 37, núm. 4, 2002, p. 204.

<sup>18</sup> Cfr. RIVES SEVA, José María, "Testamento vital y objeción de conciencia", *Diario La Ley*, año, XXIX, núm. 6898, marzo de 2008.

<sup>19</sup> MARCOS DEL CANO, Ana María, "Voluntades anticipadas", en ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier (dir.), *10 palabras clave ante el final de la vida*, Verbo Divino, Navarra, 2007, p. 399.

<sup>20</sup> Véanse SANTOS DE UNAMUNO, C., "Documento de voluntades anticipadas: Actitud de los pacientes de atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 32, núm. 1, 2003, pp. 1-8. BARRIO, María Inés y SIMÓN, Pablo, *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 105. Y MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo, "Los documentos de voluntades anticipadas", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 30, suplemento 3, 2007, pp. 90-91.

En definitiva, la voluntad anticipada es parte del acto médico (de comunicación, entendimiento, ayuda, asistencia, acompañamiento...) la cual se expresa o se exterioriza por medio de un documento de voluntad anticipada que es parte integrante de la historia clínica. Por tanto, hay que distinguir dos aspectos diferentes pero íntimamente relacionados: El “proceso” (aspecto ético-médico) y el “documento” (aspecto jurídico).<sup>21</sup> Es moralmente reprochable hablar de voluntad anticipada refiriéndose a ella meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es socialmente cuestionable aludirla prescindiendo de ese aspecto.

La voluntad anticipada como documento sin una comunicación previa y comprometida entre los sujetos que intervienen en la relación clínica que tienda a la deliberación moral será vacía y fuente de múltiples problemas tanto éticos como jurídicos. Pero también un proceso deliberativo que ha permitido la elección de cursos de acción u omisión dentro de la atención médica carente de un soporte documental revestido de ciertas formalidades, difícilmente podría aplicarse en la práctica cuando el paciente es incapaz de manifestar y ejecutar su voluntad y, además, se presentan hechos biológicos que generan gran incertidumbre moral.

En este orden de ideas, el documento de voluntad anticipada es el documento escrito por el cual, previo análisis y deliberación entre los sujetos de la relación clínica, una persona mayor de edad, con capacidad suficiente, de manera libre y de acuerdo a los requisitos legales, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que por las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad. En él se puede designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o equipo sanitario, y que le sustituirá en caso que no pueda expresar su voluntad por sí misma.<sup>22</sup>

## 4.2. DEFINICIÓN LEGAL

Conforme a lo dicho en el punto anterior, tanto la LVADF como su reglamento definen a la voluntad anticipada considerando únicamente su carácter documental en dos sentidos: a) como “documento”, y c) como “formato”.

ART. 3 LVADF. Para efectos de esta ley se define y entiende por: (...) V. *Documento de Voluntad Anticipada*: consiste en el documento público suscrito ante

<sup>21</sup> Es muy importante no confundir —y con mucha frecuencia se hace— los principios, criterios y normas éticas que regulan el proceso con el documento o medio que se utiliza para operativizar o registrar las decisiones de representación o de sustitución. Cfr. BARRIO, María Inés y SIMÓN, Pablo, *op. cit.*, pp. 122 y 214.

<sup>22</sup> SARALEGUI RETA, I. et al., “Instrucciones previas en medicina intensiva”, *Medicina Intensiva*, vol. 28, núm. 5, 2004, p. 258.



Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica; (...).

ART. 2 RLVADE. Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) IV. *Documento de Voluntad Anticipada*: Es el Documento Público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; V. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el Formato oficial emitido por la Secretaría en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; (...).

#### 4.3. COMENTARIOS A LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

En primer lugar, las definiciones de la LVADF y su reglamento deben sensibilizarse para también incluir aspectos éticos y médicos; y así reconocer, proteger y garantizar los dos momentos propios del acto: su preparación y su otorgamiento.

Ni la ley de la materia ni su reglamento pueden enfocarse solamente en el aspecto documental (continente), pues ello sería empobrecer enormemente la vocación planificadora y la función comunicativa del acto que conlleva la voluntad anticipada (contenido).

