



UNIVERSIDAD ANÁHUAC

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios Incorporados a la Universidad Autónoma de México

EL DERECHO DE LOS INDIVIDUOS A EXPRESAR JURIDICAMENTE
VOLUNTADES ANTICIPADAS POR MEDIO DEL TESTAMENTO VITAL
PROPUESTA LEGISLATIVA PARA EL ESTADO DE JALISCO.

Tesis que para obtener el Título de Licenciada en Derecho

PRESENTA ALMA DELIA MARTIN DEL CAMPO INZUNZA

ASESOR: DR. JOSE ANTONIO NUÑEZ OCHOA.

Huixquilucan, Edo. De Méx.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I. INDICE

INTRODUCCIÓN.....	II
CAPITULO PRIMERO	
PROBLEMÁTICA ACTUAL SOBRE EL USO DE MEDIOS ARTIFICIALES PARA PROLONGAR LA VIDA.....	1
<i>1.1 CAMBIOS CULTURALES SOBRE LA VISIÓN DE LA MUERTE Y LA AUTONOMÍA.....</i>	<i>1</i>
<i>1.2. EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA Y SU EFECTO EN LA MEDICINA.....</i>	<i>7</i>
<i>1.2.1 DE ENFERMO-PACIENTE A ENFERMO-CLIENTE.....</i>	<i>9</i>
<i>1.3 SITUACIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO.....</i>	<i>11</i>
<i>1.3.1 CAMBIOS DEMOGRÁFICOS EN NUESTRO PAÍS. ¿CUÁNTOS SOMOS?.....</i>	<i>11</i>
<i>1.3.2 CAUSAS MÁS FRECUENTES DE DETERIORO FÍSICO Y MENTAL.....</i>	<i>13</i>
<i>1.3.2.1 ESTADÍSTICAS DE CAUSAS DE MUERTE.....</i>	<i>15</i>
<i>1.3.2.2 ENFERMEDADES CRÓNICO DEGENERATIVAS.....</i>	<i>17</i>
<i>1.4 LEY GENERAL DE SALUD.....</i>	<i>21</i>
<i>1.4.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SALUD.....</i>	<i>21</i>
<i>1.4.2 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....</i>	<i>22</i>
<i>1.5 NECESIDAD DE TUTELAR EL DERECHO INDIVIDUAL A MORIR ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE VIVIR POR MEDIOS NATURALES.....</i>	<i>29</i>
CAPITULO SEGUNDO	
DEFINICIÓN DE CONCEPTOS.....	32
<i>2.1. ADISTANASIA.....</i>	<i>32</i>
<i>2.2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....</i>	<i>32</i>
<i>2.3. CAPACIDAD DE GOCE.....</i>	<i>32</i>
<i>2.4. CAPACIDAD DE EJERCICIO.....</i>	<i>33</i>
<i>2.5. CUIDADOS PALIATIVOS.....</i>	<i>33</i>

2.6. <i>DIGNIDAD</i>	33
2.7. <i>DISTANASIA</i>	34
2.8. <i>ENCARNIZAMIENTO TERAPÉUTICO</i>	35
2.9 <i>ENFERMEDAD</i>	35
2.10 <i>EUTANASIA</i>	35
2.11. <i>MUERTE DIGNA</i>	35
2.12. <i>ORTOTANASIA</i>	35
2.13 <i>SALUD</i>	36
2.14 <i>SUICIDIO ASISTIDO</i>	36
2.15. <i>TESTAMENTO VITAL</i>	36
CAPITULO TERCERO	
EL TESTAMENTO EN MÉXICO	37
3.1 <i>ANTECEDENTES</i>	37
3.2. <i>HERENCIA O SUCESIÓN</i>	38
3.3 <i>TESTAMENTO</i>	41
3.3.1 <i>CONCEPTO</i>	41
3.3.2. <i>HISTORIA DEL TESTAMENTO Y SU CLASIFICACIÓN</i>	42
3.3.2.1 <i>ROMA</i>	42
3.3.2.2 <i>DERECHO GERMÁNICO</i>	48
3.3.2.3 <i>FRANCIA</i>	49
3.3.2.4 <i>ESPAÑA</i>	52
3.3.2.5 <i>MÉXICO Y NUESTRO DERECHO POSITIVO</i>	60
3.4 <i>CAPACIDAD DE TESTAR Y HEREDAR</i>	71
3.5 <i>ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA</i>	79
3.6 <i>VOLUNTAD TESTAMENTARIA</i>	84
3.7 <i>INSTITUCIÓN DE HEREDERO</i>	89

<i>3.8 SUBSTITUCIÓN DE HEREDERO.....</i>	92
<i>3.9. SUCESIÓN INTESTADA Y LEGÍTIMA.....</i>	96
<i>3.10 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.....</i>	100

CAPITULO CUARTO.

SOLUCIONES DADAS POR OTROS PAISES RESPECTO A LA NECESIDAD DE CREAR UN DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS (TESTAMENTO VITAL).....	101
<i>4.1 GENERALIDADES.....</i>	101
<i>4.2 LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE.....</i>	102
<i>4.3 LEGISLACIÓN CANADIENSE.....</i>	106
<i>4.4 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....</i>	109
<i>4.5 CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA.....</i>	118
<i>4.6 LEGISLACIÓN FRANCESA.....</i>	120
<i>4.7 DINAMARCA.....</i>	122
<i>4.8 INICIATIVAS DE LEY EN LATINOAMÉRICA.....</i>	125
<i>4.9 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.....</i>	126

CAPITULO QUINTO

PROPUESTA DE TESTAMENTO VITAL.....	126
<i>5.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS</i>	126
<i>5.2 PROPUESTA DE LEY POR LA QUE SE REGULA LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA O TESTAMENTO VITAL.....</i>	128
<i>5.3 PROPUESTA DE DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA O TESTAMENTO VITAL.....</i>	132
CONCLUSIONES.....	134
BIBLIOGRAFÍA.....	136

INTRODUCCION

Tengo el privilegio de estar escribiendo la introducción de esta tesis que es el requisito para obtener el título de Lic. en Derecho en esta Universidad Anáhuac.

Hace cerca de 22 años terminé mis estudios, por lo cual no tenía contemplada la posibilidad de titularme, sin embargo un día Dios hizo que surgiera en mi la inquietud de terminar lo que una vez empecé, y este trabajo es la realidad mas cercana para lograrlo.

En cuanto al tema abordado en este trabajo de investigación, considero que es de gran actualidad, ya que muchos países lo tienen en las mesas de debates y de creación de leyes y con el se pretende exponer al lector como es que efectivamente, el avance de las tecnologías médicas que tienen aplicación directa o indirecta en la vida del hombre, exige que reflexionemos sobre el beneficio de su uso o los riesgos que el manejo de dicha tecnología representa. Por esto es evidente que las diferentes reflexiones, tanto médicas, ecológicas, bioéticas, psicológicas y jurídicas muestran preocupación sobre la manera en que las tecnologías aplicadas a la vida del hombre repercuten en la atención de la salud humana.

Actualmente diferentes temas sobre derecho a la atención de la salud, uso de tecnologías en transplantes de órganos, manipulación genética entre otros, fusionan los objetivos de la salud y el derecho, los cuales buscan crear instrumentos para defender los derechos humanos.

Con este trabajo se pretende contribuir al avance y mejoramiento del bienestar humano abriendo la posibilidad de sentar las bases para que exista **El Derecho de los individuos a expresar jurídicamente voluntades anticipadas por medio del Testamento Vital**, entendiéndose este como: *El acto jurídico, personalísimo, revocable y libre, plasmado en un documento que contiene indicaciones anticipadas, realizado por una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde expresa las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o*

desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Este trabajo consta de cinco capítulos, a través de los cuales trato de justificar la necesidad de legislar sobre Testamento Vital.

En el Capítulo I se presenta la problemática que existe en estos tiempos por el uso de medios artificiales para prolongar la vida. También se habla de la evolución que ha tenido la visión del hombre ante la muerte, el avance de la ciencia y su efecto en la medicina.

En el Capítulo II se definen brevemente los conceptos y términos utilizados a lo largo de este trabajo.

En el Capítulo III se pretende hacer un recorrido para estudiar el Testamento, comentando los antecedentes de esta figura jurídica, hasta llegar a nuestro Derecho Positivo, con el fin de encontrar similitudes para poder enmarcar al documento de voluntades anticipadas como un tipo más de testamento.

En el Capítulo IV intento explicar la situación que guarda el Testamento Vital en otros países, así como la solución que dieron respecto a la necesidad de crear y legislar acerca de dichos documentos.

El Capítulo V aborda la creación de una propuesta de Ley para darle vida jurídica al testamento Vital, siendo esta la solución a un problema que cada vez es más evidente en nuestro país.

Finalmente se encontrarán con las conclusiones de la investigación, en donde se sugieren innovaciones que usted como lector considerará y valorará.

Para llevar a cabo este trabajo de investigación se consultaron diferentes libros de autores expertos en el tema abordado, diferentes trabajos, artículos de especialistas, así como legislación nacional e internacional.

CAPÍTULO PRIMERO

PROBLEMÁTICA ACTUAL SOBRE EL USO DE MEDIOS ARTIFICIALES PARA PROLONGAR LA VIDA.

En los últimos cien años se han producido los más grandes avances científicos y tecnológicos de la historia de la humanidad. Parece muchas veces increíble lo que ahora podemos ver, la variedad y magnitud de los descubrimientos e inventos en diferentes áreas pero sobre todo en medicina y su enfoque en la salud. Sin lugar a dudas, estos avances han visto reflejada su utilidad en la salud del ser humano, logrando así, lo que hace apenas unos años era imposible y a manera de ejemplo cito el caso de algunos países como el nuestro, donde en este año 2006 la esperanza de vida al nacer a aumentado considerablemente.

Por otro lado, al mismo tiempo que avanza la ciencia, la técnica y la tecnología, la mentalidad del hombre y la visión frente a algunos aspectos también ha cambiado; incluso podemos ver que términos como autonomía o muerte digna empiezan a ser motivo de estudio para su posterior regulación.

1.1 Cambios culturales sobre la visión de la muerte y la autonomía de la voluntad.

La muerte puede ser ignorada, rechazada, o asumirse con paz. Sabemos que la cultura y la mentalidad han ido cambiando frente a este hecho tan importante para el ser humano. La forma en la que el hombre ve la muerte actualmente, no es la misma del hombre de siglos atrás o de décadas atrás. La forma de ver las cosas es diferente. A modo de ejemplo cito un trabajo publicado por la revista *Ars-Medica* revista de estudios médico humanísticos de la sociedad uruguaya de Bioética en donde se habla de los aspectos socioculturales de la muerte y el morir y las diferentes etapas de la historia de la sensibilidad occidental ante la muerte.¹ Estas etapas se pueden entender como formas distintas de aproximarse a la muerte que se han venido dando a través de la historia en los países de occidente:

¹ Cfr. OMAR FRANCA, *et al*, *La ayuda médica al bien morir*, ARS Médica, Revista de Estudios Médicos Humanísticos, Vol. 11, No. 11 s/f, Universidad Católica de Uruguay, Sociedad Uruguaya de Bioética, disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica11/Ars05.html>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

a) La primera etapa o mentalidad según el historiador francés Philippe Aries, hasta el siglo XIV la muerte era vivida con familiaridad, sin miedo ni desesperación. Había una aceptación realista, se anunciaba, se avisaba, se hablaba de ella, se le ritualizaba, se vivía como el destino colectivo de todos. Los niños estaban presentes al momento de la muerte de sus padres. Una muestra de esta mentalidad es el hecho de que los cementerios estaban en el centro de las ciudades a un lado de las iglesias y la vida social giraba en torno a ellas. Existía una figura que era la “*nuntio mortis*”, por la cual en la época medieval se escogía a una persona con ciertas cualidades para que anunciara a toda la sociedad la muerte de una persona y los detalles del sepelio.

En esta etapa el moribundo aceptaba su destino como algo que Dios quería, lo aceptaba públicamente, con confianza y se celebraba. En el momento del adiós se despedía de su familia y amigos, siendo éste un momento culminante.

b) La segunda etapa es la “muerte del mi” que va mas o menos del Siglo XV al XVIII.

Aquí se descubre la individualidad según Ariés. Con esta nueva mentalidad se ve a la muerte como un acontecimiento que revela lo que he sido y lo que he hecho. La muerte se considera el momento supremo de la decisión de la conversión y del cambio. Es la ocasión para salvarse o condenarse uno mismo.

c) La tercera etapa o mentalidad es la “muerte del tú” y emerge en el Siglo XVIII que es la época del romanticismo.

En esta etapa la muerte es exaltada por pintores y poetas románticos, los rituales de despedida se vuelven trágicos, hay mucha angustia. Según Ariés el hombre está en una actitud de rebeldía frente a la voluntad divina. Dios es visto como un enemigo.

d) La cuarta etapa o mentalidad es la “muerte en soledad”, aquí el enfermo está pendiente de las medicinas que lo van a curar. Muere con la esperanza de ser sanado.

En esta etapa hay mucha admiración por la ciencia y se piensa que los médicos son como pequeños dioses, aquí el enfermo nunca sabe con certeza que se va a morir porque siempre tiene la esperanza de que la ciencia lo salvará.

e) La quinta etapa o mentalidad es la “muerte como la innombrable”. Se sabe que somos mortales pero en el fondo no lo creemos.

Hablar de la muerte es cuestión de mal gusto, de mala educación, y se tiene la idea de que no se debe hacer sufrir al enfermo con esa mala noticia y por eso es que **otros pasan a decidir por él** sin que realmente pueda despedirse ni hablar de este asunto. Así, como parte de ésta mentalidad todo lo que está cercano a la muerte trata de eliminarse de la vista. Los cementerios se separan de las ciudades y se disimulan lo más posible haciéndolos parecer parques. El luto se elimina, las visitas a los cementerios tienden a disminuir, las cenizas se depositan en lugares que parecen bibliotecas, las tumbas se sustituyen por pequeños cofres parecidos a libros, al muerto se le esconde durante el velatorio o se le viste como si estuviera vivo.

La muerte se separa de los hogares para ocultarse en el hospital y esto es lo que sucede en el 80% de los casos en los países desarrollados, por lo cual el enfermo muere solo y aislado de sus familiares y amigos.

Como parte de ésta mentalidad vemos que el enfermo tiene **un rol pasivo frente a las decisiones**, ya que el no interviene en las mismas.

Como resultado de rol pasivo del enfermo, las decisiones que el médico debe tomar respecto a los tratamientos que debe seguir se encuentran inmersas en esta pregunta: ¿a

quién corresponde tomar las decisiones, al médico o al paciente?, y si este se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad ¿quién decidirá por él?

Ante estas preguntas y por la falta de normatividad al respecto, encontramos que la bioética tiene mucha ingerencia en este tema, ya que en opinión de la Doctora Brena Sesma esta disciplina surge de la necesidad de regular la acción de la ciencia sobre el hombre y el medio ambiente, además, enriquece la tradicional ética profesional, pero no se trata solamente de reglas para los médicos y otros profesionales, sino de principios generales que rigen el comportamiento científico.³

En la relación médico paciente dichos principios son herramientas para crear consensos. Así, vemos que existen principios generales que rigen el comportamiento científico. Entre estos principios encontramos el de “beneficencia” que en medicina es buscar el bien del paciente que sufre, sea quien fuere y en cualquier circunstancia. Derivado de este principio tenemos el de “no maleficencia” que indica no causar ningún daño al paciente.

Estos principios **han construido un modelo de relación paternalista**, en el cual el médico va a ser el encargado de tomar las decisiones siempre buscando la mejoría del paciente, aunque esa decisión restrinja la autonomía de las personas inmersas en este proceso. **Este modelo paternalista convierte al paciente en dependiente del médico.**

Por otro lado hay una corriente que pugna por la autonomía del paciente la cual debe manifestarse en un cambio en la relación paciente-médico, en la cual se reconoce la existencia de dicha autonomía, por medio de la cual el paciente pasa a ser el que toma el control de la situación y el que elige, pero de acuerdo con Brena Sesma esto no es así de

³ Cfr. INGRID BRENA SESMA , INFOJUS, *Manifestaciones de Voluntad del paciente expresadas en forma anticipada*, INFOJUS, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, dirección: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1502/5.pdf> y <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/neisd/>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

simple, ya que el paciente debe contar con un cierto grado de libertad que la van a integrar diferentes elementos:

El primero es una información adecuada y suficiente de su estado de salud y alternativas a su alcance y los riesgos. Esto es muy importante porque de lo contrario se evitaría el ejercicio de una verdadera elección.

Como segundo elemento encontramos la capacidad para entender y procesar esa información, así como las consecuencias de las decisiones que se tomen.

Otro elemento es el equilibrio interno que consiste en estar sin sentimientos depresivos, o de culpa o en una situación que por su gravedad impida tomar decisiones saludables.

Finalmente y como cuarto elemento está la ausencia de coerciones externas.

En la Ley General de Salud encontramos artículos como el 103 dice a la letra lo siguiente: *En el tratamiento de una persona enferma, el médico, podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico, cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con el consentimiento por escrito de éste, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta Ley y otras disposiciones aplicables.*⁴

O también como el 345 que dice lo siguiente: *No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la 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*

⁴ Ley General de Salud, 7 de febrero 1984, disponible en: www.mexicolegal.com.mx. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343⁵,

Por otro lado el Convenio del Consejo de Europa y Biomedicina de 1997 refuerza el principio de autonomía, en donde en principio, nadie puede ser forzado a someterse a un tratamiento o intervención sin su consentimiento y en cualquier momento la persona afectada podrá retirarlo libremente, esta regla es clara para los profesionales de la salud y restringe el enfoque paternalista que podría ignorar el deseo del paciente.

En el caso del Art. 345 se prevé que terceros dispongan sobre tu persona, pero no está legislado el hecho de que la persona en total disfrute de sus facultades mentales disponga preventivamente y por sí misma como quiere enfrentar esta situación. En el caso del Art. 103 vemos que se contemplan diferentes posibilidades y se habla del consentimiento del paciente cuando tiene capacidad para ejercer dicha autonomía pero aquí surgen las siguientes dudas **¿Qué pasa cuando el paciente es incapaz para expresar su voluntad en forma inmediata? ¿Qué pasa cuando no puede tomar decisiones? ¿Se debe dejar de reconocer la autonomía del paciente?**

Ante las preguntas anteriores surge la necesidad de la figura de **manifestación de voluntad anticipada**, realizada por una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde exprese las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Yo confío y es el propósito de este trabajo que en nuestro país en un futuro se pueda legislar al respecto creando dicha figura jurídica en donde se prevean las diferentes situaciones y no sólo para el caso de enfermos terminales, sino de cualquier persona que pueda expresar su voluntad anticipadamente. En estos momentos, sin la legislación existente para estos casos como comenta la Dra. Brena Sesma el actuar del médico debe

⁵ Ibid

estar dirigido por los principios de bioética, autonomía y beneficencia, así como la regulación que ya existe sobre la práctica médica, en la Ley General de Salud.

Actualmente en una sociedad en evolución constante y que aspira a ser justa debe estar equilibrada la igualdad por un lado y la libertad por el otro.

La igualdad para acceder a los servicios de salud y la libertad para decidir que quieren las personas. Por estos dos principios se ha querido construir una nueva relación entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud. Dicha relación ha incidido en los servicios de salud privados y se centra en el respeto a los derechos que se relacionan con la dignidad humana.

En nuestro país se establece el derecho a la protección de la salud y se reglamenta que todos tenemos derecho a un servicio de salud.

Cada vez se hace más necesario prestar estos servicios respetando la autonomía, la información, la privacidad, la igualdad, la no discriminación, la prevención y promoción de la salud.⁶

1.2 Evolución de la ciencia y su efecto en la medicina.

Es innegable el beneficio que ha implicado el avance de las ciencias y su aplicación en el área médica.

Actualmente se vive casi tres veces más que hace un siglo. Gracias a las vacunas se han erradicado enfermedades por las que morían millones de personas, se conoce el

⁶FERNANDO CANO VALLE Y JOSÉ ANTONIO MORENO SÁNCHEZ, *El Consentimiento bajo información ¿un documento o un proceso?* disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1502/5.pdf>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

genoma humano, se hacen transplantes de órganos, se han logrado grandes avances en materia de fertilidad. Los avances científicos en el área médica han incidido en enfermedades como la diabetes, la artritis y aún el cáncer. Por otro lado, dicha incidencia se ha visto reflejada en el aumento de la gente de la tercera edad que cada día aumenta sus cifras alrededor del mundo, ya que la esperanza de vida ha aumentado considerablemente en los últimos treinta años.