La planificación de tratamiento consiste en el proceso por el cual el médico junto con el paciente y, en la medida de lo posible, su familia, en base al diagnóstico y pronóstico de una enfermedad conocida y padecida, deliberan y toman decisiones conjuntas sobre el tipo y nivel de atención y tratamiento disponible en función del avance de la ciencia médica, de los valores éticos de los implicados y del orden jurídico vigente.

La voluntad anticipada como herramienta en la planificación médica no debe permanecer aislada en el mundo legal, pero tampoco debe abandonarse a la buena práctica médica. Por su contenido, fundamentación y practicidad se encuentra inmersa en dos mundos que, lejos de ser iguales o contrarios, son complementarios: el bioético y el jurídico. Por ende, se debe regular y proteger el proceso de comunicación y toma de decisiones propio de la relación clínica (contenido), así como la eficacia jurídica y valor probatorio del documento que lo contiene (continente).

En segundo lugar, la doctrina bioética —como se ha dicho anteriormen-



te— y la legislación internacional<sup>23</sup> coinciden en que las disposiciones para la propia incapacidad sobre las que versa la voluntad anticipada serán ejecutadas o tomadas en cuenta *cuando la persona no pueda o no sea capaz de expresar por sí misma su voluntad*. Sin embargo, en el DF no ocurre así.

Los ya citados artículos 3 fracción V de la LVADF, y 2 fracciones IV y V del RLVADF establecen que el objeto del documento consiste en la petición de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos que propicien la obstinación terapéutica.

La obstinación terapéutica la definen los artículos 2 fracción XII de la LVADF, y 2 fracción VIII del RLVADF como la “utilización innecesaria de medios, instrumentos y métodos médicos para mantener vivo a un enfermo terminal”.

Además, el artículo 44 de la LVADF señala que no serán ejecutadas las disposiciones del documento o formato, según sea el caso, cuando el paciente no se encuentre en etapa terminal.

En consecuencia, tal y como está actualmente la legislación en el DF, *para ejecutar o tomar en cuenta las disposiciones contenidas en la voluntad anticipada es necesario que la persona se encuentre en fase terminal*,<sup>24</sup> es decir, que tenga una enfermedad incurable, progresiva y avanzada, en situación de imposibilidad razonable de respuesta del paciente a un tratamiento específico, con presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes, y con pronóstico vital menor a seis meses.<sup>25</sup>

A modo de conclusión es posible afirmar que teórica y legalmente (a nivel internacional) la voluntad anticipada no tiene más condición para su eficacia que la incapacidad del paciente, cualquiera que sea la causa de ésta o la situación clínica en la que se encuentre aquél. Pero en el caso del DF, se determina por la obstinación terapéutica en un caso muy particular: la enfermedad terminal, independientemente de la capacidad o incapacidad del paciente. Por esta razón en el DF más que voluntad anticipada, en el sentido más estricto de la palabra, existe voluntad para la enfermedad terminal.

Lo anterior genera múltiples interrogantes, principalmente: ¿por qué es necesario tener una expectativa de vida menor a seis meses para que la voluntad anticipada sea eficaz? ¿Los enfermos crónicos, no terminales, no pueden hacer una planificación de tratamiento mediante la voluntad anticipada? ¿Qué hacer con los pacientes inconscientes que no son terminales?

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, la normatividad española: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; publicada el 15 de noviembre de 2002 en el *Boletín Oficial del Estado*.

<sup>24</sup> El enfermo en etapa terminal está definido en el artículo 3 fracción VI de la LVADF.

<sup>25</sup> Definición de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL). En <http://www.secpal.com/guiacp/index.php?acc=dos> Consultada el 27 de abril de 2011.

¿Cuál es la razón médica, ética y jurídica para limitar a la enfermedad terminal la eficacia de la voluntad anticipada?

En tercer lugar, el RLVADF —acorde con las disposiciones de la LVADF— hace la distinción entre “documento de voluntad anticipada” y “formato de voluntad anticipada”. Esta diferencia será analizada en el siguiente apartado.