La aplicación directa o indirecta de estas tecnologías en el ser humano hace necesario que reflexionemos sobre el beneficio de su uso, así como el riesgo que su manejo representa en diferentes ámbitos entre los cuales se puede mencionar el legal y el de salud pública.

No cabe duda que los avances científicos han traído grandes beneficios como los anteriormente expuestos, pero en el otro lado nos encontramos con el hecho que no nos es ajeno, de que la tecnología médica y la administración hospitalaria se empeñan en prolongar la vida de enfermos incurables.

Vemos así que existe para todos la perspectiva de una vida artificial y una muerte artificial. En este punto yo me pregunto **¿quiero esto para mis últimos momentos de vida?**

El Dr. Mauro Rodríguez Estrada opina que se ha distorsionado un poco o un mucho el concepto mismo de “médico” y “medicina”. El verbo latino *mederi* significaba aligerar, aliviar, remediar, pero ahora se enfoca más en prolongar la vida que en disminuir las molestias y el sufrimiento

Hemos llegado a lo opuesto a la buena muerte: a la distansia, que es dificultad para morir, encarnizamiento terapéutico, tratamientos torturadores que no curan y agonía prolongada.⁷

⁷ MAURO RODRÍGUEZ ESTRADA, *¿Eutanasia o autanasia? Por una muerte digna*, Edit. El Manual Moderno, México 1997, Pág. 37

El Hombre como todo ser vivo en esta tierra, cuando nace trae en si mismo aparejada la muerte.

Los seres biológicos pasamos de un proceso que inicia en el nacimiento, termina en la muerte y comprende períodos de crecimiento y decrecimiento. La biología determina que todo el que nace va a morir. Pero el hombre no es sólo biología o materia y mente, yo creo en el espíritu humano que va más allá, que trasciende a la materia de la que estamos hechos.

Por este espíritu es que el hombre naturalmente empieza a crecer en lo psicológico, se relaciona en lo cultural, lo social, lo laboral y tiene la opción que para mí es muy importante de establecer una relación y comunión con el Creador y es por esto que se ve como antinatural el destino de un paciente sumido en la inconciencia que no tiene posibilidades médicas de sobrevivir, verlo pasar por alguna circunstancia específica de ese estado sublime de vida a ser un “objeto” a merced de la decisión de los médicos y personal de los hospitales en donde muchas veces se abusa del uso de la tecnología y se pierde de vista la dignidad del individuo, el cual podría morir sin ser invadido.

A pesar de esta condición natural de tener que morir, a lo largo de la historia el ser humano ha luchado en contra de la muerte y la ha visto como un enemigo a vencer. Siempre estamos buscando la fuente de la eterna juventud y muchas veces sin darnos cuenta de que cada día de vida que pasa, nos acercamos más a la muerte.

1.2.1 De enfermo-paciente a enfermo–cliente.

Actualmente en el mundo y en nuestro país, el hecho de que haya tanto avance en las tecnologías médicas y el manejo de los hospitales como empresas rentables, así como el paso del enfermo-paciente al enfermo-cliente, nos enfrentan a luchas despiadadas frente a las enfermedades terminales, por un lado la naturaleza y por otro lado la tecnología.

En el trabajo presentado por la Dra. Ingrid Brena Sesma titulado *Manifestaciones de Voluntad del Paciente Expresadas en Forma Anticipada*, ella habla del cambio que se ha dado actualmente en cuanto a la relación médico paciente.

Estos cambios en la práctica médica se han dado en los grandes hospitales por la alta tecnología y por la mercantilización de la medicina, por lo cual se ha deshumanizado la interacción médico-paciente.

Es así que muchas veces la relación médico paciente se ha transformado en una contienda, los derechos de los pacientes se ven confrontados con los derechos de los profesionales de la salud.

En México con setenta millones de pobres de los ciento cinco millones que somos, y ante la dificultad tan grande que hay de darles asistencia médica altamente tecnificada, es muy importante que los médicos dominen los procedimientos clínicos tradicionales, dejando el uso del recurso tecnológico solamente cuando sea indispensable.

Es importante tener en cuenta que el paciente es una persona y no un cuerpo humano; persona con una vida con experiencias, creencias, que forma parte de una familia, de una cultura con una ocupación determinada y un rol dentro de la sociedad, lo cual hace que esta persona viva de manera muy “personal” esa enfermedad que está padeciendo y por la que está buscando la asistencia de un doctor.

En nuestro país los médicos se están enfrentando a la llamada medicina defensiva, la cual comprende todo lo que hace el médico para protegerse ante posibles reclamos del paciente y denuncias ante el Comité de Arbitraje Médico u otras instancias, provocando esto que todo lo que hace o deja de hacer el doctor con su paciente es fundamentalmente para protección del médico.

1.3 Situación de la salud en México.

Para efectos de este capítulo, enfermedad es la alteración de los órganos, células y moléculas del cuerpo humano, que obedece a ciertas causas y que da lugar a ciertos fenómenos llamados síntomas y signos clínicos.⁸

1.3.1 Cambios demográficos en nuestro País:

Como todos los seres humanos sabemos, la salud es uno de los valores más preciados, correspondiendo al gobierno, a la sociedad, a los políticos, al individuo y a la medicina en general velar por su preservación y mantenimiento.

En las últimas décadas ha habido grandes avances en salud, y esto gracias a diferentes acciones realizadas por las instituciones encargadas de esta materia, así como el desarrollo científico y tecnológico que se ha gestado a lo largo y ancho de nuestro país.

Entre 1930 y el año 2000 se han registrado importantes cambios demográficos, la población creció de 16.5 millones de habitantes a 97.3 millones, con lo cual se observa que casi se sextuplicó, colocando al país en el número once a nivel mundial por su cantidad de habitantes.

En nuestro país nacen 105 niños por cada cien niñas, que vivirán en promedio 73 años los niños y 78 años las niñas.⁹

En los años treinta, los menores de 15 años representaban el 39% de la población; los de 15 a 64, el 58% y los mayores de 65, el 2.9%.

⁸ F. MARTINEZ CORTÉS, *Enfermedad y padecer*, citado por: F. Martínez Cortés, *El Ejercicio de la Medicina en México en el año 2000*, pág. 3, incluido en *Temas Selectos de Salud y Derecho*.

⁹ INEGI, *Censo General de población y vivienda*, 2000, disponible en: <http://www.inegi.gob.mx/inegi/default.aspx>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007

Para el año 2000, los menores de 15 años constituyen el 33.8%, los de 15 a 64, el 61.5% y los de más de 65 años, el 4.7%.¹⁰

Haciendo una comparación entre 1930 y el año 2000, se puede ver claramente la tendencia hacia el envejecimiento. Actualmente uno de cada veinte mexicanos es persona mayor de 65 años, y se espera que en el 2050 aumente a uno de cada cuatro.

A pesar de que la población en números generales ha aumentado, los programas de planificación familiar han dado resultados propiciando que la tasa de crecimiento poblacional haya disminuido de los años setenta a la fecha, pasando de 3.4% a 1.74% en el año 2000. En los años treinta la tasa global de fecundidad era de 6.5 hijos por mujer y disminuyó a 2.4 hijos por mujer en el 2000.¹¹

En estos últimos tiempos los mexicanos viven significativamente más años, ya que en 1910 la esperanza de vida era de 29.5 años, en 1930 era de 35 años, incrementándose notablemente en esta década, llegando al rango de 75 años. Esta cifra coloca a nuestro país como uno de los que más ganancia en esperanza de vida al nacer (EVN) obtuvo a nivel mundial en el año 2000.¹²

Todo este desarrollo ha permitido que el índice de mortalidad general baje considerablemente, ya que como indica la Vicepresidenta de la Mesa Directiva de la H. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Mercedes Juan en 1940 era de 23 defunciones por cada mil habitantes, disminuyendo para el año 1999 a 4.

¹⁰ MERCEDES JUAN, *Presente y futuro de la atención de la salud en México*, pág. 17, incluido en *Temas selectos de salud y derecho*, MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, UNAM, México 2002.

¹¹ *Ibid.*, pág. 19.

¹² Cfr. FERNANDO CANO VALLE, *Bioética (Temas humanísticos y jurídicos)*, UNAM, México 2005, pág. 108.

Por otra parte, refiriéndose a las muertes maternas, indica que la reducción en los últimos setenta años ha sido del 92%, pasando de 56.6 a 4.6 por cada 10 mil nacidos vivos registrados.¹³

Son evidentes los cambios demográficos pero también lo son los cambios en la mortalidad. En los años 30 la mitad de las defunciones ocurrían por alguna causa infecciosa y en niños menores de 4 años. Para 1999, de las defunciones ocurridas, el 50% fueron en personas mayores de 65 años, así las cosas esto muestra el claro descenso en la muerte de menores de 4 años que actualmente representa tan sólo el 11% de las defunciones.¹⁴

1.3.2 Causas más frecuentes de deterioro físico y mental:

¿De que mueren los mexicanos?, de acuerdo con las cifras avaladas por el INEGI, hace 70 años las personas morían principalmente a causa de enfermedades transmisibles como parásitos o infecciones en el aparato digestivo o respiratorio.

Estos padecimientos se controlaron y en algunos casos se lograron erradicar gracias a la creación de más hospitales, a los avances en medicina, así como las múltiples campañas de vacunación y educación para prevenir enfermedades.

Entre 1960 y el 2000 el número de muertes por enfermedades transmisibles disminuyó pero aumentaron las derivadas de accidentes y aquellas ocasionadas por la violencia y el cáncer.

Al 2002 las principales causas de muerte son las llamadas enfermedades del corazón, tumores malignos, diabetes mellitus y accidentes. Estas son las llamadas enfermedades crónico degenerativas y generalmente se presentan como consecuencia del

¹³ Cfr. MERCEDES JUAN, op. cit., pág. 20.

¹⁴ Cfr. FERNANDO CANO VALLE, op. cit, pág. 109.

incremento en los años que vive una persona en nuestro país y desde luego alrededor del mundo.

En los menores de un año las principales causas de muerte son enfermedades congénitas influenza y neumonía.

En 1970 de cada cien niños que nacían vivos, ocho morían antes de cumplir un año, para el 2002 esto disminuyó notablemente, ya que de cada cien nacidos vivos mueren dos.

En los menores de ocho años las causas principales de muerte son accidentes, malformaciones congénitas e infecciones.

De los cinco a catorce años mueren también por accidentes, malformaciones congénitas y tumores malignos.

Las principales causas de muerte en los jóvenes de quince a veintinueve años son los accidentes, la violencia, así como tumores malignos. En el caso de las mujeres de estas edades, mueren por complicaciones durante y después del parto.

En los hombres de treinta a cincuenta y nueve años destacan como principales causas de muerte las enfermedades del hígado, los accidentes y las enfermedades del corazón. En las mujeres de estas edades las causas de muerte más frecuentes son tumores malignos, diabetes mellitus y enfermedades del corazón.

Las causas principales de las enfermedades que causan la muerte en personas de estas edades se debe a la violencia, al tabaquismo, al alcohol y a malos hábitos de alimentación.

En los adultos mayores las principales causas de muerte son las enfermedades del corazón, tumores malignos y la diabetes mellitus.¹⁵

En nuestro país, así como en el mundo en general, han aparecido nuevas enfermedades que de manera paralela a las ya existentes están conformando el panorama actual de salud-enfermedad en México. Así, nos encontramos con la aparición del VIH/SIDA. Por otro lado vemos que algunas enfermedades que se consideraban controladas, están reapareciendo, tal es el caso de la tuberculosis, también el aumento de la drogadicción, alcoholismo y violencia han propiciado el incremento de enfermedades y casos de muerte en este país.

Si consideramos que en México existen 6.8 millones de personas mayores de 60 años y que estas cifras van en aumento, vemos la necesidad que existe de establecer programas para prevenir las enfermedades más comunes en ese rango de edad como diabetes, hipertensión arterial, tumores malignos principalmente cáncer de mama, cérvico-uterino y próstata, entre otros.

Otra enfermedad propia de los mayores de 60 años es la neumonía, causa por la cual hubo 8000 defunciones en el año 2000.

1.3.2.1 Estadísticas de causas de muerte de 1940 a 1990.

A continuación presento los cuadros estadísticos de las principales causas de muerte en nuestro país en las últimas décadas:

Mortalidad 1940

1. Enteritis
2. Influenza y pulmonía.

¹⁵ INEGI, Mujeres y hombres en México 2005, disponible en: <http://cuentame.inegi.gob.mx/poblacion/defunciones.aspx?tema=P>. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

3. Paludismo.
4. Ciertas causas de enfermedades perinatales.
5. Sarampión.
6. Homicidios.
7. Bronquitis.
8. Tuberculosis.
9. Enfermedades del corazón e hipertensión.¹⁶

Mortalidad 1970

1. Influenza y neumonía.
2. Enteritis y otras enfermedades diarreicas.
3. Ciertas causas de enfermedades perinatales.
4. Accidentes.
5. Tumores malignos.
6. Bronquitis.
7. Enfermedades cardiovasculares.
8. Sarampión.
9. Cirrosis hepática.¹⁷

Mortalidad 1980-1990

1. Enfermedades del corazón.
2. Tumores malignos.
3. Lesiones.
4. Diabetes Mellitus.

¹⁶ Citado por ERIK ALBERTO LANDEROS OLVERA, *El panorama epidemiológico de la diabetes mellitus*, Revista Mexicana de Enfermería Cardiológica, Volumen 8, Número 1-4, Enero-Diciembre 2000, pág. 57, disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/enfe/en-2000/en001-4l.pdf>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

¹⁷ Ibid

5. Ciertas afecciones originadas en el periodo perinatal.
6. Influenza y neumonía.
7. Enfermedades infecciosas intestinales.
8. Enfermedades cerebro vasculares.
9. Homicidios.¹⁸

1.3.2.2 Enfermedades crónico degenerativas.

A continuación definiré las enfermedades de las que se habla en este capítulo:

Enfermedades del corazón:

La enfermedad cardiaca es cualquier trastorno que afecta la capacidad del corazón para funcionar normalmente y cuya causa más común es el estrechamiento u obstrucción de las arterias coronarias que suministran sangre al corazón mismo. Esto sucede lentamente a través de los años.

Algunas enfermedades del corazón pueden estar presentes en el nacimiento. (Enfermedad cardiaca congénita).

Otras causas son, entre otras, las siguientes:

- Hipertensión
- Funcionamiento anormal de las válvulas cardíacas
- Ritmo eléctrico anormal del corazón
- Debilitamiento de la función de bombeo del corazón causado por infección o toxinas

Las diferentes formas de enfermedad cardiaca son:

¹⁸ Ibid.

- Cardiomiopatía alcohólica
- Regurgitación aórtica
- Estenosis aórtica
- Arritmias
- Enfermedad cardíaca congénita
- Enfermedad de las arterias coronarias (EAC)
- Cardiomiopatía dilatada
- Endocarditis
- Ataque cardíaco (infarto del miocardio)
- Insuficiencia cardíaca
- Tumor cardíaco
- Cardiomiopatía hipertrófica
- Cardiomiopatía idiopática
- Cardiomiopatía isquémica
- Regurgitación mitral aguda
- Regurgitación mitral crónica
- Estenosis mitral
- Prolapso de la válvula mitral
- Cardiomiopatía periparto
- Estenosis pulmonar
- Angina inestable
- Regurgitación tricuspídea
- Angina estable ¹⁹

Tumores malignos:

También se les conoce como neoplasma o masa. Los tumores malignos son un crecimiento de tejido que forma una masa anormal. Los tumores generalmente no cumplen

¹⁹ Ibid

ninguna función útil y crecen a expensas de los tejidos sanos. En términos generales, los tumores parecen ser ocasionados por una regulación anormal en la división de las células.

Típicamente, la división de las células en el cuerpo está controlada de una manera estricta (se crean nuevas células para reemplazar las viejas o para desempeñar nuevas funciones). Las células que resultan dañadas o que ya no se necesitan mueren para dar espacio a las células de reemplazo sanas.

Si se altera el equilibrio de división y muerte de células, se puede formar un tumor. Los tumores se clasifican en benignos (usualmente de crecimiento lento e inofensivos, dependiendo de su ubicación) o malignos (de crecimiento rápido y con probabilidades de diseminarse en otras partes del cuerpo y causar problemas con otros órganos o funciones).

Los tumores malignos es lo que se conoce como cáncer.²⁰

Diabetes Mellitus:

La diabetes mellitus es una enfermedad crónica para la cual aún no existe cura. Las diversas formas de esta enfermedad incluyen:

- Diabetes Tipo I: denominada con frecuencia diabetes juvenil o diabetes insulino dependiente.
- Diabetes Tipo II: denominada con frecuencia diabetes adulta o diabetes no insulino dependiente.
- Diabetes gestacional: se presenta durante el embarazo.

En todos los tipos de diabetes se altera el metabolismo de los carbohidratos (incluyendo azúcares como la glucosa), proteínas y grasas. En la diabetes tipo I, las células beta del páncreas producen poco o nada de insulina, la hormona que permite que la glucosa entre en las células del cuerpo. Una vez que la glucosa entra en la célula, se utiliza como combustible.

²⁰ MedlinePlus, disponible en, www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Sin la cantidad suficiente de insulina, la glucosa se acumula en el torrente sanguíneo, en lugar de penetrar en las células. El cuerpo, a pesar de los altos niveles de glucosa en la sangre, es incapaz de utilizarla como energía, lo que aumenta el apetito. Además, los altos niveles de glucosa en sangre hacen que el paciente orine más, lo que a su vez causa sed excesiva. En un lapso de 5 a 10 años después del diagnóstico, las células del páncreas productoras de insulina están completamente destruidas y hay una deficiencia absoluta de esta hormona.

La diabetes tipo I puede ocurrir a cualquier edad, pero frecuentemente se presenta en personas menores de 30 años. Los síntomas generalmente son severos y se desarrollan con rapidez. Las personas con esta enfermedad necesitan insulina para vivir.²¹

Nuestro país en 1995 ocupó el décimo lugar a nivel mundial con casi 4 millones de enfermos de diabetes Mellitus tipo II, y se espera que para el año 2025 ascienda a 11.7 millones, con lo cual se ocuparía el séptimo lugar a nivel mundial. Actualmente en nuestro país la diabetes ocupa el tercer lugar de causas de muerte general y la primera entre las personas de 45 a 65 años de edad.

Es muy importante reconocer que la Diabetes Mellitus tipo II es un grave problema de salud pública en México, así lo señala la coordinadora de Programas Médicos de la Coordinación de Programas Integrados de Salud de la Unidad de Salud Pública del IMSS, la Dra. Velasco Contreras, esto no solo por el daño y deterioro que causa, sino por el costo que representa su tratamiento.

En el caso de la población con diabetes de larga evolución, se presentan gran cantidad de deterioros físicos como insuficiencia renal, ceguera, pérdida de miembros, así como la muerte temprana debida a cardiopatías isquémicas provocadas por la arteriosclerosis ²²(disminución de la irrigación sanguínea debido a una obstrucción en las

²¹ MedlinePlus, disponible en, www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

arterias a causa de acumulación de grasas), también se da lugar a la angina de pecho, infarto al miocardio y muerte súbita.²³

1.4 Ley General de Salud.

1.4.1 Evolución del Concepto de Salud.

El concepto de Salud en México de acuerdo con la investigación hecha por el Lic. Ortega Lomelín ha pasado por diferentes etapas, primero se le identificaba como una atención médica curativa que estaba a cargo de instituciones de caridad y de asistencia, de ahí pasó a un concepto de salud pública orientado a cuidar de las colectividades, posteriormente a un concepto de salud integral que la ve como un valor social y no solo como una condición biológica y psicológica. Por esto se dice que a la salud se le ubica como causa y efecto del desarrollo.²⁴

En México la Constitución de 1917 no contiene una definición específica del concepto de salud, sino que optó por seguir el concepto que se encuentra en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud suscrita en Nueva York el 22 de julio de 1946 en donde se expresa que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.²⁵

De este concepto se deriva el derecho a la protección de la salud que se plasma en nuestra Constitución y se llega a la conclusión de que “la salud no es un valor biológico sino un bien social y cultural que el estado no puede proteger ni acrecentar, ni restaurar sin la participación de la sociedad y del hombre en lo particular”.²⁶

²³ Revista Mexicana de Enfermería Cardiológica, *Epidemia de Diabetes*, disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/enfe/en-2000/en001-4l.pdf>.

²⁴ ROBERTO ORTEGA LOMELÍN, *La Rectoría de Estado y la Política Nacional de Salud*, Revista de Administración Pública, pág. 36, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr5.pdf>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ley General de Salud, Exposición de Motivos, www.mexicolegal.com.mx. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Así, desde 1820 encontramos antecedentes de una Política Nacional de Salud.

Por estos años se le dan facultades al Ayuntamiento de la Ciudad de México para combatir la insalubridad en los poblados y desarrollar el saneamiento básico, limpia de calles, disposición de basuras, construcción de excretas y control de expendios de alimentos.

En el Siglo XIX la materia de salud era de ámbito local.²⁷

Con la Constitución de 1917 el Estado asume un papel muy destacado en materia de salud y funda lo que se llamaría Salubridad Nacional, creando dos Organismos Federales que tenían facultades federales para emitir disposiciones obligatorias en todo el país; uno era el Consejo de Salubridad General y otro el departamento de Salubridad.

A la Seguridad social se le puede considerar como una de las materias con las que principia el derecho a la protección de la salud en donde se destaca la prestación de servicios de salud para los trabajadores.

La Constitución Mexicana de 1917 contempla el régimen de la Seguridad Social en el Art. 123 apartado A en cuyas fracciones encontramos lo relativo a la población laboral; y el apartado B que se refiere a los trabajadores al servicio del Estado. La fracción XIII es la base constitucional para la creación en 1976 del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.²⁸

1.4.2 Derecho a la protección de la Salud:

Ortega Lomelín opina que es incorrecto identificar el derecho a la protección de la salud con la seguridad social ya que la seguridad social tiende a proteger a la población laboral mientras que el derecho a la protección de la salud pretende llegar a todos los individuos dentro del marco de las garantías sociales.

²⁷ Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana del 22 de Octubre de 1814, citado por: ROBERTO ORTEGA LOMELÍN, op. cit., pág. 37

²⁸ ROBERTO ORTEGA LOMELIN, op.cit., pág. 37

De acuerdo con la postura de Ortega Lomelín es importante señalar que el seguro Social se consagró en México en 1929 y pasaron trece años sin que hubiera ninguna reglamentación, ya que la primera ley que articuló la garantía social se expidió en 1942.

Actualmente la Ley oficial es la del 12 de Marzo de 1973, en donde se establece que el Instituto Mexicano del Seguro Social puede proporcionar servicios sociales de beneficio colectivo entre los cuales están los servicios de Solidaridad Social, y en lo que se refiere a las prestaciones a los trabajadores al servicio del Estado podemos ver que su evolución viene en tres grandes etapas a saber:

La primera se ubica a partir de la Ley de Pensiones Civiles y Retiro de 1925 y hasta 1959 cuando se expide la Ley que crea el Instituto de Seguridad y Servicio Social para los Trabajadores del Estado (ISSSTE). En esta etapa se encuentra una estructura para proteger a los servidores del Estado.

La segunda etapa se ubica a partir de que se adiciona el apartado B del Art. 123 Constitucional que ya contiene bases para la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado.

De acuerdo con esta reforma se expide la Ley del ISSSTE, en donde se amplían las prestaciones en especie, en salario, protección a la salud, prestaciones de orden social, etc.

La tercera etapa inicia con otra nueva Ley del ISSSTE en donde hay un concepto integral de la seguridad social y se basa en el concepto de solidaridad social, ya que busca que todos los servidores públicos gocen de ciertas prestaciones por igual sin distinguir el nivel de salario ni antigüedad. En esta etapa se busca igualar las prestaciones de seguridad básica para los derechohabientes.

En 1980 se adicionó la Constitución en su art.4 en donde se establece la obligación de los padres a preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Por medio de la Ley General de Salud se reconoce la importancia de la asistencia social, que es una de las finalidades básicas del Sistema Nacional de Salud. Con esto vemos que por primera vez la asistencia social se recoge en una legislación sanitaria.

Esta ley es la que va a reglamentar el párrafo V del Art. 4° Constitucional y señala que de acuerdo a la naturaleza de los servicios de salud se clasifican de la siguiente manera:

De atención médica, de salud pública y de asistencia social y contiene las bases para que estos servicios sean en beneficio de grupos vulnerables. Es así como el concepto de salud pasa a ser un concepto de carácter integral.

Cuando se consagra el derecho a la protección de la salud, el Estado asume la rectoría de la política de Salud y asume también una función de coordinador y proveedor de los servicios para la prevención, el fomento y la recuperación de la misma.

El Estado asume que es su tarea consagrar como garantía social el Derecho a la protección de la salud. Aquí ya no sólo estamos hablando del derecho a la salud, sino del derecho a protección de la salud que es una garantía individual.

Para lograr efectividad en el ejercicio del derecho a la protección de la salud ha sido necesario elaborar gran cantidad de reformas legales pero la más importante ha sido la expedición de la Ley General de Salud (LGS) que entró en vigor el 20 de Julio de 1984, la cual regula los diferentes aspectos del campo de la salud, en donde se permite contar con las bases y modalidades para el goce de ese derecho.

La LGS contiene un esquema de distribución de competencias entre los niveles de gobierno que serían Federación y entidades federativas, dichas entidades también han

expedido sus propias leyes de salud. En el caso de Jalisco contamos ya con La Ley Estatal de Salud.

Hablando de la protección de la salud, esta está relacionada con la prestación de los servicios, y vemos que todos los prestadores de servicios de salud quedan sujetos a la regulación de la LGS.

En esta Ley también se establecen los principios generales que deben regir en la prestación de éstos servicios.

Por otro lado, vemos que en este ordenamiento se le dan facultades a la Secretaría de Salud para planear, normar, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud, para que con esto se logre cumplir con el derecho a la protección de la salud.

En la exposición de motivos de la reforma al Art. 4 constitucional vemos que se ha optado por la expresión “derecho a la protección de la salud”, porque tiene el mérito de connotar que la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados.²⁹

A la letra dicha exposición continúa diciendo: en particular, debe llamarse la atención que sin la participación inteligente, informada, solidaria y activa de los interesados, no es posible que se conserve, recupere e incremente la salud; en este campo no se puede actuar en contra de los deseos de los ciudadanos.

Continúa diciendo que la iniciativa que se presenta responde al propósito de revertir el proceso centralizador que desde principios de siglo se iniciara en materia de salud y que

²⁹ Cfr., RENE GONZALEZ DE LA VEGA, *El nuevo marco jurídico de la salud. (un enfoque de modernización)*, Revista de Administración Pública, No 69-70, enero-junio 1987, pág.63 y sig, disponible en, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr6.pdf>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

ha conducido a que la Federación tome responsabilidades que recaen en las jurisdicciones local y municipal.

En la exposición de motivos de la LGS dice que esta iniciativa de ley responde al mandato que contiene el nuevo párrafo tercero del Art. 4º Constitucional en donde se define la naturaleza y alcance del derecho a la protección de la salud.

En la LGS encontramos que en el título primero se establecen las finalidades del derecho a la protección de la salud, determina quienes son autoridades sanitarias.

El título segundo desarrolla las bases fundamentales del Sistema Nacional de Salud, constituido por las distintas dependencias y entidades públicas de los tres niveles de gobierno, y los sectores social y privado.

El título tercero señala que los servicios de salud se clasifican de la siguiente manera: de atención médica, de salud pública y de asistencia social. Contiene a su vez los lineamientos para que estos servicios se extiendan a los grupos vulnerables.

El título cuarto es el de los recursos humanos para los servicios de salud y establece bases para la vinculación de las instituciones prestadoras de servicios de salud y las formadoras de recursos humanos.

En el título quinto la iniciativa busca promover nuevos métodos y mayores conocimientos para hacer más efectiva la prestación de servicios de salud, aquí estamos hablando del campo de la investigación, en donde se toman en cuenta los adelantos científicos y se previenen acciones que contribuyan a la investigación en materia de salud.

En el título sexto se contempla la información para la salud y las reglas para integrar las estadísticas de salud de acuerdo con las leyes de planeación, Información Estadística y Geográfica. Estas estadísticas se refieren principalmente a natalidad, mortalidad,

morbilidad e invalidez; también se refiere a los factores demográficos, económicos, sociales y ambientales vinculados con la salud y a los recursos físicos humanos y financieros disponibles para la protección de la salud y a su utilización.

El título séptimo establece que la promoción de la salud tiene por objeto crear y conservar las condiciones deseables de salud para toda la población y propiciar en el individuo las actitudes, valores y conductas adecuadas para motivar su participación en beneficio de la salud individual y colectiva. Así, las labores de promoción tienden a lograr la participación del país, el cumplimiento voluntario de las obligaciones que impone la ley, el auto cuidado de la salud y el cuidado de la salud de la sociedad.

El título octavo otorga a la SSA la facultad de dictar normas técnicas para prevenir enfermedades y accidentes, así como operar un sistema de vigilancia epidemiológica.

En el título noveno se proponen acciones de prevención y de rehabilitación en el caso de personas con invalidez.

El título décimo reconoce la importancia de la asistencia social y la señala como una de las finalidades básicas del Sistema Nacional de Salud.

El título decimoprimeros la iniciativa amplía las acciones a situaciones de emergencia y catástrofes que afectan al país.

El título decimosegundo regula las adicciones como el alcoholismo, el tabaquismo y fármaco dependencia.

En el título decimotercero se establecen normas relativas al control de alimentos, bebidas no alcohólicas, medicamentos, prótesis, materiales quirúrgicos, de curación, de perfumería, aseo, fertilizantes y sustancias tóxicas, así como a su importación y exportación.

El título decimocuarto complementa las disposiciones relativas a publicidad en salud del ser humano y en particular al tratamiento de enfermedades, a la rehabilitación, a los ejercicios de las disciplinas de la salud y a los productos y servicios regidos por la ley.

El título decimoquinto, garantiza los derechos de los gobernados relativos a la disposición del cuerpo humano, estableciendo la necesaria seguridad jurídica que la persona humana requiere.

La iniciativa en su título decimoséptimo establece el concepto de autorización sanitaria y su regulación, tal sería el caso de requerir permisos, registros, licencias, etc.

El título décimo octavo se establece medidas de seguridad sanciones y delitos.

El título decimonoveno establece cuáles son las medidas de seguridad y se regulan sus alcances. Estas medidas están destinadas a proteger la salud de la población.³⁰

El Art. I de la Ley General de Salud dice a la letra:

La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la federación y la entidades federativas en materia de salubridad general, es de aplicación en toda la República, sus disposiciones son de orden público e interés social.

Art.II El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.

³⁰ Exposición de motivos, LGS, disponible en Revista de Administración pública. México, Dic. 1983

II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana.

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.³¹

1.5 Necesidad de tutelar el derecho individual a morir ante la imposibilidad de vivir por medios naturales.

La muerte sigue siendo para la mayoría el “enemigo” incontrolable que ni médicos, sabios, eruditos o tecnología han podido vencer. ¿Qué pasaría si empiezo a entender que la muerte no es enemiga mía? Porque hay una gran diferencia entre bien morir y mal morir.

Creo que si se logra un trabajo integral con los tres elementos que son el Estado, médico y paciente se va a dar un giro en este apego muchas veces desmedido y antinatural que se tiene por la vida.

³¹LEY GENERAL DE SALUD, México 1984, disponible en, www.mexicolegal.com.mx. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Es evidente que hemos cedido a los médicos la responsabilidad de combatir a ese “enemigo” mundial que es la muerte y es por esto que se ha convertido en un problema médico y no en un suceso natural como quizá en algunas culturas lo ha sido a través de la historia.

Vale la pena mencionar a Hipócrates, quien hace más de 2000 años hablaba de la muerte como un desenlace común y necesario; como el término natural de la existencia y no como el espantajo que hay que hacer retroceder a como dé lugar y a sabiendas de que seguirá merodeado por allí mismo hasta salirse con la suya.³²

En este trabajo, más que tener una visión fatalista me gustaría expresar la necesidad que tenemos de promover el retorno a la naturaleza, es sorprendente ver como el mundo en general hemos encontrado soluciones a nuestros problemas en lo artificial, sin poder negar con ello lo útil que ha sido en diferentes campos, pero yo me pregunto **¿hasta donde es válido el uso de medios artificiales para prolongar la vida? Y me surge otra pregunta ¿Quién es el que me va a contestar lo anterior?**

A lo largo de los tiempos las nuevas situaciones han exigido nuevas legislaciones, a manera de ejemplo menciono el trasplante de órganos, seguramente ni siquiera imaginado hace algunos años. Actualmente el uso muchas veces desmedido de la tecnología en el área de la salud obliga a pensar en la necesidad que existe de crear leyes en donde se tengan como válidos documentos que expresen la voluntad de personas en pleno goce de sus facultades y derechos, en el sentido de cómo quieren ser tratados en su proceso de muerte.

México es un país de jóvenes y que, según el último censo, las personas de la tercera edad aumentan en número cada día, y por lo tanto las enfermedades crónico degenerativas también, provocando esto la posibilidad de padecer largas agonías en camas de hospital, y es por esto que hoy existe una corriente que lucha a favor de una práctica médica que no

³² ROBERTO ORTEGA LOMELÍN.op.cit pag.37..

solamente tome en cuenta a la enfermedad, sino a la persona que la padece. Las largas enfermedades terminales que actualmente se manejan con la tecnología, pueden llegar a constituir un peso económico para la familia del enfermo y cuando se trata de algún paciente asegurado por alguna compañía privada se convierte en una derrama de dinero muy alta para estas empresas y aquí me surge la idea y propongo, aunque no es tema de este trabajo que la persona que quiera contratar un seguro de gastos médicos lo haga dejando de antemano firmada una carta de voluntades anticipadas.

Mucho se dice que en el ejercicio de la medicina, de atender pacientes, se hace importante tomar en cuenta la realidad social, cultural y económica del lugar en que tal función se realiza, así como los diferentes cambios en la visión frente a la muerte. Actualmente existe una fuerte corriente que pugna porque las personas se anticipen a las diferentes situaciones que pudieran ocurrir como podría ser algún padecer médico incurable por el cual haya perdido la capacidad física, mental o volitiva; no sólo pensando en las llamadas enfermedades terminales, sino en aquellas donde se pierda la capacidad para decidir; y de ser así, la manera de anticiparse sería creando un documento que contenga las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos desproporcionados o extraordinarios.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEFINICION DE CONCEPTOS.

El definir claramente los diferentes conceptos de los que hago uso en este trabajo, considero que es importante, ya que esto me ha ayudado a aclarar ideas y en general a comprender mejor los objetivos de la tesis que se plantean a lo largo de este escrito.

Sin duda habrá diferentes posturas en torno a alguna definición, yo incluyo las que más claramente definan, en mi opinión al concepto del que se está hablando.

Los conceptos están definidos por orden alfabético:

2.1 Adistanasia: “Omisión o retirada de medios extraordinarios o desproporcionados para prolongar artificialmente la vida de un enfermo terminal. Consiste en dejar morir en paz (y como consecuencia de su enfermedad) al paciente que no tiene esperanzas de sobrevivir de un modo natural. Se contrapone a la Distanasia”.²

2.2 Autonomía de la voluntad: “Principio jurídico de acuerdo con el cual se tiene la facultad de realizar o no determinados actos jurídicos, y de realizarlos, en su caso, con la forma y en la extensión que las partes consideren convenientes.

La autonomía de la voluntad no es, desde luego, ilimitada, sino que está sometida cada día a más restricciones, encontrándose específicamente sujeta a exigencias del *orden público*”.³

2.3 Capacidad de goce: “Hay capacidad de goce cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”.⁴

²SILVIA MABEL SIVILA. *El Derecho de las personas al Testamento Vital y el respeto a su Autonomía*, disponible en: http://www.bioetica.bioetica.org/mono27.htm#_Toc73684077. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

³ RAFAEL DE PINA, RAFAEL DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México 1995, pág. 116.

⁴ Código Civil del Estado de Jalisco, Art.20 I.

2.4 Capacidad de ejercicio: “Hay capacidad de ejercicio cuando se tiene aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones”⁵

“La capacidad de ejercicio se reconoce por la ley a los mayores de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas y a los menores emancipados”.⁶

2.5 Cuidados Paliativos: Es el "cuidado activo y total de los pacientes con enfermedades progresivas y avanzadas que les limitan la vida". Está centrada en el tratamiento físico, psicológico y espiritual del enfermo a través de un equipo multidisciplinario que controla el dolor y otros síntomas y lo asiste junto a su familia⁷

La definición siguiente fue dada por la OMS y dice lo siguiente:

“Los cuidados paliativos... afirman la vida y reconocen la muerte como un proceso natural... ni aceleran ni posponen la muerte, proporcionan alivio para el dolor y otros síntomas angustiantes, integran los aspectos psicológicos y espirituales del cuidado, ofrece un sistema de soporte para ayudar a los pacientes a vivir tan dignamente como sea posible hasta que mueran. Ofrecen un sistema de soporte a la familia para hacer frente a la enfermedad y a su propio duelo”.⁸

También puede ser “el cuidado activo total proporcionado por un equipo multiprofesional a pacientes y a sus familiares, cuando la enfermedad del paciente ya no corresponde a tratamientos curativos”.⁹

2.6 Dignidad: En el Derecho romano encontramos que *dignitas* se refiere a grandeza, dignidad social, autoridad.

⁵ Ibid., Art. 20 II

⁶ Ibid., Art. 23

⁷ Citado por FABIOLA CZUBAJ, *Muerte Digna*, disponible en, <http://www.bioetica.bioetica.org/biblio.htm>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

⁸ ANIORTE HERNANDEZ. *Experiencia en el cuidado a un enfermo próximo a la muerte*, disponible en: http://perso.wanadoo.es/aniorte_nic/trabaj_cuidad_terminal.htm. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

⁹ SILVIA MABEL SIVILA, Op.cit.

De acuerdo con el Dr. Cano Valle, en su libro Bioética, comenta que en el latín clásico el término dignidad se refiere a ser “valioso, confiable, tener buen nombre, ser honorable. En español, dignidad significa respeto de sí mismo, funciones elevadas, cargo o título eminente”.¹⁰

“La Constitución española en su Art. 10 cita la dignidad como el valor espiritual e inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación conciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.”¹¹

“El derecho constitucional mexicano, aunque no ha reconocido expresamente la noción de dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos humanos o “garantías individuales”, de hecho la acepta implícitamente al proteger (título 1º de la Constitución) los derechos individuales y sociales del ser humano.”¹²

La Asamblea de las Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración de los Derechos del Hombre, en donde en el preámbulo, así como en los artículos 22 y 23 se hace referencia expresa al concepto de dignidad de la persona humana.¹³

2.7 Distanasia: “Es la muerte en malas condiciones, con dolor, molestias, sufrimiento.

Adopción de medidas desproporcionadas para mantener las funciones vitales de un paciente moribundo.

¹⁰ FERNANDO CANO VALLE, Op.cit., pág.18.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid pag. 19

¹³ Cfr Universal Declaration of Human Rights, disponible en: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Es la prolongación exagerada del proceso de morir de un paciente, resultante del empleo inmoderado de medios terapéuticos extraordinarios o desproporcionados, que linda con el ensañamiento, encarnizamiento o furor terapéutico”.¹⁴

2.8 Encarnizamiento terapéutico: Es la aplicación de tratamientos inútiles, o en el caso de que sean útiles es desproporcionadamente molesto o caro para el resultado que se espera de ellos.¹⁵

2.9 Enfermedad: Es la alteración de los órganos, células y moléculas del cuerpo humano, que obedece a ciertas causas y que da lugar a ciertos fenómenos llamados síntomas y signos clínicos.¹⁶

2.10 Eutanasia: Acción de provocar la muerte a un enfermo incurable para evitarle mayores sufrimientos físicos y psíquicos

Acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él.¹⁷

En medicina es la muerte sin sufrimiento físico.

2.11 Muerte digna: Es la muerte con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles.¹⁸

2.12 Ortotanasia: Es la muerte a su tiempo (sin acortar la vida ni alargarla artificialmente mediante medios extraordinarios o desproporcionados). También llamada ‘muerte digna’, es la exigencia ética (que atiende a la forma de morir) y el derecho con el

¹⁴ SILVIA MABEL SIVILA.Op.cit.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, op.cit. pág. 3.