Y, en cuarto lugar, se propone la siguiente definición que pudiera ser adoptada por la legislación de la materia: La voluntad anticipada es la declaración unilateral de voluntad emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio en escritura pública producto de un proceso de información, comunicación y deliberación con su médico tratante, y en la medida de lo posible con su familia, en relación con los tratamientos y cuidados principalmente médicos que desea o no recibir en el futuro de encontrarse física o legalmente incapacitado para expresar su voluntad y en alguno de los hechos clínico-biológicos previstos. En el instrumento público en que conste se pueden señalar, además, los valores personales que han de servir de fundamento para la toma de decisiones así como la designación de un representante para la interpretación y ejecución del documento y en lo relativo a la toma de decisiones médicas al final de la vida.

## 5. FORMALIDAD DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Cabe recordar que las formalidades son aquellas disposiciones jurídicas o convencionales que señalan el modo en que debe exteriorizarse la voluntad para la validez del acto jurídico o contrato.<sup>26</sup> Es decir, son aquellos requisitos que deben observarse para la validez del acto.<sup>27</sup>

En este sentido, las formalidades exigidas por la LVADF y por su reglamento son dos: que conste por escrito y ante notario público.

ART. 8 LVADF. El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I. Realizarse *por escrito... ante Notario; (...)*.

Puede considerarse innecesario aludir la forma escrita y la intervención del notario separadamente, dado que el notario conforme al artículo 78 de la Ley del Notariado del Distrito Federal (LNDF) no puede actuar como fedatario si no lo hace en su protocolo y, por tanto, de forma escrita. Toda autorización notarial es invariablemente escrita pero, además, por su poder autenticador y lo público de su función se trata de un documento público.

<sup>26</sup> Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 66.

<sup>27</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general*, Porrúa, México, 1994, p. 619.

Sin embargo, es importante tal distinción en razón de que la voluntad anticipada, aun cuando conste por escrito, puede otorgarse válidamente sin la intervención del notario.

ART. 3 RLVADF. La Voluntad Anticipada puede suscribirse: I. Por cualquier persona ante Notario Público mediante el Documento de Voluntad Anticipada; y II. Por el enfermo en etapa terminal o suscriptor, ante el personal de salud correspondiente mediante el Formato de Voluntad Anticipada emitido por la Secretaría.

De tal modo, la voluntad anticipada siempre deberá constar por escrito; pero podrá otorgarse ante notario, o bien ante el personal de salud correspondiente. De ahí la diferencia entre “documento” y “formato”, y que la segunda formalidad señalada sea en realidad irrelevante para la validez del acto. Esto por supuesto merece algunas críticas de nuestra parte:

En primer lugar, aun cuando la regla general es que la voluntad anticipada se otorgue ante notario y sólo por excepción ante el personal de salud (esto se analizará más detalladamente en el siguiente apartado), no beneficia a la *praxis* médica ni jurídica la coexistencia de dos tipos de documentos distintos. Por el contrario, esto sólo es motivo de confusión e inseguridad jurídica para el paciente, su familia y el médico tratante. Esta es una de las causas por las cuales su otorgamiento constituye una práctica realmente excepcional.<sup>28</sup>

En segundo lugar, que el “documento” de voluntad anticipada conste en escritura pública tiene como propósito que el acto sea válido y eficaz, así como garantizar la seguridad y protección jurídica del otorgante. Para esto la intervención del notario es fundamental por las razones siguientes: a) la matricidad de su protocolo permite la conservación del documento y su reproducción; b) el notario busca la legalidad del acto y explica su valor, contenido y fuerza legal; y c) el notario se responsabiliza con respecto a la identidad y capacidad del otorgante y del contenido del acto.<sup>29</sup> En cambio, la validez y eficacia jurídica no se garantiza si se otorga por medio del “formato”, incluso con la comparecencia de dos testigos como lo señala el artículo 10 de la LVADE.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> En el Distrito Federal, según la información estadística de la Secretaría de Salud del Distrito Federal por conducto de la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada, se han otorgado 386 documentos de voluntad anticipada ante notario entre el 15 de febrero de 2008 y el 22 de abril de 2010. En <http://www.colegiodenotarios.org.mx/?a=101> Consultada el 14 de abril de 2011.