¹⁷ DICCIONARIO de la lengua Española, disponible en <http://www.wordreference.com/definicion/eutanasia>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

¹⁸ SILVIA MABEL SIVILA, op cit.

que cuenta todo ser humano para elegir o exigir, para sí o para otra persona a su cargo, una muerte a su tiempo Es la muerte en buenas condiciones, con las molestias aliviadas.¹⁹

2.13 Salud: La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.²⁰

2.14 Suicidio asistido: “Es la facilitación al enfermo terminal y desahuciado, de la medicación letal, que el mismo decide cuando utilizar para terminar con su vida. El propio enfermo ingiere o administra la droga que le va a provocar una muerte rápida y sin sufrimientos.

Es donde el propio paciente quien, estando en condiciones físicas de hacerlo y actuando bajo su propia responsabilidad, recurre a medios letales, que le son proporcionados por un médico para suprimir su vida.”²¹

2.15 Testamento Vital: Documento que contiene indicaciones anticipadas, realizado por una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde expresa las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Testamento Vital: Acto personalísimo, revocable, libre y solemne por el cual una persona capaz expresa anticipadamente en un documento las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

¹⁹ Ibid.

²⁰ WIKIPEDIA, La enciclopedia libre, disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Salud>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

²¹ Ibid.

CAPITULO TERCERO

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA COMO TESTIMONIO DE LA VOLUNTAD DE TESTAR.

3.1 Antecedentes:

En este capítulo pretendo dar un bosquejo general de lo que ha sido el Testamento a través de la historia, hasta lo que es en nuestro Derecho Positivo. Referido al Código Civil Vigente para el Estado de Jalisco, toda vez que localmente pretendo mediante el presente trabajo sembrar la inquietud, para que en un futuro próximo, se legisle sobre esta materia en la entidad federativa en cuestión.

Sabemos que cada civilización de acuerdo a su moral, a sus convicciones, a su religión, explica a su manera el hecho contundente de la muerte y también la regula.

El Lic. Magallón Ibarra en su libro *Instituciones de Derecho Civil* dice: *Parte cierta de nuestra identidad nacional y sin duda especificativa de ser latinoamericanos, reside en esas raíces que conjuntan el legado de Grecia y de la cosmovisión Hebrea con el Nuevo Testamento que penetra en el Derecho Romano con su mensaje trascendente.*

Ahí en la legislación del Emperador Cristiano se incluye de un modo preponderante la antropología cristiana que concibe al hombre como un ser dignísimo por su vocación final y definitiva que lo llama a unirse con su creador y lo expresa con verdadera majestad el emperador mismo en el Prefacio de su Novela XXII del año 536, al referirse alas nupcias, señalando la inmortalidad del género humano, alcanzada a través de la procreación concedida por la clemencia de Dios.²

El Derecho Romano Cristiano con toda esa riqueza técnica que sigue en la actualidad en nuestras legislaciones, da a luz el Derecho sucesorio que se apoya en un fin,

² JOSÉ MARIO MAGALLÓN IBARRA, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo V Derecho Sucesorio, 1ª ed, Ed. Porrúa, pág. XVI.

que es el respeto a la voluntad expresa o presunta del difunto y dar seguridad patrimonial y humana del grupo familiar y de cada uno de sus componentes.

Desde tiempo atrás el hombre ha tenido cierta rebeldía frente a la muerte, ha tenido un deseo de eternidad que se plasma de alguna manera en el derecho Romano, en donde la voluntad va sobre los rigores de la forma. En las fuentes consultadas se explica al testamento romano como una verdadera expresión de la voluntad del testador. Podemos agregar que el fenómeno de la sucesión permite al autor de ésta transmitir a sus herederos todos los derechos de su propia personalidad que no se extinguen con la muerte.

En este capítulo pretendo hacer un breve recorrido por la historia de ésta institución, pasando primeramente por Roma, Francia, España y finalmente por nuestro Derecho positivo Mexicano.

3.2 Herencia o sucesión:

La palabra sucesión viene del latín *successio* y significa acción y efecto de suceder, también puede significar continuación y serie y en términos de herencia significa patrimonio.³ Sucesión también significa sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra.⁴

De estos conceptos se desprende que el sucesor es la persona encargada de reemplazar al titular de un patrimonio que por su muerte ha producido la extinción de su capacidad y por lo tanto tendrá la responsabilidad de convertirse en titular del patrimonio del fallecido. Con el vocablo heredero se identifica también al sucesor. Este sucesor tiene la responsabilidad de cumplir con las obligaciones que quedan pendientes.

Sucesión es un fenómeno jurídico para sustituir la tutelaridad del patrimonio.

Herencia son los bienes, es la masa patrimonial.

³ *Diccionario Larousse ilustrado*, Edic. Larousse, México DF, pág. 962.

⁴ RAFAEL DE PINA Y RAFAEL DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México DF 1995, pág. 464.

La herencia va a ser el conjunto de bienes o la masa hereditaria que se puede transmitir en razón de la muerte de su autor. Según el civilista mexicano Manuel Mateos Alarcón citado por el maestro José Mario Mgallón Ibarra, en su obra Instituciones de Derecho Civil, consideraba que la sucesión tenía dos acepciones: una como transmisión de bienes de una persona que muere, a sus herederos, y la otra como el conjunto de sus derechos activos y pasivos cuya transmisión se opera por la muerte de la persona a quien pertenecía el patrimonio dejado por el difunto.⁵

Sucesión viene a ser el proceso mediante el cual se realiza la substitución en la titularidad del patrimonio del que ha fallecido. Herencia será la masa de bienes que va a ser objeto de la transmisión.⁶

José Arce y Cervantes dice que esta concepción de la sucesión nos viene del Derecho Romano y dice que:

*La muerte pone fin a la persona física del individuo pero su patrimonio no desaparece con él. Bajo el nombre de “hereditas” continúa formando una entidad jurídica aparte, un conjunto de derechos, “universitas juris”, que pasa a un nuevo titular. Éste, el heredero “heres” reemplaza al difunto en su soberanía patrimonial, es el continuador de su persona jurídica, está investido de sus derechos y obligado por sus cargas. Es este reemplazo del titular del patrimonio por otro, esta transmisión global de bienes, lo que se llama sucesión”.*⁷

Así vemos que en Roma la sucesión no sólo tenía que ver con el patrimonio del difunto, sino que el heredero representaba al autor de la herencia en el ámbito religioso y se transmitía también la soberanía doméstica. Así las cosas, el vocablo herencia tiene dos sentidos: Uno subjetivo que equivale a sucesión hereditaria que se entiende en el sentido de transmisión de bienes por causa de muerte. En el Digesto se dice que la herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los derechos que hubiera del difunto. El otro es objetivo en

⁵ Cfr. JOSÉ MARIO MAGALLÓN IBARRA, *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México DF, pág. 2.

⁶ Cfr., *Ibid*, pág. 4

⁷ JOSÉ ARCE Y CERVANTES, *De las Sucesiones*, Ed. Porrúa, México D.F. , pág. 3.

donde la herencia es la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que por causa de muerte son transmitidos y también se refiere al nuevo sujeto que recibe esa masa.

El Código Civil del Estado de Jalisco en su libro VI que se titula De las Sucesiones dispone:

Artículo 2652.- Herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y de todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Los artículos siguientes hablan de que la herencia se transfiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda se llama legítima o intestamentaria.

Cuando algún beneficiario que se designe fallece antes o al mismo tiempo que el autor de la sucesión, todos los bienes se van a distribuir de acuerdo a lo que este código dice.

La herencia o sucesión puede ser en parte testamentaria y en parte legítima. El heredero que adquiere a título universal responde a las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.

Cuando el autor de la sucesión muere, los herederos adquieren derechos a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división. Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión. Cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos. El legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador.

3.3 Testamento:

En este trabajo se estudia la figura de testamento, ya que quiero o pretendo encontrar los puntos de convergencia que habría entre el testamento ordinario y un Testamento Vital, para proponer más adelante la inclusión de esta figura en nuestro marco jurídico. Pero esto no puede ser posible sin remontarnos a los inicios de esta figura.

Así las cosas, vemos que como parte de la esencia del hombre, éste ha tendido a proteger de diferentes maneras la sociedad en la que vive, y de una forma muy especial al núcleo de ésta que es la familia, una de las formas que él ha utilizado para proteger la continuidad de la familia tanto en lo personal como en lo patrimonial es el testamento.

3.3.1 Concepto:

Después de haber consultado diversas fuentes, comparto que etimológicamente existen discrepancias en cuanto a la procedencia de la palabra testamento, por un lado algunos autores romanos como Aulio Gelio y Servio Sulpicio, a los que siguieron Justiniano en las Instituciones y Alfonso el Sabio en las Partidas estiman que *testamentum* procede de *testatio mentis* o testimonio de la mente; por el otro, se afirma que es sólo un juego de palabras y la derivan de *testibus mentio*, o la mención de los testigos, por la necesidad que desde un principio existió de testar ante testigos.⁸

Sea cual fuere la verdadera raíz de dicha palabra, vemos por diferentes fuentes que en el Derecho Romano el testamento fue definido por Ulpiano, quien señala que *El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte*⁹. Modestino, discípulo de Ulpiano, en el Digesto 28 del Corpus Iuris Civiles dice que *Testamento es la justa declaración de nuestra voluntad hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte*¹⁰.

⁸ FRANCISCO JAVIER HUBER OLEA, *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. Porrúa, México 2000, pág. 772.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

Aquí en México Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho define al testamento como *Acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley*¹¹

El Código Civil Federal vigente en su artículo 1295 define al testamento como un “*acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte*”¹².

Por otro lado el Código Civil del Estado de Jalisco en el Art. 2666 define esta figura de la siguiente manera:

*El testamento es el acto jurídico, unilateral, personalísimo, libre y solemne por medio del cual una persona física capaz para ello, dispone de sus bienes o derechos, declara o cumple deberes para después de su muerte, o realiza reconocimiento de hijo*¹³

3.3.2 Historia del testamento y su clasificación:

3.3.2.1 Roma:

El testamento romano es un acto que nos muestra una unión familiar muy fuerte, ya que su principal finalidad era la designación del nuevo *paterfamilias*, quien aseguraría la unión del grupo no solo en lo patrimonial, sino que era un continuador de la personalidad del testador en todos los aspectos, a tal grado que tenía que ser amigo o enemigo de las personas consideradas así por el *De Cuius*. Era normal que también adquiriera los derechos y obligaciones del difunto, sin embargo los romanos para asegurar que el nuevo *paterfamilias* actuaba desinteresadamente no le dejaban ventaja patrimonial de ningún tipo.

La elección que el testador hacía del que seguiría con su personalidad era libre, por ende podía escoger entre sus parientes cercanos o elegir a alguien que no tenía nada que ver con su familia para realizar el trabajo y es por esto que la sucesión testamentaria predominó

¹¹RAFAEL DE PINA y RAFAEL DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, op cit, pág. 473.

¹²*Código Civil Federal*, Ed. Gráfica Nueva, México 2004, pág. 196.

¹³*Código Civil del Estado de Jalisco*, Ed. Gráfica Nueva, México 2004, pág. 265.

sobre la sucesión legítima ya que era muy importante tomar en cuenta la voluntad del testador.

El hecho de que predominara la sucesión por testamento estaba fincado en la idea de que todo paterfamilias debía otorgar testamento, era un acto de conciencia social ya que mantenía la unidad patrimonial de la familia bajo un nuevo jefe.

El testamento romano es una institución muy antigua, la regulaba el *Ius Civile* que según Gayo es el *Derecho que cada pueblo crea para sí, el Derecho de cada ciudad*¹⁴. El ciudadano es el sujeto de los derechos emanados del *ius civile*, públicos y privados de los que no gozaban los extranjeros, esta restricción fue salvada cuando Caracalla concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio gracias a la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C. Las XII Tablas hacen ya alusión del testamento, el cual llegó a ser una costumbre tan fuerte entre los romanos que el morir intestado era una falta.

Tan importante era para los romanos el hacer testamento que a modo de ejemplo se puede citar que Catón el Censor dijo que se arrepentía de tres cosas en su vida: *de haber compartido un secreto con su mujer, de haber hecho un viaje por barco pudiéndolo hacer por tierra y de haber permanecido intestado un día entero*¹⁵.

a) Formas antiguas de testar:

Los más antiguos testamentos regulados por el *Ius Civile* fueron el Testamento *in Procinctu*, *Testamentum Calatis Comitibus* y *Per aes et Libram*.

i) Testamento *Calatis Comitibus*:

Este testamento se hacía en tiempos de paz, se hacía en fechas predeterminadas, dos veces al año, 24 de marzo y 24 de mayo, era oral y se hacía ante los Comicios Curiados.

¹⁴ *Sucesión Testamentaria en Roma*, dirección: <http://www.monografias.com>, fecha de consulta 20 de septiembre 2005. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

¹⁵ ROMÁN IGLESIAS GONZÁLEZ, y MARTHA MORINEAU I., *Derecho Romano*, Ed. Oxford, México, 2003, pág. 214.

Ahí el paterfamilias manifestaba a quien había elegido como heredero. Este testamento no era práctico y pronto desaparece así como los Comicios.

ii) Testamento *in Procinctu*:

Este testamento se hacía en los tiempos de guerra, al salir a la batalla ahí el paterfamilias expresaba su voluntad de forma oral frente al ejército antes de salir al combate. Este testamento perdía su validez cuando el testador regresaba de la batalla.

El hecho de que hubiera sólo estos dos tipos de testamento traía aparejado el inconveniente de que si una persona moría en el lapso en el que no se celebraban testamentos o cuando no era tiempo de guerra, la persona evidentemente fallecía intestada, lo cual podía ocasionar otra serie de problemas, por lo cual fue necesario crear el *Testamentum Per Aes Et Libram* o Testamento Mancipatorio o del Cobre y la Balanza.

iii) Testamento *Per aes et Libram* o Testamento Mancipatorio:

Este se usaba cuando alguien estaba en peligro de morir y no había testado, mancipaba o vendía su patrimonio a un amigo al que le pedía que cumpliera con las liberalidades a favor de un tercero y con las instrucciones indicadas. El amigo (*familiae Emptor*) que recibía el patrimonio se convertía en *dominus*, no era *heres* pero se le consideraba como heredero. Aún cuando el *Familiae Emptor* era de derecho el propietario de los bienes, la fe que el testador había tenido en él, le hacía responder fielmente y le obligaba a cumplir con la encomienda.

De esta manera de testar, surge y se entiende como origen de la figura del Fideicomiso, que por sus raíces etimológicas significa: *un encargo de confianza* igualmente regulado por el Derecho Romano.

La *mancipatio* no es un testamento propiamente dicho, sino un acto por el que se logran las finalidades prácticas del testamento. Se transforma en testamento debido a las

interpretaciones hechas por los juriconsultos y ellos se apoyaron en el precepto de las XII Tablas en donde se le da total eficacia a la *mancipatio*.

En las diferentes fuentes consultadas, en palabras de Gayo, esta es la única forma de testar que perdura en el Derecho Clásico, en donde se admite que la declaración que antes era oral (*nuncupatio*) ahora se haga en unas tablillas enceradas que tenían una capa de goma de laca en donde se podía escribir con un punzón y para borrar se podía usar una especie de espátula calentada, estas tablas se sujetaban con un triple cordel que pasaban por unos orificios situados en el margen y en donde se colocaban los sellos de los testigos. Este documento se escribía por duplicado; la escritura interior que estaba sellada y cerrada y la exterior que era una copia completa resumida del interior, con esto garantizaba la autenticidad del documento y se podía conocer el contenido sin tener que romper los sellos.

Gayo describe las formalidades de la *mancipatio* y nos da a conocer que el testador, después de haber escrito las tablas del testamento frente a cinco testigos, los cuales debían ser ciudadanos romanos, púberes, un *Libripens* y el *Familiae Emptor*, trasmite a otro el total de su patrimonio, el cual una vez que ha pagado la suma que generalmente era de un centavo, decía lo siguiente:

Afirmo que conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia, y, para que conforme a derecho puedas hacer testamento según la ley pública los compro con este bronce y con esta balanza de cobre.

Cuando terminaba de pronunciar esta fórmula golpeaba con un trozo de bronce la balanza y se la entregaba al testador a modo de precio y este decía: *Así como está escrito en estas tablas de cera, así doy ,lego y testó, y así, ustedes, ciudadanos, sedme testigos de ello*, a este momento se le llama *nuncupatio* ¹⁶.

b) Formas nuevas de testar:

i) Testamento Nuncupativo:

¹⁶RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho Romano*, 2ª edic., Ed. Tirant lo blanch, pág.737 y 738.

Otro testamento previsto por el *Ius Civile* era el Nuncupativo, el cual se hacía en forma oral, el testador declaraba en voz alta el nombre de su heredero y la última voluntad que él tenía, esto lo debía hacer frente a siete testigos. Este testamento ofrecía menos garantías que el del cobre y la balanza pero era muy rápido y no necesitaba de ningún escrito.

ii) Testamento Tripartita:

Posteriormente en el Bajo Imperio la sucesión testamentaria se simplificó y se creó el Testamento Tripartita en el 439 d.C., el cual debía ser escrito por el testador, o por un escribano en su nombre, para que una vez que estuviera redactado, lo presentara, abierto o cerrado a siete testigos que debían ser ciudadanos romanos y estar todos presentes en el mismo acto en donde el testador declaraba que el documento contenía su última voluntad, y en su presencia lo firmaba, los testigos lo sellaban, lo firmaban y con esto el acto adquiría fuerza.

El nombre de Testamento Tripartita es por el triple origen que tiene: *Ius Civile* (la presencia de los testigos y en un solo acto); *Ius Honoarium* (los sellos y el número de testigos); Constituciones Imperiales (la firma del testador).

Esta forma de testar es la que se adoptó como ideal y basados en ella los romanos crearon formas especiales de testar.

c) Formas Públicas de Testar:

Al lado de estas formas privadas de testar, aparecen las públicas, en donde se otorgaba de palabra ante la autoridad municipal o judicial, dicha declaración se transcribía y se registraba en un acta pública (*Testamentum apud acta conditum*) o el que se otorgaba ante el emperador (*Testamentum principi oblatum*), este tipo de testamento era escrito y se entregaba en las oficinas de la Cancillería Imperial para su registro.

Las nuevas formas de testar pueden ser más o menos rigurosas dependiendo de las circunstancias extraordinarias o especiales que podían ser de índole personal, o por el lugar y el momento en que se otorgaba el testamento.

Dentro de la clasificación de testamentos extraordinarios encontramos los siguientes:

i) Testamento Otorgado en época de Peste: (*Testamentum pestis tempore conditum*):

Por el gran riesgo de contagio que se corría debido a las epidemias, no era necesario que estuvieran presentes los testigos en forma simultánea, sino que podían ir en diversas etapas, además no era necesario que estuvieran en contacto directo con el testador para que no se contagiaran.

ii) Testamento hecho en el campo (*Testamentum ruri conditum*):

Este testamento se podía realizar ante cinco testigos en lugar de siete y esto debido a la dificultad para encontrar personas que atestiguaran. Si había testigos que no sabían escribir, podían firmar los que si sabían por los que no sabían pero era necesario que se diera a conocer el contenido del testamento.

iii) Testamento del ciego:

El testador ciego dictaba su testamento a un notario delante de siete testigos. A falta del notario se necesitaba un octavo testigo que era el que después de su lectura confirmaba el testamento.

Testamento del padre a favor de los hijos (*Testamentum parentum inter liberos*):

Podía ser verbal ante dos testigos y si se hacía por escrito podían no ser necesarios los testigos. En el escrito se debían de señalar los nombres de los hijos o nietos, sus cuotas y la fecha del otorgamiento.

Testamento del analfabeto:

Aquí se hacía necesario un octavo testigo que firmaba por el testador.

Testamento a favor de la Iglesia

Para otorgar estos testamentos en Derecho Romano, no era necesario cumplir con formalidades especiales.

iiii) Testamento militar (*Testamentum Militare*):

Vino a modificar el testamento *in pontinctu* y se introdujo por Julio César como un privilegio para los militares. Era un privilegio porque no había la necesidad de respetar las normas preestablecidas en el *Ius Civile* o el *Ius Honorarium*. Se podía otorgar en cualquier tiempo siempre y cuando hubiera guerra, un solo testigo era suficiente para expresar la voluntad, era válido por un año después de que el soldado hubiera salido del ejército de manera porque de lo contrario la validez se perdía inmediatamente. Esta libertad en lo que se refiere a la forma del testamento era tanto para soldados de mar como de tierra y estaba limitada a que la voluntad y la seriedad del testador fueran claras.