<sup>29</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 71. También véase LÓPEZ JUÁREZ, Ponciano, *Los elementos de identidad del notariado de tipo latino*, Colegio de Notarios del Distrito Federal-Porrúa, México, 2001, pp. 35 y ss. Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, no. 3.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, García Villegas sostiene que es muy delicado que cuando el enfermo no pueda otorgar el documento ante notario lo haga ante el personal de salud correspon-

En tercer lugar, para el caso que nos ocupa, únicamente el notario está investido de fe pública por el Estado. No obstante, el artículo 34 de la LVADF señala que la persona ante quien se otorgue la voluntad anticipada mediante “formato” deberá dar fe de haber cumplido con las formalidades exigidas por la propia ley. Esto, sin duda, es una extralimitación legal en aras de dar el mismo valor jurídico que tiene una escritura pública a un formato suscrito ante el personal sanitario.

ART. 34 LVADF. 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.

Por último, ¿quiénes forman parte del “personal de salud correspondiente”? ¿Será el médico general, el médico especialista, el médico tratante, el jefe del servicio, el director del hospital o clínica, la jefa de enfermería, la enfermera en turno, el administrativo, el técnico, el camillero...? Ni la LVADF ni su reglamento dan respuesta a tales interrogantes, lo cual se traduce, evidentemente, en inseguridad jurídica para todos los involucrados y; principalmente, para el propio paciente que en razón de su enfermedad ya está en una situación de vulnerabilidad.

## 6. REQUISITOS PARA OTORGAR LA VOLUNTAD ANTICIPADA

La doctrina bioética —como se ha quedado de manifiesto en el apartado cuarto de este trabajo— y la legislación internacional —con el ejemplo ya citado— coinciden en que la voluntad anticipada puede ser otorgada por cualquier persona con capacidad jurídica y no solamente por aquella que esté enferma o en fase terminal. Esto hace que sea abierta en cuanto a su otorgamiento.

Amén de la diferencia apuntada entre “documento” y “formato”, dicha regla aporta nuevos elementos de distinción, pues la legislación del DF no la acoge del todo.

En primer término, para que la voluntad anticipada pueda constar en “formato” es preciso que quien la otorga padezca una enfermedad en etapa terminal, situación que no es forzosa para el “documento”.

ART. 7 LVADF. El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo: I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio; II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal; (...).

ART. 2 RLVADF. Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) IV. Documento de Voluntad Anticipada: Es el Documento Público suscrito

diente. García Villegas, Eduardo, *La voluntad anticipada*, p. 8. En [http://www.notarios.com.mx/admin/fotos/pages/eduardo\\_garcia\\_villegas.pdf](http://www.notarios.com.mx/admin/fotos/pages/eduardo_garcia_villegas.pdf) Consultada el 22 de octubre de 2009.

ante Notario, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales...* V. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el Formato oficial emitido por la Secretaría en el que *cualquier enfermo en etapa terminal...*

La función primordial de la voluntad anticipada consiste en la planificación anticipada de la atención terapéutica-asistencial, pero si se condiciona a la persona para otorgar el acto a padecer una enfermedad terminal, aun en el caso del "formato", se está limitando de modo notable dicha función y evidencia, nuevamente, los problemas éticos, médicos y legales de hacer la distinción entre "formato" y "documento".

La terminalidad es una situación sumamente crítica y conflictiva no sólo para el paciente, sino también para su familia y todo el equipo médico. No hay razón para esperar a ese último momento de angustia y dolor para otorgar el "formato", no se puede anticipar, prever y preparar para lo que ya es un hecho presente.<sup>31</sup>

En segundo término, según el artículo 10 de la LVADF la excepción para que la voluntad anticipada conste en escritura pública y, por tanto, pueda realizarse mediante "formato" consiste en que el paciente esté imposibilitado para acudir ante notario.

ART. 10 LVADF. *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.*

Este supuesto, a su vez, implica dos cosas: i) una imposibilidad de tipo físico y, ii) que el paciente mantiene el estado de conciencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del enfermo que aún conserva su capacidad de relación con el medio e integración social, es decir, está lúcido y conciente pero no puede salir del nosocomio donde se encuentra internado por la dependencia vital del soporte técnico.