Hasta aquí hemos hablado de los tipos de testamento en el Derecho romano así como las formas requeridas para otorgar cada uno de ellos. Se hacía necesario cumplir con ciertos requisitos para dar mayor seguridad al testador, así es que por un lado la forma era indispensable para darle validez a los testamentos y por el otro el Derecho exigía que la persona que quería otorgar testamento tuviera la capacidad para ello.

3.3.2.2 Derecho Germánico:

En el Derecho Germánico existían diferencias respecto del Derecho romano y no aparece una figura jerárquica como la del paterfamilias romano. Vemos que un vecino tenía el derecho de preferencia sobre todas las demás personas para adquirir la herencia.

Ya en el Siglo VI se ordenó que el hijo y el hermano tuvieran el derecho de preferencia sobre ese vecino, y así fue como se inició la sucesión familiar y con ello se gesta el carácter forzoso de la herencia. En el Derecho Germánico el único tipo de sucesión

que existía era la intestada y los testamentos se conocieron hasta después gracias a la influencia romana y de la Iglesia. En este Derecho predomina el pensamiento de copropiedad familiar que se prolongó por muchos años, había la distinción entre bienes propios y adquiridos, exclusión de ascendientes, había diferencia por razón de sexos.

El testamento se acepta ya tardíamente y vemos que se podía nombrar en él legatarios, ya fueran universales o singulares, porque ellos pensaban que los herederos sólo los hace Dios. Había una tendencia a la responsabilidad limitada del heredero porque las deudas se consideraban como cargas al patrimonio hereditario.

La libertad de testar, sancionada al principio, fue substituida en tiempo de Chindasvinto por el sistema de legítimas y de mejoras; se aumentan formas de testamentos, aludiéndose al ológrafo. Los llamamientos en la sucesión ab intestato llegan al séptimo grado y hay algún rasgo de troncalidad.¹⁷

3.3.2.3 Francia:

Aubry y Rau, estudiosos de las instituciones testamentarias dicen:

En las regiones de Derecho escrito, la institución del heredero constituía la esencia de los testamentos, que por consecuencia distinguimos de los codicillos. Hemos seguido la regla nemo pro parte testatus et, pro parte intestatus decedere otest; el heredero instituido sucedía la persona del difunto. En las regiones consuetudinarias, al contrario, el difunto era exclusivamente representado por los herederos de sangre así no se reconocía la institución de heredero con los efectos que el Derecho Romano le ligaba; y los actos de última voluntad no constituían en el punto de vista de este Derecho, más que simples codicillos. La regla no tenía por lo tanto ningún sentido.

La Ordenanza del mes de agosto de 1735 sobre los testamentos no tenía por objeto el establecer una legislación uniforme en esta materia. Ella conserva (salvo algunas excepciones) las diferentes formas de testar admitidas tanto por el Derecho escrito como por el Derecho consuetudinario, y se limitaba a reglamentar, de una manera más segura, las formalidades especiales de las diversas clases de testamentos.

El Código Civil francés ha reconocido en aquello que concierne al carácter esencial y a los efectos de los testamentos, la preferencia a los principios del Derecho consuetudinario. La única consideración importante que ella ha a portado a esos principios es aquella que se encuentra consagrada por el Art. 1006. En cuanto a las

¹⁷ JOSÉ MARIO MAGALLÓN IBARRA, op.cit., pág.11.

*diferentes formas de testar admitidas por el Código, ellas han estado limitadas tanto del Derecho escrito como del Derecho consuetudinario. Las disposiciones concernientes a las solemnidades especiales en los diversos testamentos han estado principalmente apoyadas en la ordenanza de 1785.*¹⁸

*Para estos mismos autores Aubry y Rau el testamento es una última declaración de voluntad, siempre revocable contenida en un acto instrumental revestido de ciertas solemnidades por el cual una persona (el testador) dispone, para cuando ya no exista, a favor de una o de varias personas (legatarios), sea de la totalidad o de una parte alícuota de sus bienes; sea de objetos determinados o impone, en su propio interés, ciertas cargas a sus herederos. (Art.895)*¹⁹

De la definición que antecede se desprenden las premisas siguientes:

- 1.- Todo testamento debe entrañar una declaración de voluntad por parte del testador.
- 2.- El testamento es un acto solemne.
- 3.- Es un acto de disposición de todo o parte del patrimonio que dejara a su deceso
- 4.-Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.²⁰

Conforme a lo hasta aquí comentado, la tradición jurídica reconoce éstos principios y además los amplía. Es de tomar en cuenta que el régimen de la autonomía de la voluntad tiene eficacia total en esta materia. La decisión unilateral del autor debe ser respetada y cumplida. La solemnidad con la que se hace un testamento es un requisito que se exige para que esa manifestación de voluntad exista y es por esta fuerza de la voluntad que el testador puede disponer de todos los bienes de los que es titular o de una parte de ellos.

La revocabilidad del testamento es esencial, ya que el heredero que ha sido instituido en este testamento, mientras no sobrevenga la muerte del autor, no tiene ningún derecho a su favor, por esto la condición de heredero va a estar sujeta a la muerte, ya que si no se da ésta, no habrá mayores consecuencias.

¹⁸ PAUL ESMEIN. *Droit Civil Theorique Francais*.Sixieme edition, tome Dixieme, libraries Techniques,págs. 390 y 391. Citado por JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op. cit. págs. 36 y 37.

¹⁹ AUBRY et RAU, op cit. págs. 412 a 418. Citado por JOSE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op cit. pág. 37.

²⁰ Ibid

Por otra parte cito como referencia a la manera o forma de testar, el Código de Napoleón que reconoce tres formas de hacerlo.

- 1.- El testamento ológrafo.
- 2.- El abierto o auténtico.
- 3.- El cerrado que también era llamado místico o secreto.

A continuación se transcribirán los textos correspondientes al mencionado Código de Napoleón:

Art. 970.- El testamento ológrafo no será válido si no está escrito por entero, fechado y firmado del puño y letra del testador; no está sujeto a ninguna forma.

Art. 971.- El testamento abierto se otorga ante dos notarios o ante un notario asistido por dos testigos.

Art. 976.- Cuando el testador quiera hacer un testamento cerrado, el papel que contenga las disposiciones o el papel que sirva de sobre, de haberlo, será cerrado, lacrado y sellado.

El testador lo presentará, cerrado así, lacrado y sellado, al notario y a dos testigos, o hará que se lo cierre, se lacre y selle en su presencia, y declarará que el contenido de ese pliego es un testamento firmado por él, escrito por el o por otro afirmando, en este último caso que ha verificado personalmente el escrito; indicará en todos los casos el método de escritura empleado (a mano o a máquina).

El notario extenderá a modo de legalización, el acta de suscripción, que escribirá a mano o a máquina sobre ese pliego o sobre la hoja que le sirve de “sobre” y expresará la fecha y la indicación de lugar en que se ha otorgado, la descripción del pliego y de la impronta del sello y la mención de todas las formalidades antes expresadas; esta se firmará tanto por el testador como por el notario y los testigos.

Todo lo que procede se hará sucesivamente y sin interrumpirlo con otros actos.

En caso de que el testador por un impedimento sobrevenido luego de la firma del testamento no pueda firmar el acta de suscripción, se hará mención de la declaración que hubiere hecho sobre ello y del motivo que de la misma hubiere dado.²¹

En sus artículos 981 a 1001 establece la forma para realizar ciertos testamentos. Habla de los testamentos militares, de los marinos del Estado y de las personas empleadas como acompañamiento de los ejércitos. También habla de los testamentos hechos por un viaje en el mar y de los hechos en país extranjero.

En esta ley también se establecen diferentes formalidades que es obligatorio observar so pena de nulidad.²²

Después de haber hablado de una manera muy general de lo que representaba el testamento para los romanos, sus requisitos, la forma en que exigían que se hiciera, sus antecedentes, el concepto, etc. quiero llegar a lo que ha sido esta figura para México, pero esto no es posible sin pasar brevemente por lo que ha sido para España.

3.3.2.4 España:

Es necesario recurrir a la legislación española porque sabemos que nada existe hoy, ni en nuestras leyes, ni en nuestras costumbres de lo que fueron nuestros ancestros indígenas, sino que imperó la influencia de La Nueva España.

En 1555 el Emperador Carlos V mandó que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios se quedasen y ejecutasen mientras no se opusieran con la religión católica o con las nuevas leyes.

²¹ Ibid.

²² Cfr. JORGE MARIO MAGALLON IBARRA, op cit. pág. 38 y 39

Sabemos que nada quedó del pueblo conquistado es por esto que todas las tradiciones de nuestro derecho es necesario buscarlas en las fuentes y orígenes del Derecho Español, unificado en el Código de Las Partidas, que implantó en España el aspecto filosófico del Derecho Romano y el teocrático del Derecho Canónico. Roma implantó en España sus códigos, sus costumbres sus usos y sus leyes.

Bajo el reinado de Alarico II por orden de él mismo se formó una compilación de leyes romanas que había de regir a los vencidos y se les llamó de diferentes maneras: *Lex Romana*, Breviario Alariciano o Código de Alarico.

Este Código de dieciséis libros del Teodosiano, de Las Novelas de los Emperadores Valentiano, Marciano, Mayoriano y Severo, y del Jus o doctrina de los jurisconsultos, cuyas fuentes fueron las Instituciones de Gallo, cinco Libros de la Sentencias de Paulo, dos títulos del Código Hermogeniano y trece del Gregoriano ²³.

Ortiz de Mortellano en su “Génesis de Derecho Mexicano” opina que estas leyes no dejaron huella especial que pudiera aprovecharse. Posteriormente fue necesario hacer un cambio radical para que en la legislación y en las costumbres se marcaran caracteres distintivos.²⁴

Cuando se originó la prepotencia eclesiástica en los negocios del Estado se dio el origen al Fuero Juzgo en el que se estableció el principio de la “supremacía de la ley sobre el poder de los reyes”.

El Fuero Juzgo fue uno de los documentos más importantes de su época y encontramos que contiene algunos elementos de las costumbres germánicas, leyes romanas, los Cánones y se divide en doce libros en donde se desarrolla un sistema de leyes tanto civiles como penales.

²³ Génesis de Derecho Mexicano, dirección: <http://www.cervantesvirtual.com>, fecha de consulta: 18 de septiembre de 2005. Segunda consulta 12 de Abril de 2007.

²⁴ Ibid.

A pesar de que el Fuero Juzgo fue un monumento en su categoría, no se aplicó y se puso en completo desuso, pero al iniciarse una lucha de la monarquía con la nobleza fue cuando se pretendió poner en vigor el Fuero Juzgo, entonces el Rey Don Fernando II El Santo, en la confirmación de los Fueros de Toledo y Córdoba, declaró por ley su vigencia y mandó que se tradujera en la forma que ha llegado hasta nosotros, era la antigua ley opuesta a la nueva.

Esta nueva Ley era el Fuero Viejo de Castilla y estaba formada de disposiciones que tuvieron su origen, sus medios y fines exclusivamente indígenas.

En la Edad Media española se ve más claramente una lucha entre el elemento Germano y el Romano en el Derecho Sucesorio.

El Lic. Magallón Ibarra comenta que *el Derecho propiamente nacional se manifiesta en los Fueros Municipales y Nobiliarios con marcada orientación al Derecho Germano y tomando como idea inspiradora la de fomentar la población y exaltar el principio familiar y de aquí lo reducida y limitada que estaba la facultad de testar.*²⁵

Hablando del Fuero Real, predomina el Derecho Germano, ya en la Partidas vemos que se representan claramente las sucesiones romanas.

Después Don Alfonso IX reviviendo la Ley Gótica formó el Código que se llamó Fuero Real o Fuero de Castilla. Este Fuero Real fue el precursor del Código de las Partidas en donde se resumían las tradiciones y la ciencia del Derecho antes de que terminara la Edad Media.

Este Código se formó después de diez años de trabajo de 1256 a 1265, no fue considerado como ley, pero un siglo después Don Alfonso XI en el Ordenamiento de las

²⁵JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op.cit., pág. 11.

Cortes de Alcalá en 1345 hizo suyas estas leyes y así fue que el Ordenamiento de Alcalá se hizo la esfera práctica de ese Código de las Partidas.

*El Ordenamiento de Alcalá en el aspecto de sucesiones se aparta del Derecho Romano, derogando la incompatibilidad de las dos sucesiones, la testada e intestada y la necesidad de la institución de heredero y aceptación de éste para la validez del testamento*²⁶

Para completar esta información es necesario hablar de las leyes que se formaron por la orden de los Reyes Católicos que eran Don Fernando y Doña Isabel, en las Cortes del Toro en 1505 en ellas se reprodujeron las leyes del Ordenamiento de Alcalá y estas Leyes del Toro se consideran el último trabajo trascendental de la antigua legislación española.

En las Leyes del Toro también hay un cuaderno de reglas acerca de las solemnidades de los testamentos, de la *testamentifactio* activa, en la cual se reconoce a los hijos de familia mayores de doce y catorce años.

Después de Las Leyes del Toro vino La Nueva Recopilación y siglos más tarde La Novísima Recopilación.

*A través de la Nueva y Novísima Recopilación que instituye la sucesión de la Cámara Regia en Vacantes y Mostrencos, dando nueva forma la primera al testamento nuncupativo ante siete testigos, aunque no fuesen vecinos ni interviniere escribano, y sosteniendo la segunda, el testamento Privilegiado Militar, se llega al Siglo XVIII en que las leyes desvinculadoras al prohibir para lo sucesivo la fundación de vinculaciones, dan al traste con las sucesiones extraordinarias, respetadas tan sólo en cuanto a la sucesión de títulos y grandezas.*²⁷

²⁶ FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Sucesiones, pág. 20, citado por JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op. cit., pág. 11.

²⁷FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, Op. cit. pág.12.

Tres siglos después del Fuero de Castilla, en la época histórica de la Nueva Recopilación, en el siglo XVI comienza a existir América como colonia europea, dando así nacimiento al período colonial.

Don Carlos II el 16 de mayo de 1680 mandó formar la Recopilación de las Leyes de Indias que es la colección más abundante de todas las formadas por autoridad real; consta de nueve Libros, 118 Títulos, contiene 6447 Leyes y es mucho más amplia que la Recopilación de Castilla o la Novísima Recopilación, como lo podremos ver en el cuadro siguiente:

Fec	Códigos	Li	Títul	Leyes
69	<i>Fuero Juzgo</i>	12	55	560
99	<i>Fuero Viejo</i>	35	33	229
12	<i>Fuero Real</i>	4	72	559
12	<i>Siete Partidas</i>	7	182	2.479
13	<i>Leyes del Estilo</i>	"	"	252
13	<i>Ordenamiento de</i>	"	35	125
14	<i>Ordenamiento Real</i>	8	115	1.133
15	<i>Nueva Recopilación</i>	9	314	3.391
17	<i>Autos Acordados</i>	"	110	1.134
18	<i>Novísima Recopilación</i>	12	330	4.036
16	<i>Recopilación de Indias</i>	9	218	6.447

		—	——	——
		89	1.543	20.33

Así las cosas podemos ver la inmensa cantidad de Leyes, elaboradas en diferentes épocas y para aplicarse en los diferentes ámbitos ²⁸

El Consejo Real de Indias fue en gran parte de beneficio a las colonias porque hacía prevalecer principios de justicia e igualdad sobre muy graves abusos que se cometían.

En materia de testamentos los indios tenían plena libertad, y facultad. Se les daban los mismos derechos que a los menores en Derecho Romano, se negó la capacidad testamentaria a los sordomudos, las mujeres, los lunáticos, los pródigos, lo mismo que a todos aquellos de un estatus incierto como podían ser los esclavos liberados por testamento o hijos desconocidos a la muerte del *paterfamilias*.

Cabe hacer notar que los indios tenían mayores privilegios que los aldeanos o rústicos en el derecho Castellano, porque éstos necesitaban hacer su testamento solemne, requerían hacer la lectura del documento ante cinco testigos que a su vez firmaban para que el escribano lo certificara.

Juan Solórzano Pereira en su libro Política Indiana(2.28.55) nos dice: En el caso de los indios no era necesario que hubiera un escribano ni que hubiera testigos vecinos, sino con la inscripción ante el Magistrado local y tres testigos, ya sean hombres o mujeres que se encontraran por allí era suficiente. Para que este escrito se convirtiera en un testamento solemne se enviaba al Juez para su registro en los archivos de un Juzgado. Esto facilitaba su ejecución porque en muchos pueblos no había notarios ni testigos calificados²⁹

²⁸ Cfr. Ibid..

²⁹ FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS, *Especialidades testamentarias de los indios*, Revista de estudios histórico-jurídicos, No 21, Valparaíso 1999, dirección, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551999002100007&lng=es&nrm=iso. consulta el 5 de octubre del 2005. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

El Código de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California maneja la doctrina que atribuía a los herederos la representación del autor de la sucesión, así advierte que cuando no hay herederos forzosos puede el heredero nombrar herederos en parte de sus bienes y dejar además algunos legados.

En el Art. 3367 de éste código declara que el heredero representa a la persona del autor de la herencia.

La Legislación de 1870 realiza varias hipótesis, pero estas fueron modificadas en la legislación de 1884 y se suprime la Institución de herederos para crear la libertad de testar.

Se crea en éste Código la libre testamentación.

Sabemos que existen dos vías para suceder, estas son la vía testamentaria, de la que se habla en el inicio de éste capítulo, y la intestada o legítima.

La comisión redactora del Código Civil de 1870 manifiesta ciertas razones que tuvo para no admitir el testamento ológrafo dentro de la ley y una de las bases que ellos dan para no admitir este tipo de testamento es que opinaban que este documento mantenía en secreto la institución de heredero y con este tipo de testamento se facilitaba el que el testador pudiera hacer nuevas disposiciones de acuerdo a como variara su voluntad. Otra causa era el peligro de la falsificación del documento.

Todo esto llevó a la comisión antes citada a no incluir dicha figura en el Código, a pesar de que ya existía en varios Códigos de la época.

El Código de 1870 contiene siete capítulos y hace una división en públicos y privados.

Los públicos podían ser abiertos o cerrados, y el privado excluye en su redacción la intervención de un notario.

Se reconoce la tradición en cuanto a la existencia del testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

El Código Civil de 1870, definía en el artículo 3374 al testamento como: *El acto por el cual una persona disponía –para después de su muerte- de todos sus bienes o de parte de ello*. A la vez, lo declaraba como un acto personal que no podía desempeñarse por procurador. Disponía que testamento público fuera el que se otorgaba ante notario y testigos idóneos y se extendía en papel del sello correspondiente. Por testamento privado reconocía al que se otorgaba ante testigos idóneo sin intervención del notario, pudiéndose extenderse o no en papel sellado. (Artículos (Artículos 3750 y 3751).

Su artículo 3753 reconocía que el testamento público podía ser abierto o cerrado; agregando que el testamento privado solo podía ser abierto salvo lo dispuesto en los artículos 3818, 3819 y 3820.

Este cuerpo legislativo se refiere concretamente a los testamentos que subsisten en la legislación vigente y podemos agregar que el testamento privado era permitido en circunstancias especiales.

En lo que respecta a los testamentos marítimos, militares y hechos en país extranjero no se apartan de lo que está vigente actualmente.

En el Código Civil de 1884 ya se modificó el sistema de testamentificación forzosa y se reconoce el principio de libertad del autor para realizar su última disposición o dejar que la ley llame a los parientes más cercanos.

La legislación vigente procede a definir el testamento como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

3.3.2.5 México y nuestro Derecho Positivo:

1. Clasificación del testamento de acuerdo a su forma:

A reserva de equivocarme, entiendo que el Código Civil del Estado de Jalisco, es hoy por hoy de lo más avanzado y actual sobre el resto de las entidades federativas, de tal forma que en el artículo 2829 clasifica a los testamentos de acuerdo a su forma y pueden ser ordinarios y extraordinarios o especiales.

El Art. 2830 dice que el ordinario puede ser público abierto, público cerrado y ológrafo.

El Código Civil de Estado de Jalisco si reconoce el testamento ológrafo.