Según los artículos 34 y 41 de la LNDF, el notario puede ejercer sus funciones notariales en cualquier hora y lugar siempre que sea dentro del DF. Esto significa que *la imposibilidad física del paciente de acudir ante el notario no se traduce en una imposibilidad jurídica de que la voluntad anticipada conste en*

<sup>31</sup> Esta situación está prevista por el artículo 166 bis 4 de la Ley General de Salud: "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".

*escritura pública*, ya que el notario puede acudir al lugar donde se halle la persona. A la incertidumbre moral y médica que vive el paciente no hay motivos para añadirle inseguridad jurídica.

## 7. EL “SUSCRITOR” DEL “DOCUMENTO” Y DEL “FORMATO” DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Como se dijo en el apartado segundo de este trabajo, la autonomía del paciente tiene un rol destacado en la voluntad anticipada porque se involucra el derecho a decidir en base a los valores personales. *La verdadera intención de la voluntad anticipada consiste en que nadie decida por otra persona en todo aquello que se relacione con su salud, vida o muerte dentro de los márgenes éticos, legales y biológicos previamente establecidos.* Además, la planeación inherente a la voluntad anticipada consiste en que la propia persona con base en la información recibida; al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y alternativas concretas; y a los valores y deberes existentes decida por sí misma qué hacer o no hacer en el futuro cuando se halle probablemente incapacitada para decidir, para manifestar su voluntad.

Con esto no se niega la participación de los familiares en la toma de decisiones que involucren al paciente, principalmente cuando está incapacitado físicamente, sino que la voluntad anticipada como expresión del derecho a la autodeterminación sólo pueden ser otorgadas de forma personal. La voluntad anticipada es un acto personalísimo, salvo en los casos de los menores de edad y de los mayores incapacitados. La frase más acuñada para esta situación es: *que nadie más decida por mí.* Por tanto, no hay que confundir la voluntad anticipada con el consentimiento informado por sustitución previsto, por ejemplo, en los artículos 103, 192 *quintus in fine* y 345 de la Ley General de Salud.

No obstante lo anterior, el “documento” y el “formato” sin considerar el caso de los menores de edad o incapaces legalmente declarados —cuyo análisis se reserva para otro momento— también pueden ser suscritos por persona distinta al paciente. Las condiciones para que opere tal hipótesis consisten en que el paciente este en etapa terminal e impedido para manifestar por sí mismo su voluntad.

ART. 7 LVADF. 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 en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; (...).

ART. 19 LVADF. 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: I. El o la cónyuge; II. El concubinario o la concubina; o el o la conviviente. III. Los hijos mayores de edad consanguíneos o



adoptados; IV. Los padres o adoptantes; V. Los nietos mayores de edad; y VI. Los hermanos mayores de edad o emancipados. (...).

ART. 3 RLVADF. La Voluntad Anticipada puede suscribirse: (...) II. Por el enfermo en etapa terminal o suscriptor...

ART. 2 RLVADF. "Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) XV. Suscriptor: Es la persona autorizada por la Ley, que suscribe el Formato de Voluntad Anticipada, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

ART. 19 RLVADF. Podrán suscribir el Formato cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad y será obligación del personal de salud de las Unidades Médicas Hospitalarias e Instituciones Privadas de Salud asentar la información en el Formato de Voluntad Anticipada, atendiendo al siguiente orden de prelación: I. El o la cónyuge; II. El concubinario o la concubina; o el o la conviviente. III. Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados; IV. Los padres o adoptantes; V. Los nietos mayores de edad; y VI. Los hermanos mayores de edad o emancipados.

En consecuencia, por excepción, las personas señaladas en la LVADF y en su reglamento podrán suscribir el "documento" o el "formato" en lugar del propio paciente. Esto sin lugar a dudas es fuente de múltiples problemas éticos, médicos y jurídicos en la práctica, en virtud de que no siempre existe consenso familiar por la incertidumbre moral y clínica que genera una enfermedad terminal. Los problemas que pretende evitar la voluntad anticipada pueden ser mayores cuando la legislación no le da el tratamiento de un acto personalísimo. ¿Qué pasaría si, de igual forma, el testamento pudiera ser otorgado por otras personas en determinadas circunstancias? Conforme al anterior supuesto, ¿el contenido patrimonial del testamento podría originar desavenencia familiar? Seguramente sí. Y si existen suficientes motivos para que el testamento sea un acto personalísimo, ¿con mayor razón no debería de serlo también la voluntad anticipada como acto de disposición vital?

## 8. REVOCACIÓN DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Por las razones expuestas es técnicamente incorrecto y socialmente inconveniente usar la expresión "testamento vital" para referirse a la voluntad anticipada. Sin embargo, con el mero propósito de ilustrar lo relativo a la revocación de ésta tomaré como punto de partida las disposiciones jurídicas aplicables a la revocación de los testamentos en virtud de que ambos actos comparten la misma lógica: son disposiciones sujetas a condición suspensiva y, por tanto, pueden ser modificadas en cualquier momento por el otorgante hasta en tanto no se cumpla aquella.



En este sentido, el testamento y la voluntad anticipada constituyen un mero proyecto, generan una expectativa más no un derecho, carecen de obligatoriedad jurídica en tanto no se verifiquen las condiciones a que están sujetos: la muerte o la incapacidad, respectivamente.<sup>32</sup> Al no existir derechos ni obligaciones, el autor de uno u otro documento tiene la entera posibilidad de modificar en cualquier momento las disposiciones hechas con anterioridad.

Tal como lo refiere Antonio de Ibarrola,<sup>33</sup> todas las legislaciones han visto siempre al testamento como un acto revocable. El testamento es un acto especialmente revocable que no es más que un proyecto durante toda la vida del testador cuya expresión de su última voluntad ha sido redactada de antemano por temor a ser sorprendido por la muerte, pero que se entiende emitida hasta el momento mismo de perder la vida.

La revocación, además, puede ser expresa, tácita o legal. En la primera, el testador declara explícita y solemnemente su deseo de privar de eficacia en todo o en parte a sus anteriores disposiciones; en la segunda, puede consistir en que el autor formule nuevo testamento en el que no inserte declaración de revocar el anterior, pero cuyas disposiciones sean contrarias o incompatibles y; la tercera, es obra del legislador quien en determinadas circunstancias asume el oficio de intérprete de la presumible voluntad del testador de revocar su testamento.

El citado autor enlista una serie de principios jurídicos relativos a la revocación de las disposiciones testamentarias: *a)* no puede revocarse el testamento por un acto menos solemne; *b)* basta la existencia de un testamento posterior válido para que se entiendan revocados los anteriores; *c)* no obstante el anterior principio, el testamento anterior recobrará su fuerza si el testador, revocando el anterior, declara ser su voluntad que el primero subsista; *d)* la revocación produce sus efectos aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de los herederos o legatarios; y *e)* existen ciertas disposiciones que en razón de su importancia no pueden ser revocadas.

Tal como se puede apreciar, muchas de las disposiciones aplicables a los testamentos lo son también a la voluntad anticipada. A partir de los aspectos comunes de esos actos es pertinente formular una serie de premisas bioéticas propias de la voluntad anticipada en cuanto a la posibilidad de su revocación:

1) La aplicación de la voluntad anticipada está sujeta a la condición suspensiva de que la persona esté incapacitada física y/o legalmente para expresar su voluntad. En tanto no se cumpla aquella, es un mero proyecto sin obligatoriedad jurídica.

<sup>32</sup> En el caso del DE, como se ha dicho, no es la incapacidad sino la presencia de una enfermedad terminal.

<sup>33</sup> DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, pp. 747 y ss.

2) La voluntad anticipada constituye un acto jurídico especialmente revocable.

3) La revocación de la voluntad anticipada, al igual que en su otorgamiento, es un acto personalísimo<sup>34</sup> y libre y, además, susceptible de realizarse en cualquier momento.

4) La revocación del documento tendrá que hacerse siguiendo las mismas formalidades que para su otorgamiento. Sin embargo, en caso de intervención quirúrgica si la persona otorga un consentimiento informado que sea contrario a la voluntad anticipada, se atenderá a aquel.