El Art. 2831 clasifica al testamento extraordinario o especial, el cual puede ser privado, militar y marítimo hecho fuera del Estado de Jalisco y hecho en el extranjero.

a) Testamentos Ordinarios:

i) Público abierto:

El Art. 2481 define al testamento público abierto de la siguiente manera: *El testamento público abierto, es el que se otorga y dicta de una manera clara, precisa y terminante por el testador ante el notario, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.*

El Art. 2482 indica el requisito de tener dos testigos cuando el testador sea menor de edad, cuando el testador no sepa leer o escribir, cuando sea sordo, mudo o ciego, cuando el notario no conozca al testador o no haya bases que lo identifiquen plenamente.

En el Art. 2833 se habla de las personas que ignoran el español, a las cuales también se les pide tener dos testigos.

El notario hará constar la circunstancia de que no conoce el idioma y que la voluntad del testador es reflejo fiel de lo que se ha señalado en el testamento.

Cuando el testador no conoce el idioma español y el notario no conoce el del testador se exigirá la existencia de un intérprete que actuará como tal ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado y con la asistencia de dos testigos que conozcan el idioma del autor del testamento.

El notario debe redactar por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, después procederá a leerlo en voz alta para que manifieste el testador si está conforme, si está de acuerdo, firmarán todos el instrumento en el que se asienta el lugar, al año, el mes y día en que fue otorgado precisándose además la hora de su inicio y de su terminación.

En el caso de los sordos pero que sepan leer deberá dar lectura a su testamento; si no sabe o no puede hacerlo designará una persona para que se lo lea.

Cuando hay un testador ciego se dará la lectura en voz alta dos veces, una por el notario y otra por uno de los testigos o una persona que el testador designe. Ya que se concluye el acto debe firmar el testador y los testigos en los casos a los que el Código se refiere y el notario, además el testador y los testigos si es el caso escribirán de su puño y letra su nombre debajo de su firma, y finalmente el testador estampará sus huellas digitales pulgares, en caso de no contar con ambos dedos se hará con el que tenga, debiéndose razonar esta circunstancia.

Art. 2847.- Las solemnidades se practicarán ininterrumpidamente y el notario dará fe de haberse llenado todas ellas. Faltando algunas de las mismas quedará en testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios.

No se considera interrumpido el testamento por la impresión de la escritura.³⁰

ii) Testamento público cerrado:

Puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego o en cualquier otro medio mecánico o electrónico de impresión.

El testador debe imprimir con su puño y letra debajo de su firma, su nombre completo y estampar sus dos huellas digitales en todas las hojas y al calce del testamento. Este tipo de testamento sólo lo podrán otorgar quienes sepan leer y escribir. Se presentará ante notario por el testador quien declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad. El notario leerá el testamento con la obligación de reservar para sí su conocimiento y en caso de advertir alguna irregularidad evidente lo hará saber al testador, para que se corrija, y si no se encontró ninguna pondrá su sello y firmará todas las hojas del pliego, al final levantará certificación de que es el que se le presentó por el testador, lo cerrará y sellará la cubierta del mismo que deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además, pondrá su sello.

Si al presentarse el testamento no puede firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, pero debiendo estampar sus huellas digitales y el notario hará constar expresamente esta circunstancia bajo la pena de suspensión de oficio por un año.

El sordomudo puede hacer el testamento cerrado con tal de que esté todo escrito, fechado y firmado de su propia mano y que al presentarlo al notario ante dos testigos escriba en presencia de todos sobre la cubierta, que en aquél pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así.

³⁰ Cfr. Art.2843 a 2847, Código Civil del Estado de Jalisco.

En el caso de los sordomudos que no pueden firmar la cubierta lo hará otra persona a su nombre, en su presencia y también estampará las huellas digitales y el notario hará constar expresamente esta circunstancia bajo la pena de suspensión de oficio por un año.

El que sea sólo mudo o solo sordo puede hacer testamento cerrado con tal de que esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro lo anote así el testador y firme la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades que se requieren para esta clase de testamentos.

Si a algún testamento cerrado le hacen falta algunas de las solemnidades referidas va a quedar sin efecto y el notario va a ser responsable de los daños y perjuicios que se causen.

Cerrado y autorizado el testamento se entregará al testador y el notario pondrá razón en el protocolo, de lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado. Si hay alguna infracción a este protocolo el notario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses.

El testador puede conservar el testamento en su poder o darlo en guarda a la persona de su confianza o depositarlo en el Registro Público de la Propiedad. Si quiere hacerlo en el registro se presentará con el documento ante el encargado del registro quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse, una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada.

El testador puede retirar cuando le parezca su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega. El poder para la entrega y para la extracción del testamento, debe otorgarse en escritura pública, y esta circunstancia se hará constar en la nota respectiva.

Luego que el juez reciba un testamento cerrado hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento, esta comparecencia podrá ser simultánea o sucesiva.

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas y las del testador o la de la persona que por éste hubiere firmado, y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.

Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad o ausencia, bastará en reconocimiento de quien quede y el del notario.

Si por iguales causas no pudiere comparecer el notario o los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la que lleva el testamento se encontraban aquéllos en el lugar en que éste se otorgó, en todo caso los que comparecieren reconocerán sus firmas.

Una vez que se satisface lo anterior el juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta; o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan aunque el contenido no esté viciado.

Quien substraiga o destruya un testamento cerrado, será sancionado en los términos de Código Penal, si fuese heredero aún en el caso de intestado, perderá sus derechos sobre la herencia.³¹

³¹Cfr. Art. 2848 a 2872 *Código Civil del estado de Jalisco*.

iii) Testamento Ológrafo.

El Art. 2873 dice que el testamento ológrafo sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad; y para que sea válido deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, por su puño y letra, su nombre bajo su firma e impresas sus huellas digitales en todas las hojas que lo compongan, con expresión del día, mes y año en que se otorgó.

Los extranjeros pueden otorgar este testamento en su propio idioma.

Este testamento se hará por duplicado y será depositado en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad, y el duplicado, también encerrado en un sobre lacrado, y con la nota en la cubierta, de que se hablará después será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarias para evitar violaciones. El depósito en el Registro Público de la Propiedad se hará personalmente por el testador y presentará dos testigos que lo identifiquen.

En el sobre que contenga el testamento original, el testador, de su puño y letra, pondrá la siguiente constancia: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La constancia será firmada por el testador, por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán.

En caso de que en el domicilio del testador no hubiere oficina del Registro Público de la Propiedad, el depósito recepción se hará ante y por el jefe de la Oficina de Recaudación Fiscal, quien una vez realizadas las diligencias a que se refiere al art. Siguiente, lo remitirá a la oficina de Registro Público de la Propiedad de la circunscripción territorial que corresponda, dentro de los cinco días hábiles después de su presentación.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina:” recibí el pliego cerrado en que afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual según su afirmación existe dentro de este sobre un duplicado”. Se pondrá luego el lugar y la fecha que se extiende la constancia que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan.

Cuando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en las oficinas del Registro Público de la Propiedad o en la Oficina de Recaudación Fiscal en su caso, el encargado de ellas deberá concurrir al lugar en que aquél se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito.

Hecho el depósito, el encargado del registro tomará razón de ello en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda hacer entrega del mismo al testador o al juez competente.

En cualquier tiempo el testador tendrá derecho de retirar del Registro Público de la Propiedad, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado ante notario público el testamento depositado; haciéndose constar la entrega de una acta que firmarán el interesado y el encargado de la oficina.

El juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informe al encargado del Registro Público del lugar, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, se le remita el testamento.

El que guarde en su poder el duplicado de un testamento, o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo, lo

comunicará al juez competente quien pedirá al encargado de la oficina del Registro en que se encuentre el testamento, que se lo remita.

Recibido el testamento el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar, reconozcan sus firmas y las del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos, abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados a que se refiere este capítulo y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal testamento de este.

Sólo cuando el original depositado haya sido destruido o robado, se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose para su apertura como se dispone en el artículo que precede. El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que lo autoricen aparecieran borradas, raspadas o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento no esté viciado.

El encargado del Registro Público de la Propiedad no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador y a los jueces competentes que oficialmente se los pidan.³²

b) Testamentos extraordinarios o especiales:

i) Testamento Privado:

Art. 2888.- El testamento privado está permitido en los casos siguientes; cuando:

³²Cfr. Art. 2873 a 2887. *Código Civil del Estado de Jalisco.*

I. El testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra notario a hacer el testamento; II. No haya notario en la población; III. Aunque haya notario en la población sea imposible o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento; IV. Esté en una población incomunicada por razón de cerco sanitario decretado por las autoridades de salubridad, en razón de alguna epidemia, aunque el no la padezca; V. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para que en los casos enumerados en este Art. Pueda otorgarse testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento público u ológrafo.

El testador que haga testamento privado, declarará en presencia de cuando menos tres testigos idóneos su última voluntad. Que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir.

No será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir o en los casos de suma urgencia.

Los testigos antes indicados deberán concurrir en forma conjunta ante la primera autoridad del lugar, ya sea política, administrativa o judicial, haciendo una síntesis de lo que presenciaron en virtud del testamento, y con ello preconstituir con el acta que a efecto se levante, un principio de prueba que deberá acompañarse al juez de primera instancia en donde se promueva la declaratoria sobre la formalidad del testamento.

Las solemnidades que se observarán para el testamento privado serán las prescritas para los testamentos públicos abiertos.

El testamento privado necesita, además para su validez, que el Juez de Primera Instancia declare que el dicho de los testigos es el formal testamento de la persona de quien

se trate, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador.

Art. 2895.-Los testigos que concurran a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente:

I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento; II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; III. El tenor de la disposición; IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado y VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Si los testigos fueren idóneos y estuvieren conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el Juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate.

Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de dos y mayores de toda excepción.

Lo dispuesto en el Art. anterior observará también en el caso de ausencia de alguno de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo. Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos serán examinados por exhorto.

El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo motivó.³³

ii) Testamento Militar:

³³ Cfr. Art. 2888 a 2899 del Código Civil del Estado de Jalisco.

Art. 2900.- Si el militar, el asimilado del ejército o integrante de la Armada Nacional hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos o entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra.

Lo dispuesto en el artículo anterior se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.

También se reconocen como testamentos en el Estado de Jalisco las disposiciones mortuorias o pliegos de última voluntad que formulen los miembros del Ejército Mexicano, de la Fuerza Aérea o de la Armada Nacional, ante dos testigos y depositadas en la Secretarías del ramo correspondiente o en los Institutos de Seguridad Social para ello instruidos y no exista testamento general expreso.

Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este capítulo deberán ser entregados luego que muera el testador, por aquél en cuyo poder hubieren quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al el Superior Jerárquico que corresponda y este a la Autoridad Judicial competente.

Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte del acto al Ministerio de la Secretaría correspondiente y este a la Autoridad Judicial competente a fin de que proceda teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos del 2893 al 2899 de este Código.³⁴

iii) Testamento hecho fuera del Estado:

Art. 2905.-En el Estado de Jalisco se dará plena validez y reconocimiento a los testamentos hechos en otra Entidad Federativa, dentro del territorio Nacional, siempre y cuando hayan sido formulados con las leyes del lugar donde pasaron.

³⁴ Cfr. Art.2900 a 2904 del Código Civil del Estado de Jalisco.

iv) Testamento hecho en País extranjero:

Art. 2906.- Tendrán plena validez los testamentos otorgados por mexicanos en el extranjero, siempre y cuando hubieren sido autorizados en las misiones diplomáticas; legaciones y consulados mexicanos si se hubieren otorgado conforme a derecho.

Art. 2907.- Para que en Estado se admitan y tengan validez los testamentos hechos en país extranjero, se requiere acreditar que hayan sido otorgados conforme a las leyes del país en que pasaron.

3.4. Capacidad de testar y heredar:

En la Institución de Justiniano se presenta una clasificación de las personas en dueñas de sí mismas y las otras que se hayan sujetas al poder de otro.

Encontramos que había fórmulas romanas que se usaban para llegar al conocimiento de la capacidad, esto se hacía por el método de la exclusión porque cuando se determinaba que personas se encontraban bajo la potestad de otras se llegaba a eliminar a quienes no tenían esas deficiencias y así se facilitaba saber quienes eran dueñas de sí mismas y por lo tanto capaces.

En Roma la capacidad era ser dueño de sí mismo.

Para hablar de capacidad es necesario hablar de la *testamentifactio* que es un término usado por los romanos que etimológicamente significa hacer testamento. Esta palabra se refería tanto a la capacidad para hacer testamento como a la capacidad de ser contemplado en el testamento ya sea como heredero, legatario, tutor o testigo.

Basándose en esto los juristas del Derecho común llaman *Testaemnti factio* activa a la facultad que tiene una persona para testar por lo cual ostenta capacidad jurídica y de actuar.

Encontramos que:

El hijo de familia no podía testar, según Ulpiano porque no tenía nada; el impúber, aunque sea independiente, porque no tiene la plena madurez de juicio; el mudo, porque no podía pronunciar las palabras de la declaración del testamento; el sordo porque no puede oír las palabras del comprador; el loco furioso porque no tiene inteligencia para disponer de sus bienes; el pródigo, porque le está vedada la disponibilidad de su patrimonio, y por lo tanto no puede venderlo; el latino por que la Ley Junia se lo prohíbe expresamente; el que pertenece a la clase de los dediticios porque ni como ciudadano romano puede testar, porque es extranjero, ni como extranjero porque no pertenece a ninguna ciudad, y por lo tanto no puede testar con arreglo a la ley de su ciudad. Por último, en derecho posclásico y por influencia del cristianismo, tampoco pueden testar el apóstata, el maniqueo y el herético³⁵.

Por otro lado encontramos excepciones a estas reglas y así vemos que sin tener capacidad jurídica pueden testar: el Esclavo del Estado (*servus publicus*) en cuanto a la mitad de su peculio, el hijo de familia puede testar en relación a su peculio, ya fuera castrense o *cuasi*-castrense; este peculio era un privilegio que Augusto les otorgaba para testar sobre el patrimonio que obtuvieron por sus servicios en el ejército; los locos podían testar en períodos de lucidez. Si la mujer se liberaba de la tutela podía hacer testamento. Cuando se introdujeron las formas escritas de testar, el mudo y el sordo pudieron hacerlo con la autorización previa que ellos pidieran al emperador.

El testador debía contar con la *testamenti factio activa* desde que otorgaba el testamento hasta que moría.

Igualmente nos encontramos con la *testamenti factio pasiva* que era la facultad para ser instituido heredero, nombrado legatario, tutor o testigo. La persona debía de reunir los siguientes requisitos: ciudadano romano, libre y *sui juris*.

No pretendo ampliar más este tema, sin embargo no puedo pasar por alto el hecho de que no todos los sujetos contaban con la facultad para ser instituido heredero, a saber: las mujeres no podían ser herederas de una cantidad mayor a cien mil ases, con el fin de

³⁵ JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op. cit., pág. 11. *Ibíd.*, pág. 744.

evitar la riqueza excesiva de las mujeres; los peregrinos no podían recibir herencia por testamento porque no eran ciudadanos; los dediticios, los latinos; los célibes; éstos podían casarse dentro de los cien días posteriores a la muerte del testador concediéndoles así la *testamenti factio* pasiva y las personas casadas que no tenían hijos.

Los cónyuges, uno o ambos se consideraban capaces para heredar si no tenían la edad estipulada para tener hijos esto es: menor de 25 años o mayor de 60 en el hombre y menor de 20 o mayor de 50 en la mujer; los apóstatas, los herejes; las personas inciertas, o sea aquéllas de las que el testador no tenía una idea precisa de ellas.

Dentro de este rubro de personas inciertas nos encontramos con los hijos póstumos y esto traía graves consecuencias, ya que si el *Paterfamilias* hacía su testamento cuando su esposa estaba embarazada, no podía nombrar heredero a ese hijo porque no lo conocía.

En la época Post clásica se concedió la *testamenti factio* pasiva a éstos hijos.

Un esclavo podía adquirir la *testamenti factio* pasiva si el testador le concede la libertad y lo nombra heredero. Los esclavos ajenos la obtenían la si el dueño de ellos la tiene.

Para ser instituido heredero era necesario se presentaran tres momentos, siendo estos: primero cuando se hacía el testamento; segundo, en la muerte del testador y tercero, cuando se adquiría la herencia.

Paralelo a estos requisitos existentes tanto para hacer testamento como para poder ser nombrado heredero, nos encontramos con otra figura llamada indignitas que se daba cuando una persona era privada por el fisco de recibir la herencia que anteriormente se le había otorgado.

La persona indigna estaba en imposibilidad de retener los bienes hereditarios. Se consideraba que una persona era indigna cuando presentaba una conducta desleal o inmoral con el testador, cuando lo asesinaba, cuando escondía el testamento, cuando lo impugnaba injustamente o cuando vendía la futura herencia.

En el Código Civil del Estado de Jalisco se encuentra regulada tanto la capacidad como la incapacidad como lo veremos a continuación.

José Mario Magallón dice que la capacidad debe ser reconocida no solo como el atributo más grande de la personalidad sino como su atributo esencial. Aquí nos encontramos con un concepto genérico de persona que es el sujeto capaz de derechos y obligaciones.

No es raro que se confunda la idea de autonomía de la persona con manifestación de su capacidad y encontramos el siguiente cuestionamiento: ¿quién es la persona? es el sujeto capaz de derechos y obligaciones ¿quién es el sujeto capaz de derechos y obligaciones? La persona.

El Código Civil del Estado de Jalisco en el artículo 47 dice que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, salvo en los casos de excepción establecidos en las leyes. En este concepto encontramos la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, siendo esta capacidad una facultad que va a estar limitada por la ley misma.

En otros artículos del mismo ordenamiento dice:

Artículo 18.- Persona física es todo ser humano.

Artículo 19.- La personalidad jurídica es uno de los atributos de la persona física, se adquiere por el nacimiento viable y se extingue por la muerte, pero desde el momento en

que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos legales que señala este Código.

Artículo 20.- Sólo a la ley le corresponde regular la capacidad e incapacidad de las personas, tanto de goce, como de ejercicio:

- I. Hay capacidad de goce cuando se tiene la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; y
- II. Hay capacidad de ejercicio cuando se tiene aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones.

Artículo 21.- La capacidad jurídica es la regla, y la incapacidad debe ser establecida en la ley.

Artículo 22.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio.

Sin embargo, los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 23.- La capacidad de ejercicio se reconoce por la ley a los mayores de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas y a los menores emancipados.

El estado determina que hay incapacidad en los siguientes casos de acuerdo a la Ley:

Artículo 49.- Son incapaces:

- I. El menor de edad;

- II. El mayor de edad que padezca enajenación psíquica aunque tenga intervalos lúcidos; y
- III. Los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito, mediante intérprete, o por el lenguaje mímico de sistemas educativos y de comunicación universalmente aceptados.

En lo que se refiere a la capacidad de heredar el Código Civil del estado de Jalisco dice:

Artículo 2954.- Toda persona, de cualquier edad que sea, tiene capacidad para heredar y no puede ser privada de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Utilidad pública; y
- V. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Artículo 2955.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia; o los concebidos, cuando no sean viables.

Artículo 2957.- Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:

- I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate o a los ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado;
- II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o hermanos;
- III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;
- IV. El coautor del adulterio, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;
- V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado;
- VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;
- VII. Padres que abandonaren a sus hijos, o los prostituyeren o atentaren a su pudor, respecto de los ofendidos;

- VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de proporcionarle alimentos, no la hubieren cumplido;
- IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;
- X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento; y
- XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución, o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos.

Artículo 2962.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.

Artículo 2964.- Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria; así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

Artículo 2965.- Por presunción de influjo contrario a la verdad, e integridad del testamento, son incapaces de heredar, quienes intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

Artículo 2966.- La capacidad de los ministros de cualquier culto religioso para heredar por testamento, estará sujeta a lo dispuesto por el artículo 130 Constitucional y su ley reglamentaria; en consecuencia sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Artículo 2969.- Son incapaces de heredar, a los habitantes del Estado, los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden transmitir sus bienes a favor de los mexicanos por causa de muerte.

Artículo 2975.- Para que el heredero pueda suceder, basta que sea capaz para ello al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Artículo 2977.- El heredero por testamento, que muera antes que el testador o antes de que se cumpla la condición a él impuesta, el incapaz de heredar y el que renuncie a la sucesión, no transmiten ningún derecho a sus herederos.

Artículo 2981.- La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado, no pudiendo decretarla el juez de oficio.³⁶

3.5. Aceptación de la herencia:

Como se asienta en los comentarios iniciales del presente trabajo, son tantas las figuras, requisitos y elementos que no aplican para un testamento vital como yo lo propongo en esta tesis, pero no por esto debo dejar de referirme a ellos ya que si son parte del testamento como lo ha contemplado la tradición y hoy nuestras leyes.

³⁶ Cfr. Código Civil del Estado de Jalisco.

Quien era designado heredero tenía el derecho a aceptar o rechazar la herencia, era un derecho personal y existían varias condiciones para hacer válido este derecho:

I.- Que el heredero tuviera noticia de ella.

El heredero tenía un plazo para decidir si aceptaba o no dicha herencia. En el antiguo Derecho Civil el heredero no tenía un plazo para poder tomar esa decisión, podía ser mientras viviera, lo cual tenía el inconveniente para los acreedores ya que no podían cobrar mientras no se tomara la decisión, quedando interrumpidos sus derechos.

Para subsanar esto, el testador tenía la costumbre de añadir una sanción enérgica, la desheredación, si el heredero no hacía la aceptación en el término fijado que generalmente era de cien días.

Después en el Derecho Pretoriano se le pedía al pretor que señalara un plazo de pronunciamiento que no era mayor de cien días y si por algo el heredero permitía que este término transcurriera sin haber tomado su decisión, entonces perdía su derecho y la herencia se asignaba a quienes tuvieran un derecho alternativo.

En el Derecho Justiniano el heredero podía obtener de un magistrado un plazo de tres meses más y si lo solicitaban al emperador podían pedir hasta un año de plazo. Si el heredero llegaba a morir dentro del plazo que el tenía para la aceptación, el derecho que él tenía podía transmitirse a sus propios herederos. Este plazo que transcurría desde el momento del deferimiento hasta que se aceptaba la herencia significaba una situación incierta, porque los bienes en ese tiempo se quedaban sin titular y eso es lo que se conoce como herencia yacente. Este problema se soluciona por medio de una ficción en la cual se tiene al difunto como sobreviviente y estaba representado por la herencia que sostenía su personalidad.

El heredero no podía aceptar por partes, si aceptaba una parte lo tenía que aceptar todo.

Al aceptar la herencia se daba como efecto que el heredero sustituía al de cujus en la vida civil, se hacía continuador de su persona y la masa hereditaria se confundía con el patrimonio del beneficiario, excepto los derechos que se extinguían con la propia personalidad

En nuestro Derecho Positivo encontramos los siguientes artículos sobre aceptación y repudiación de la herencia:

Artículo 2994.- Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

Artículo 2995.- La herencia dejada a los menores y demás incapacitados, será aceptada por sus representantes, quienes podrán repudiarla con autorización judicial, previa audiencia del ministerio público.

Artículo 2996.- La aceptación puede ser expresa o tácita: Es expresa la aceptación, si el heredero acepta con palabras terminantes en forma oral o escrita; y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar o aquéllos que no podría ejecutar sino en su calidad de heredero.

Artículo 2997.- Ninguno puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente.

Artículo 2998.- Si los herederos no se convinieren sobre la aceptación o repudiación, podrán aceptar unos y repudiar otros.

Artículo 2999.- Si el heredero fallece sin aceptar o repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus sucesores.

Artículo 3000.- Los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda.

Artículo 3001.- La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez o por medio de instrumento público otorgado ante notario.

Artículo 3002.- La repudiación no priva al que la hace, si no es heredero ejecutor, del derecho de reclamar los legados que se le hubieren dejado.

Artículo 3003.- El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Artículo 3004.- El que repudia el derecho de suceder por intestado sin tener noticia de su título testamentario, puede, en virtud de éste, aceptar la herencia.

Artículo 3005.- Ninguno puede renunciar la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que pueda tener a su herencia.

Artículo 3006.- Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquél de cuya herencia se trate, o decretada judicialmente su presunción de muerte.

Artículo 3007.- Conocida la muerte de aquél a quien se hereda, se puede renunciar la herencia dejada bajo condición, aunque ésta no se haya cumplido.

Artículo 3008.- Las personas jurídicas capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar herencias; pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de Instituciones de Beneficencia Privada, no pueden repudiar la

herencia; las primeras, sin aprobación judicial, previa audiencia del ministerio público; y las segundas, sin sujetarse a las disposiciones relativas de la ley que regula la asistencia social en el Estado.

Los establecimientos públicos no pueden aceptar ni repudiar herencias sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependa.

Artículo 3009.- Cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el juez fije al heredero un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

Artículo 3010.- La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables y no pueden ser impugnadas sino en el caso de darse vicios en la voluntad del aceptante o del repudiante.

Artículo 3011.- El heredero puede revocar la aceptación o la repudiación, cuando por un testamento desconocido al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia.

Artículo 3012.- En el caso del artículo anterior, si el heredero revoca la aceptación, devolverá todo lo que hubiere percibido de la herencia, observándose respecto de los frutos, las reglas relativas a los poseedores.

Artículo 3013.- Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden éstos pedir al juez que tramita la sucesión los autorice para aceptar en nombre de aquél.

Artículo 3014.- En el caso del artículo anterior, la aceptación sólo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos; pero si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá a quien llame la ley y en ningún caso al que hizo la renuncia.

Artículo 3015.- La repudiación podrá hacerse en cualquier momento hasta antes de aprobarse la adjudicación.

Artículo 3019.- La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.

3.6. La Voluntad testamentaria:

*La voluntad testamentaria es el elemento generador del testamento, dotándole de fuerza y eficacia con anterioridad a todo: la intención del testador es anterior y más relevante que la voz*³⁷.

La Novela 16 de Teodosio y Valentiniano, del año 439 dice: *ciertamente, lo propio del testamento es que contenga la simple voluntad del testador*³⁸.

Cabe mencionar la opinión de Justitniano quien decía que siempre se seguirían las huellas de la voluntad de los testadores.

Al estudiar la sucesión testamentaria, en las diferentes fuentes consultadas se hace referencia a los casos en los que la última voluntad del testador no se cumple porque tiene algún vicio o circunstancia que impide que se ejecute dicha voluntad.

Sobre este punto se ha estudiado la invalidez y la ineficacia de los testamentos.

Nulidad de los testamentos:

³⁷JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano, (Historia e Instituciones)*, 11ª edic. Ed. Ariel, Barcelona 1993, pág. 575.

³⁸ Ibid.

Para iniciar este tema es importante comentar que estoy de acuerdo con los autores que han estudiado este tema en que hay muchas confusiones respecto de la nulidad y esto se debe en gran medida a las diferentes denominaciones gramaticales que se han empleado en ella. Se habla de nulidad, inexistencia, validez, invalidez, eficacia e ineficacia, nulidad de derecho, nulidad de pleno derecho, nulidad relativa y anulabilidad.

El testamento se declara inválido cuando contiene algún vicio o defecto que hace que no produzca efectos jurídicos y por lo tanto no se pueda cumplir.

Algunos autores la llaman invalidez inicial.

Tipos de testamentos inválidos:

Testamento *Non Iure Factum*: es el testamento que se elaboró sin cumplir con las formalidades exigidas por la ley. Su defecto está en la forma.

Testamento *Imperfectum*: se califica así al testamento en donde el testador o el heredero carecen de la *Testamenti Factio*.

Testamento *Irritum Factum*: testamento afectado de invalidez porque después de su realización el autor pierde capacidad jurídica.

Testamento *Ruptum*: puede ser un testamento revocado por el testador. También puede ser el testamento que inicialmente era válido pero deja de serlo porque aparece algún heredero que no se tuvo en cuenta ni para heredar ni para desheredar.

Puede ser que un testamento válido se vuelva ineficaz cuando el heredero muere antes que el testador; por incumplimiento de una condición suspensiva; cuando la herencia no es aceptada. En este caso se habla de testamento *Desertum*.

I. Revocación:

En el Derecho Romano podemos decir que la única forma en que se podía transmitir la herencia era por medio del testamento, el cual contenía la última voluntad del testador, pero se podía revocar en caso de que el testador descubriera que el contenido de su testamento ya no correspondía a su voluntad. Entendemos por revocación el dejar sin efecto el testamento anteriormente elaborado. La revocación se podía hacer de tres maneras diferentes:

1. Por la confección de un nuevo testamento. Aquí el testamento anterior quedaba totalmente revocado.
2. Por la destrucción del documento, siempre que esa destrucción fuera intencionada, que el mismo testador lo rompiera.
3. Por la revocación formal en un acto solemne. Esto se hacía frente a testigos y a una autoridad, aquí se retractaba del documento. Esta forma se usaba cuando se quería pasar de la vía testamentaria a la legítima.

El Código Civil del Estado de Jalisco establece en un capítulo especial las bases para regular estas figuras, así encontramos que:

Artículo 2814.- Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos.

Artículo 2815.- Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes.

Artículo 2816.- El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede, podrá, luego que cese la violencia o disfrute de la libertad completa, invalidar el testamento otorgando uno nuevo.

Artículo 2817.- Es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

Artículo 2818.- Toda autoridad que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en el lugar donde se encuentre el segundo para asegurar el ejercicio de su derecho y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona, o personas que causen la violencia, los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho.

Artículo 2819.- Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.

Artículo 2820.- El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley.

Artículo 2821.- El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

Artículo 2822.- Son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren.

Artículo 2823.- La renuncia de la facultad de revocar el testamento se tendrá por no puesta.

Artículo 2824.- El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Artículo 2825.- La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados.

Artículo 2826.- El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista.

Artículo 2827.- Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto en lo relativo a los herederos y legatarios:

- I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;
- II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o el legado;
y
- III. Si renuncia a su derecho.

Artículo 2828.- La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocido, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos.

3.7. Institución de heredero:

Es indiscutible que la fuerza del testamento arranca de la designación de heredero, o sea el sucesor universal del difunto. En todo el derecho testamentario esta institución es central, ya que como testimonio de la voluntad del autor, éste escoge a la persona que lo va a suceder.

La institución de heredero es la cláusula o estipulación inserta en el testamento en la cual el testador atribuye a una o varias personas el título de heredero.

En esta institución se señalan varias solemnidades: La institución de heredero debía plasmarse al inicio del testamento (a la cabeza). Posteriormente se admitió que se incluyeran desheredaciones y nombres de tutores testamentarios. Ya en el Derecho Justiniano se establece que en el testamento se incluya la institución de heredero en cualquier lugar.

El testador tenía la posibilidad de nombrar uno o varios herederos. La institución de heredero podía sujetarse a condición suspensiva; lo que no estaba permitido era la condición resolutoria porque iba contra un principio *que decía que un heredero es siempre heredero*³⁹ y no podía haber una disposición que lo privara de esa calidad. Si por algo el testador incluía una cláusula de este tipo se tenía por no puesta.

En los orígenes no era necesario que el testador incluyera a los miembros de su familia como herederos, ya que contaba con plena libertad de elección para heredar o desheredar.

Esta libertad testamentaria iba en concordancia con la autoridad del *paterfamilias* y con el carácter individualista del pueblo romano

³⁹RICARDO PANERO GUTIÉRREZ: op. cit., pág. 752.

El antiguo Derecho Civil exigió al testador que quería desheredar, lo hiciera bajo ciertas reglas específicas.

La desheredación no siempre se debe considerar como un castigo, ya que una de las bases de fondo que el *paterfamilias* tenía para hacerlo era proteger el patrimonio, dejándolo bajo el control de una persona que era el heredero universal, evitando así el desequilibrio económico de los diferentes grupos familiares. Este heredero universal continuaba siendo la cabeza y el *paterfamilias* podía beneficiar a los otros miembros de la familia de diversas maneras.

Con el tiempo se vio la necesidad de proteger a los familiares más cercanos del *paterfamilias* y es así como surge la legítima que es una porción reservada de los bienes del testador que se asignará a la manutención de dichos familiares.

En México, en el Código de 1870 se disponía que el testamento otorgado legalmente era válido aunque no contara con la institución de heredero, aunque el que se hubiera nombrado no aceptara la herencia o fuera incapaz de heredar.

El Código de 1884, en materia de sucesiones marca algunas diferencias respecto del Código que le antecedió derogando las reglas que reconocían a los herederos forzosos así como aquellas que se referían al nombramiento de heredero y a la distribución del caudal en legados, hechos por persona que no tuviere hijos, ni descendientes legítimos o legitimados, naturales o espurios; a quienes sobrevivieren herederos; modificándose la regla relativa a la substitución del heredero forzoso.

Actualmente el Código Civil para el Estado de Jalisco contiene dos capítulos relativos a este tema: uno de la institución de heredero contemplado en los artículos 2709 a 2721 transcritos a continuación y el otro relativo a las substituciones del artículo 2802 a 2813.

Artículo 2709.- El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero o legatario, o aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Artículo 2710.- En los tres casos señalados en el artículo anterior, se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a las leyes.

Artículo 2711.- La designación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta.

Artículo 2712.- Los herederos instituidos en forma simultánea sin designación de la parte que a cada uno corresponda, heredarán por partes iguales.

Artículo 2713.- El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario.

Artículo 2714.- Aunque el testador nombre algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, como si dijera: "Instituyo por mis herederos a Pedro, a Pablo y a los hijos de Francisco", los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Artículo 2715.- Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene sólo de padre o sólo de madre, o de padre y madre, se dividirán la herencia como en el caso de intestado.

Artículo 2716.- Si el testador llama a la sucesión a cierta persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente.

Artículo 2717.- El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido; y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar.

Artículo 2718.- Aunque se haya omitido el nombre del heredero, si el testador le designare de modo que no pueda dudarse de quién se trata, valdrá la institución.

Artículo 2719.- El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, no vicia la institución, si de otro modo se supiere ciertamente cuál es la persona nombrada.

Artículo 2720.- Si entre varios individuos del mismo nombre y circunstancias no pudiere saberse a quién quiso designar el testador, ninguno será heredero.

Artículo 2721.- Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse, será nula; a menos que por algún evento puedan resultar ciertas

3.8. Substitución de heredero:

En las leyes romanas, específicamente en la Instituta exponen las fórmulas de las substituciones, que encontraron una triple clasificación legal: a) la vulgar o mutua; la pupilar y c) la *cuasi* pupilar o ejemplar.⁴⁰

Como vemos, siempre ha sido importante poder cumplir con la voluntad del testador o poder de alguna manera lograr que lo que está plasmado en el testamento se haga una realidad. Para poder lograr esto, la ley contemplaba las substituciones.

Se nombraba un heredero substituto para el caso de que el primero que se había instituido no llegara a heredar.

⁴⁰ JOSÉ MARIO MAGALLÓN IBARRA, op. cit., pág.72.

Eugene Petit explica que las substituciones son instituciones de segundo orden, subordinadas a una condición de una naturaleza especial.

1. Tipos de substituciones:

a) Vulgar:

Se nombraba un substituto previendo que el primero que se había nombrado no llegara a heredar.

b) Pupilar:

Se daba cuando se instituía como heredero a un hijo impúber, en este caso el padre también designaba un heredero de ese hijo para que si moría antes de llegar a la pubertad no muriera sin testamento.

c) *Cuasi* pupilar:

Se nombraba un substituto para un hijo loco, fuera púber o impúber que muriera sin hacer testamento porque nunca había tenido momentos de lucidez.

Actualmente la materia de substituciones está regulada en el Código Civil del Estado de Jalisco de los artículos 2802 a 2813 como veremos a continuación:

Artículo 2802.- Puede el testador designar una o más personas en calidad de sustitutos de los herederos o legatarios instituidos, para el caso de que mueran antes que él o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

Artículo 2803.- Quedan prohibidas las substituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se le revista.

Artículo 2804.- Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente.

Artículo 2805.- El sustituto del sustituto, faltando éste, lo es del heredero sustituido.

Artículo 2806.- Los sustitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirla los herederos; a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero.

Artículo 2807.- Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, la sustitución recibirá las mismas partes que en la institución correspondía al heredero sustituido, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Artículo 2808.- La nulidad de la sustitución fideicomisaria no importa la de la institución, ni la del legado, teniéndose únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Artículo 2809.- No se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deja la propiedad del todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra; a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo a un tercero.

Artículo 2810.- Puede el padre o la madre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a sus hijos, con la carga de transferirlos a su vez al hijo o hijos que tuvieren concebidos y viables hasta la muerte del testador, en cuyo caso al heredero o legatario se considerará como usufructuario.

Artículo 2811.- La disposición que autoriza el artículo anterior, será nula cuando la transmisión de los bienes deba hacerse a descendientes de ulteriores grados.

Artículo 2812.- Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero; o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

Artículo 2813.- La obligación que se impone al heredero de invertir ciertas cantidades en obras benéficas, como pensiones para estudiantes, para los pobres o para cualquier establecimiento de beneficencia, no está comprendida en la prohibición del artículo anterior.

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que la inscripción de éste no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo la autoridad correspondiente, y con audiencia de los interesados y del ministerio público.

Apertura del testamento:

Después de la muerte del testador se procedía a hacer la apertura del testamento. En la época de Augusto esta apertura se hace como acto público y se establece un impuesto del 5%. En los siguientes tres a cinco días de la muerte del testador se acudía al foro, la basílica o la oficina recaudadora del impuesto y se procedía a la apertura del testamento. En este acto estaban presentes: la autoridad pública, la mayor cantidad de testigos del otorgamiento

del testamento, porque eran ellos los que reconocían los sellos y las firmas; los posibles herederos y los allegados del testador. Una vez que se reconocía el testamento, se rompían los sellos y se leía. Después se copiaba y archivaba, levantándose un acta.

3.9 Sucesión Intestada y la Legítima:

A pesar de que la sucesión intestada no es el tema principal a tocar en esta tesis, considero que es necesario entender que surge como una limitación a la libertad absoluta que tenía una persona para realizar su testamento. Esta limitación va a recaer directamente en la voluntad del testador **y es la voluntad del testador el principio fundamental a tratar en esta tesis.**

La sucesión intestada o legítima en Roma, tiene lugar cuando el causante no otorgó testamento, o cuando lo otorgó pero no es válido, o las personas instituidas no llegan a ser herederos. En Roma, esta sucesión tenía como base el parentesco que unía a los miembros del grupo familiar. Este principio basado en el parentesco ha sufrido muchos cambios con el paso del tiempo.

Este tipo de sucesión fue modificándose; en el Derecho Primitivo, estando vigentes La Ley de las XII Tablas se basaba en el vínculo agnaticio (*parentesco por consanguinidad respecto de otro, cuando los dos descienden de un tronco común de varón en varón*⁴¹), después evolucionó y en el Derecho Pretoriano se reconoce la sucesión cognaticia (*parentesco basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural, no jurídico*⁴²).

La Legítima nace del Derecho Romano y es el resultado de un proceso de evolución en materia sucesoria en cuanto a las limitaciones de la libertad para testar. La Legítima tiene como finalidad defender los derechos de los herederos forzosos o necesarios que fueron dejados a un lado en el testamento. Esta legítima es una protección a los herederos.

⁴¹RAFAEL DE PINA op.cit., pág. 67.

⁴²Ibid., pág.162.

Posteriormente esta institución se reglamenta y vemos que los descendientes, los ascendientes, los hermanos de padre y madre y los hermanos paternos a quien el testador no deja la cuarta parte de lo que les correspondería por ley, pueden impugnar este testamento por medio de la *querella inofficiosi testamenti*.

Esta legítima es la cuota mínima que el testador debía respetar para esos herederos forzosos. Esta legítima consistía en un tercio de la herencia si había menos de cuatro herederos y en la mitad de la herencia si eran más.

En la antigüedad en las familias primitivas el poder radicaba en el paterfamilias, quien tenía que cuidar que el patrimonio y la unión familiar no se mermara, una manera de protegerla era por medio del heredero universal a través del testamento.

Con el tiempo este sentido de sucesión testamentaria primitiva fue cambiando; el testamento romano deja de ser un medio de transmitir la soberanía de grupo y adquiere un sentido totalmente patrimonial apareciendo así la legítima, como una reacción contra el testador cuando hace mal uso de su libertad dejando fuera del testamento a esos parientes o herederos cercanos.

La Ley de las XII Tablas fue un gran acontecimiento histórico, su creación se ubica en el 451 AC, en esta época los Decemviros hicieron diez tablas de leyes, las cuales se pusieron a consideración pública y fueron sancionadas por los Comicios Centuriados. Posteriormente se amplió y se hicieron dos tablas más, con lo que se acrecentó este cuerpo normativo.

Así vemos, que en la Tabla V se establece el Derecho Sucesorio y se reconocen los dos procesos que subsisten en nuestro Derecho Positivo, que son el Testamentario y el *Ab Intestato*.