5) La existencia de un segundo documento de voluntad anticipada, en principio, supone la revocación del anterior; sin embargo, aquél podrá recuperar su fuerza legal cuando el otorgante así lo exprese, o bien cuando el posterior se omita un hecho, situación, tratamiento o actuación que sí se contemplaba en el anterior.

Al respecto, la LVADF establece lo siguiente:

ART. 38 LVADF. El Documento o Formato de Voluntad Anticipada *únicamente podrá ser revocado por el signatario del mismo en cualquier momento.* (...).

ART. 39 LVADF. En caso de que existan dos o más Documentos o Formatos de Voluntad Anticipada *será válido el último firmado por el signatario.*

De este modo, el marco jurídico reconoce la posibilidad de revocación en cualquier momento. Pero, antes de concluir este apartado, es necesario aclarar el término “signatario” dada su importancia para la revocación del acto.

El término “signatario” al que se refiere la LVADF está definido por el artículo 2 fracción XIV del RLADF como “el enfermo en etapa terminal o suscriptor que suscribe el Formato de Voluntad Anticipada”. Según dicho artículo sólo cabe hablar de signatario cuando se está en presencia del “formato. Esto sin lugar a dudas es restrictivo y erróneo.

Aunque la LVADF no da una definición es posible afirmar que el signatario es la persona que otorga la voluntad anticipada y, por tanto, firma el “documento” o el “formato”, según sea el caso. Pero, además, signatario puede ser cualquiera de las personas que pueden otorgar la voluntad anticipada en nombre de otro, como lo señalan los artículos 7 fracción III y 19 de la LVADF; y 3 fracción II, 2 fracción XV y 19 del RLADF. Esto genera muchas interrogantes, y la principal quizá sea: ¿El documento o formato de voluntad anticipada otorgado por el propio paciente puede ser revocado por otra persona a quien el RLADF denomina “suscriptor”? ¿El “documento” puede ser revocado por un “formato” o a la inversa? Esto no está de

<sup>34</sup> Recuérdese que la LVADF y su reglamento permiten que sean otras personas las que decidan por el paciente por medio del otorgamiento de voluntad anticipada.

todo claro en la legislación y produce serias interrogantes sobre su eficacia jurídica.

Como se ha argumentado antes, la voluntad anticipada —salvo los casos de los menores de edad y de los mayores incapacitados, y pese a la mala regulación en el DF— es un acto personalísimo y, por ende, le corresponde otorgarlo y, en su caso, revocarlo a cada persona. Para la práctica médica no sirve de mucho un documento que no fue otorgado por el propio paciente o, en todo caso, que fue revocado por otra que no fue quien lo otorgó.

## 9. CONCLUSIONES

El estudio bioético-jurídico de la voluntad anticipada es importante no solamente por su trascendencia en el mundo jurídico, sino también por el valor que reviste para la actuación médica. Y aunque sólo se han analizado algunas cuestiones relevantes de su regulación en el DF es pertinente formular algunas cuestiones concretas al respecto:

PRIMERA. La voluntad anticipada surge en el ámbito jurídico como una reacción al avance tecno-científico que permite mantener la vida más allá de los límites naturales de esta. La voluntad anticipada, en principio, marca un límite al imperativo tecnológico de hacer todo lo técnicamente posible para alargar la vida al máximo a cualquier coste, desde el ejercicio del derecho a la autonomía personal.

SEGUNDA. Con la aparición de la voluntad anticipada en el escenario médico y jurídico las decisiones clínicas ya no se basan puramente en los valores intrínsecos del médico ni en los valores instrumentales de la ciencia. Ahora también el paciente participa activamente en la toma de decisiones.

TERCERA. Los cursos extremos de acción ante el final de la vida humana son dos: el mantenimiento a ultranza de la vida y la libre disposición de ésta cuando se cree que ha descendido a unos mínimos considerados inaceptables. En el primer caso, esta la “obstinación terapéutica” y; en el segundo, la “eutanasia”. Ambas acciones están prohibidas en nuestro sistema jurídico y son, además, moralmente reprochables.

CUARTA. La voluntad anticipada evita la obstinación terapéutica en la práctica médica y prohíbe actos eutanásicos. Por tanto, su práctica se sus- trae, por un lado, de considerar a la *vida* como un valor que deba de reali- zarse siempre “a cualquier precio” y; por otro, de estimar a la *libertad* como el valor absoluto en la toma de decisiones al final de la vida.

QUINTA. No todo sistema de voluntad anticipada comporta una legali- zación de la eutanasia, ya que puede existir la voluntad anticipada en un sistema que prohíbe la eutanasia a efecto de prevenir ciertas actuaciones

cuando el paciente es incompetente e, incluso, en un contexto de eutanasia legalizada podría existir para prevenir la eutanasia.

SEXTA. El testamento regulado por el derecho común y la voluntad anticipada guardan ciertas similitudes, principalmente en que son actos de disposición sujetos a condición suspensiva y a la posibilidad de revocación; sin embargo, no hay razones para confundirlos. Ambos tienen contenido, función, naturaleza, objetivos y tratamiento jurídico distinto.

SÉPTIMA. Es *moralmente* reproachable hablar de voluntad anticipada refiriéndose a ella meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es *socialmente* cuestionable aludirla prescindiendo de ese aspecto.

OCTAVA. La normatividad aplicable a la voluntad anticipada debe reconocer, proteger y garantizar los dos momentos propios del acto: su preparación y su otorgamiento. En consecuencia, debe establecer normas jurídicas que regulen su aspecto documental (continente) y, además, disposiciones que prevean su vocación planificadora y la función comunicativa (contenido). No obstante, la IVADF y su reglamento solamente regulan el continente.

NOVENA. Conforme a la doctrina bioética y a la legislación de otros países las disposiciones para la propia incapacidad sobre las que versa la voluntad anticipada son ejecutadas o tomadas en cuenta *cuando la persona no pueda o no sea capaz de expresar por sí misma su voluntad*. Sin embargo, en el DF son ejecutadas únicamente *cuando la persona se encuentra en fase terminal*.

DÉCIMA. La voluntad anticipada siempre deberá constar por escrito, pero podrá otorgarse ante notario, o bien ante el personal de salud correspondiente. De ahí la primera y más elemental diferencia entre “documento” y “formato”.

DÉCIMA PRIMERA. No beneficia a la *praxis* médica ni jurídica la coexistencia de dos tipos de documentos distintos. Por el contrario, esto sólo es motivo de confusión e inseguridad jurídica para el paciente, su familia y el médico tratante.

DÉCIMA SEGUNDA. La doctrina bioética y la legislación internacional coinciden en que *la voluntad anticipada puede ser otorgada por cualquier persona con capacidad jurídica* y no solamente por aquella que esté enferma o en fase terminal. En el DF para que la voluntad anticipada pueda constar en el “formato”, el otorgante debe padecer una enfermedad terminal. Esta es otra diferencia entre “documento” y “formato”.

DÉCIMA TERCERA. La excepción para que la voluntad anticipada conste en el “documento” consiste en que el paciente esté imposibilitado para acudir ante notario. Pero *la imposibilidad física del paciente de acudir ante el notario no se traduce en una imposibilidad jurídica de que la voluntad anticipada conste en*

*escritura pública*, ya que el notario puede acudir al lugar donde se halle la persona. A la incertidumbre moral y médica que vive el paciente no hay motivos para añadirle inseguridad jurídica.

DÉCIMA CUARTA. El fin último de la voluntad anticipada consiste en que nadie decida por otra persona en todo aquello que se relacione con su salud, vida o muerte dentro de los márgenes éticos, legales y biológicos previamente establecidos. Pese a ello, la legislación del DF permite que tanto el "documento" como el "formato" puedan ser otorgados por persona distinta al paciente.

DÉCIMA QUINTA. La normatividad aplicable reconoce la posibilidad de revocación de la voluntad anticipada en cualquier momento lo cual sólo le debiera corresponder a la persona que la otorgó; sin embargo, existen algunas lagunas jurídicas pues no queda claro si otro "suscriptor" podrá revocar y, en todo caso, si se puede hacer por "documento" o "formato".