En un punto de esta Tabla V encontramos un precepto que dice: lo que el difunto hubiera dispuesto en su testamento acerca de bienes y sobre la tutela de los suyos, sea tenido por Derecho.⁴³

Para poder hablar de testamento en nuestro país es necesario analizar lo que fue esta figura en el Derecho Romano.

En este derecho encontramos una serie de características singulares de ésta figura, que se registran en el derecho Sucesorio de Roma y que se sintetizan a continuación:

1° Una Institución de heredero para reemplazar la figura política y religiosa que ostentaba un paterfamilias.

2° Concreción de la herencia a los herederos testamentarios.

3° Necesidad de tener el *nomen iuris* para identificar al heredero *designatio*.

4° El heredero es responsable de las deudas contraídas por el causante pero hay subrogación (cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia).

5° No hay separación de bienes entre los que correspondían al *de cuius* con los del heredero, la herencia es una masa patrimonial única.

El Código Civil del Estado de Jalisco, también se ha ajustado a la tradición jurídica de la que formamos parte. Sin embargo en la actualidad, además de las disposiciones generales y de las reglas a las que se sujetan la sucesión de los descendientes; la de los ascendientes, la del cónyuge y los colaterales, también se incluyen la de los concubinos y la de la beneficencia pública.

⁴³ JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, op. cit., pág. 5.

En el Título IV se regula la sucesión legítima y en el capítulo de Disposiciones Generales se regula la apertura de la herencia legítima en los siguientes términos:

Artículo 2908.- La herencia legítima se abre cuando:

- I. No hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- II. El testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. No se cumpla la condición impuesta al heredero; y
- IV. El heredero muere antes que el testador, repudie la herencia o es incapaz de heredar, si no se le ha nombrado sustituto.

Artículo 2909.- Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las demás disposiciones hechas en él; y la sucesión legítima sólo comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituido.

Artículo 2910.- Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima.

Artículo 2911.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado, y la concubina o el concubinario; y
- II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

Artículo 2912.- El parentesco de afinidad no da derecho a heredar.

Artículo 2913.- Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo que concurren hijos con descendientes de ulterior grado o cuando concurren hermanos con sobrinos hijos de hermanos o medios hermanos.

Artículo 2914.- Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales.

3.10 Conclusiones al capítulo:

En todo lo anteriormente expuesto vemos que a través de la historia, en los diferentes países y comunidades del mundo, en tiempos de guerra, tiempos de paz, sin importar las clases sociales, el testamento ha sido un vehículo para exaltar el respeto a la voluntad del autor del mismo o testador; sin olvidar desde luego las características, requisitos y formalidades apuntadas en este trabajo.

Actualmente, como veremos en otros capítulos, existe una necesidad y esto a nivel mundial, de dar vida a una figura jurídica que pueda regular el ¿cómo quiero ser tratado cuando se presente el momento de mi muerte?; por ello va a ser necesario a mi punto de vista, modificar o reestructurar la figura de Testamento como lo conocemos actualmente, ya que gran parte de lo que se estudió en este capítulo no aplica a la figura que se propondrá más adelante, a manera de ilustración cabe mencionar la indignidad, repudiación, etc.

Esta nueva figura que sería un documento de voluntades anticipadas o Testamento Vital va a tomar vida o a surtir efectos en el momento en que se de la incapacidad del autor, marcando esto una notable diferencia con el testamento tradicional que hemos venido estudiando a lo largo de este capítulo, en donde los efectos se manifiestan con la muerte del testador.

CAPITULO CUARTO

SOLUCIONES DADAS POR OTROS PAÍSES RESPECTO A LA NECESIDAD DE CREAR UN DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS (TESTAMENTO VITAL).

4.1 Generalidades:

Si de algo tenemos certeza los seres humanos es que algún día moriremos y por lo tanto nuestra vida en la tierra concluirá, sin embargo aquí nos encontramos con que se nos da la oportunidad de elegir como será nuestra vida, pero no como queremos ser tratados en nuestra muerte.

Actualmente la tecnología y la medicina moderna pueden prolongar la vida mucho más allá de lo que naturalmente podría ser y por otro lado sabemos que el derecho del individuo a controlar su propia vida es uno de los derechos más cuidados y guardados por la ley.

Según la Liga española por Derechos Humanos todo individuo posee un valor que la hace digna, es un valor intrínseco. Para que este valor exista realmente, es necesario que se den ciertas condiciones de vida que nos van a permitir desarrollarnos, usar nuestra inteligencia y conciencia, y satisfacer nuestras necesidades espirituales. Estas condiciones se basan en esta creciente demanda que tiene la humanidad para gozar de una vida en donde esa dignidad sea protegida y respetada.²

En este capítulo se pretende abrir una ventana para tomar conciencia de la necesidad de regular un derecho que todos tenemos sobre nuestra vida. Así las cosas, vemos que esta necesidad está latente en el mundo en general y desde hace varios años diferentes países

² JOSE ALONSO RODRIGUEZ. *Los Derechos Humanos*, Disponible en, <http://www.ligaprodereshumanos.com>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

han dado respuestas a esto creando leyes que puedan regular el Testamento Vital o Documento de Voluntades Anticipadas.

Estos han sido definidos por varios estudiosos del tema, y la mayoría concuerdan en que el testamento vital es un documento que contiene indicaciones anticipadas que realiza una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde expresa las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Diferentes países del mundo han legislado sobre este tema, siendo Estados Unidos de Norteamérica el primero en aplicar estas directivas, como veremos a continuación:

4.2 Legislación Estadounidense:

1. Antecedentes:

En este país, a finales de los años sesenta un abogado de Chicago, realizó un documento en el que cualquier ciudadano podía manifestar su deseo de que se le dejara de aplicar tratamiento médico extraordinario en caso de tener una enfermedad Terminal.

En 1976, la Natural Death Act de California, acepta estas manifestaciones de voluntad sobre el final de la propia vida, unos años después, en 1991 la Patient Self-Determination Act autoriza que cada paciente exprese su voluntad acerca del tratamiento médico que desea o no recibir en el caso de que no pueda manifestarlo por él mismo.³

Respecto a las leyes que existen actualmente en Estados Unidos, me parece relevante documentar la diversidad que ha manejado este país en sus diferentes Estados, ya que mucho del sustento para este trabajo proviene de la legislación vigente en esta comunidad entre otros.

³Cfr. SILVIA MABEL SIVILA. *El Derecho de las personas al Testamento Vital y el respeto a su Autonomía*. Disponible en: http://www.bioetica.bioetica.org/mono27.htm#_Toc73684077. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Después de consultar diferentes fuentes para este inciso, me permito citar del trabajo de la Srita. Silvia Mabel Sivila lo siguiente:

Florida: lo regula la ley 1992 “cualquier adulto capaz puede, en cualquier momento, hacer testamento vital o declaración escrita disponiendo la provisión, rechazo o retiro de procedimientos de prolongación de la vida en caso de padecer una condición terminal. Un testamento vital debe ser firmado por el interesado en presencia de dos testigos firmantes, uno de los cuales no será ni el cónyuge ni un pariente consanguíneo del interesado. Si el interesado es físicamente inepto para firmar el testamento vital, uno de los testigos debe suscribirlo a nombre de aquel, en su presencia y bajo su dirección.” (art. 4)

Maryland: ley 1243 “Una directiva anticipada escrita debe ser fechada, firmada por o bajo la expresa dirección del declarante, y suscripta por dos testigos. I) Excepto lo dispuesto en los ítems II y III de este párrafo, cualquier individuo capaz puede servir como testigo para una directiva anticipada, incluyendo un empleado de una entidad sanitaria o un médico al cuidado del declarante, si actúa de buena fe. II) El apoderado para cuidados médicos del declarante no puede servir como testigo. III) Por lo menos uno de los testigos debe ser un individuo que no se sepa acreedor a ninguna porción del acervo hereditario del declarante, o a cualquier beneficio económico en razón de la muerte de éste.(....) Cualquier individuo capaz puede emitir una directiva anticipada oral para autorizar la provisión, rechazo o retiro de cualquier procedimiento de sostén de vida, o para designar un agente para tomar decisiones sanitarias por el declarante. Esta directiva habrá de tener los mismos efectos de la escrita, si es formulada en presencia del médico interviniente y un testigo, y documentada como parte de la ficha clínica del individuo. Tal documentación deberá ser fechada y firmada por el médico y testigo.” (Art. 5-602)

“Una directiva anticipada puede ser revocada en cualquier momento por el declarante mediante un escrito fechado y firmado, mediante la cancelación física o destrucción, mediante una manifestación oral a un profesional de la salud, o mediante la realización de una directiva subsecuente.”(Art. 5-604)

California: ley de 1976 (pionera en la materia). Estas declaraciones (en todo Estados Unidos) se pueden hacer a partir de los 18 años (mayoría de edad en aquel país). Al ser pionero en la materia hace que la ley de California sea la más restrictiva: esta requiere que hayan pasado dos semanas desde que le hubiese sido comunicado al emisor su estado terminal para que pueda otorgar el documento; limita su validez a cinco años, y prohíbe la firma a ruego. La cesación del soporte vital artificial no procede si se trata de una enferma encinta.

Montana: ley del Estado de 1985. “Cualquier adulto capaz puede formular una declaración vital, y la validez temporal del instrumento es ilimitada. Se acepta la firma a

ruego. Se castiga penalmente al médico que desoye la directiva anticipada de su paciente, y en caso de embarazo sólo se rechaza el retiro de aparatos si, de mantenerlos, pudiese salvarse la vida del feto.

Arkansas: pasaron de una ley original restrictiva a otra de tipo amplio. Su ley de 1977 se inspiró en la californiana de 1976. En 1987 la reformó. Instauró varias novedades, apoyadas por la Sociedad por el Derecho de Morir, fueron adoptadas por todas las legislaturas. Incluye pacientes en coma permanente junto a los terminales; el derecho conferido a los representantes de los menores para emitir directivas anticipadas en nombre de éstos, y el aceptar la inclusión del poder perdurable dentro del testamento vital.

A mediados de 1993 eran 17 los Estados norteamericanos que habían legislado las Do Not Resuscitate (directivas anticipadas de no resucitar), por ejemplo las mencionadas Florida, California, Maryland y Illinois, Massachussets, Nueva York, entre otros.⁴

2.- Living Will (Mi Derecho de Vida):

Estados Unidos de Norteamérica ha sido pionero en el tema de las voluntades anticipadas y existen diferentes tipos de documentos que pueden ser firmados por los interesados, entre otros encontramos los “Living Will” de los cuales a manera de ejemplo transcribo de entre varios el siguiente:

My Living Will

I want my family and doctors to know that, if I have a terminal condition and there is no real chance I will recover, no matter what is done, I want aggressive medical treatment stopped. I want to die naturally. Give me only those medicines and treatments that will make me comfortable and pain free. I want cleanliness, privacy, and peace in my final hours. Furthermore,

I want to be offered real food and water that I can eat and drink if I am hungry or thirsty. If I am unable to eat or drink, I do ___/I do not ___ want a tube placed in my veins, nose, or throat or surgically placed in my stomach to give me artificial food and fluids.

I do ___/I do not ___ want to be an organ/tissue donor after I die. If I am an organ donor, artificial support may be maintained long enough for organs to be removed.

⁴ SILVIA MABEL SIVILA, op.cit.

*This Living Will is my own free decision. I accept full responsibility for the consequences of refusing medical care under these circumstances. I know I can change my mind at any time, but, if I dont, my doctors and family must honor **it**.*

Date: _____

Signed: _____

Printed name:

Witnesses Statement:

*We believe the adult who signed this Living Will is mentally competent, understands what **it** means, and signed **it** freely. We are not family, and we wont benefit financially from his/her death. We are not this persons doctor or employees of the doctor, hospital, or other health care facility.*

Date: _____

Witness: _____

*Witness:*⁵ _____

A continuación procederé a traducirlo:

Mi derecho de vida

Quiero que mi familia y los doctores sepan esto, si yo tengo una enfermedad terminal, y no hay forma de que me recupere, no importa lo que se haga, quiero que los tratamientos médicos agresivos se acaben. Quiero morir naturalmente. Denme solamente esas medicinas y tratamientos que me hagan sentir cómodamente y sin dolor. Quiero limpieza, privacidad, y paz en mis horas finales., aparte de todo,

Quiero que me ofrezcan agua y comida natural, que pueda comer y beber cuando este sediento o hambriento. Si no puedo ni tomar ni beber, acepto____/no acepto____ un tubo puesto en mis venas, nariz, o garganta o quirúrgicamente puesto en mi estómago para que se me pueda proporcionar comida y fluidos artificiales.

Acepto____/no acepto____ ser un donador de órganos o de tejido cuando me muera. Si soy un donador de órganos, la ayuda artificial puede ser mantenida el tiempo necesario para que los órganos sean removidos.

⁵ Cfr. <http://www.uslivingwillregistry.com/forms.shtml>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Este derecho de vida es mi decisión. Acepto la completa responsabilidad por las consecuencias de rehusarme a los tratamientos médicos bajo estas circunstancias. Se que puedo cambiar de idea en cualquier momento, pero si no, mi familia y doctores deben respetarlo.

Fecha: _____

Firma: _____

Nombre: _____

Afirmación de los testigos:

Nosotros creemos que el adulto que firmó este Derecho de Vida esta mentalmente competente, entiende lo que significa, y lo firmó libremente. NO somos familia, y no nos beneficiamos económicamente por su muerte. NO somos doctores, ni empelados de los doctores, hospitales, u otra dependencia para enfermos.

Fecha: _____

Testigo: _____

Testigo: _____

4.3 Legislación Canadiense:

Al Igual que en varios países de Europa, así como Estados Unidos , Canadá no se ha quedado atrás en cuanto a la necesidad de crear leyes que regulen los Documentos de Voluntades Anticipadas o “Personal Directives Act” como los llaman en este país.

Estas figuras jurídicas son escritas y contendrán instrucciones específicas acerca del nivel de tratamiento médico que se desea en caso de no poder expresar verbalmente su deseo .En este documento se da la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento médico desproporcionado.

No en toda la Nación se ha legislado sobre este tema, aunque no se encontró nada que prohíba que se realicen este tipo de documentos. Así las cosas, vemos que en dos Estados hay leyes que contemplan estas figuras jurídicas, uno es British Columbia, y el otro, Alberta.

1.- British Columbia:

En esta región este documento recibe el nombre de Representation Agreement Act (que traducido sería Acto de Representación Acordado), y la ley que lo regula surte sus efectos a partir del año 2000.

Con este tipo de documento se contempla la posibilidad de designar a una persona para que realice o tome decisiones de tipo financiero, legal, de salud o de cuidado personal, si es que la persona interesada no puede hacerlo.

El Gobierno de British Columbia a través del Public Guardian and Trustee ofrece a sus habitantes este tipo de documentos a través de la oficinas que tienen en todo el Estado o por medio de una página web en donde aparecen los requisitos para elaborar un documento como este, así como la asesoría y enseñanza personal para lograr con esto que la voluntad de la persona quede efectivamente registrada y no haya dudas en el momento de tener que hacer uso del documento en cuestión.

Este documento surte sus efectos siempre y cuando esté registrado y se cumpla con los requisitos establecidos. Sin embargo, puede darse como excepción el caso en que la autoridad intervenga ejerciendo un poder incluso antes de que sea registrado, si es necesario proteger los intereses del paciente.⁶

2.- Alberta:

En este Estado canadiense se encuentra regulado el Personal Directive Act (Acto Directivo Personal) desde 1997.

El Gobierno de Alberta está comprometido con sus habitantes a darles el soporte necesario a través de personal capacitado para instruirlos en todo lo referente a la elaboración y entendimiento de este documento así como los requisitos que deba contener.

⁶ Cfr. <http://www.cbc.ca/news/background/wills>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

¿Por qué necesitan de esta legislación?

The Provincial Health Ethics canadiense afirma que los habitantes de Alberta quieren ser capaces de designar quien tomará decisiones por ellos y que decisiones se tomarán en el caso de que se encuentren incapacitados para hacerlo.

Con este acto se respeta la autonomía y les da a los individuos la oportunidad de extender su derecho de autodeterminación sobre sus asuntos personales ante la posibilidad de una incapacidad que no le permita tomar decisiones.⁷

Por medio de esta ley y ante la posibilidad de caer en incapacidad, los individuos pueden anticiparse tomando decisiones y dejando instrucciones acerca de cómo quieren que se resuelvan sus asuntos personales como los concernientes a su salud entre otros.

En esta ley también se contempla la posibilidad de nombrar uno o varios representantes para realizar sus instrucciones.

Están capacitados para hacer un documento de este tipo los adultos mayores de 18 años que entienden el efecto de este documento, puede hacerse con o sin ayuda de un abogado. Debe ser escrito y estar fechado y firmado por un testigo que lo hará en presencia del interesado y ese testigo no será el agente, el esposo (a) o el agente del esposo (a). Serán válidos los documentos firmados a partir del 1º de Dic. De 1997.

Estos documentos se pueden obtener en forma gratuita en cualquier oficina de la Guardia Pública del Gobierno de Alberta o también a través de una página web diseñada para tal fin.

Las instrucciones que se dejen en este documento deben ser legales, ya que las ilegales como instrucciones de eutanasia o suicidio asistido no tendrán validez.

⁷ Cfr. ALBERTA GOVERNMENT, dirección, <http://www.qp.gov.ab.ca/Documents/acts/P06.CFM>. Segunda consulta, 12 de Abril de 2007.

Toda instrucción debe ser clara para que no haya lugar a diversas interpretaciones y estará basada en las instrucciones, deseos y valores del firmante. Este documento no debe contener asuntos financieros y sugieren dar aviso al doctor o al profesional más cercano a la persona y lo ideal es que porte una copia.

Es de notar que la legislación sugiere un proceso muy simple para la realización de este documento y seguramente cada vez más personas acudirán a elaborar uno.

Especialmente en Alberta es de suma importancia el elaborar documentos como este, ya que la Ley en este Estado no confiere automáticamente autoridad legal a los esposos (as) u otras personas a tomar decisiones en su nombre.⁸

4.4. Legislación Española:

En España encontramos una gran riqueza de proyectos y leyes referentes a este tema. En este país, desde hace algunos años ha existido el debate sobre el derecho a morir dignamente y sobre la autonomía de los pacientes para poder decidir en situaciones límite, como lo dice la ley Andaluza en la exposición de motivos que da a luz a la Ley de Voluntad Vital Anticipada, sobre si se les aplican o no tratamientos de soporte vital.⁹

En Europa en general ha habido foros abiertos para debatir acerca de la posibilidad de dictar leyes en este sentido, incluso en algunos países se ha llegado a despenalizar la eutanasia activa.

En la exposición de motivos de la Ley Andaluza de declaración vital anticipada dice que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor en el Estado Español el 1 de enero de 2000,

⁸ Cfr. <http://www.justice.gov.ab.ca/initiatives/default.aspx?id=4066>. Segunda consulta. 12 de Abril de 2007.

⁹ Cfr. LEY 5/ 2003, DE 9 DE OCTUBRE, DE DECLARACION DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA. Disponible en: www.eutanasia.ws/textos/leyandalucia.rtf. . Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

contempla claramente en su articulado la posibilidad de que cualquier persona exprese sus deseos con anterioridad a una intervención médica, en el caso de que, llegado el momento, no se encuentre en situación de manifestar su voluntad.¹⁰

A raíz de esto, el Parlamento Español pide que se garantice a los ciudadanos su derecho a decidir que tratamientos médicos y bajo que condiciones se aplicarían si es que se encuentra impedido para ejercer su autonomía personal.

El objetivo de esta Ley es respetar el derecho de autonomía personal que tienen los pacientes mediante el Testamento Vital o Declaración de Voluntad anticipada.

Esta ley, en sus diferentes artículos contempla la posibilidad de dejar instrucciones respecto a si se desean donar órganos; habla de la capacidad para poder elaborar dicho documento, así como su registro en una institución diseñada para tal fin. Se busca también que haya eficacia y seguridad contemplando así la revocación de la misma.

En definitiva, esta Ley viene a llenar una laguna para mejorar la atención sanitaria a los ciudadanos en Andalucía, con el máximo respeto a sus libertades, y viene también a dotar de instrumentos seguros a los profesionales sanitarios que se enfrentan a situaciones clínicas extremas, objetivos que, sin duda ninguna, contribuirán al bienestar general, al respeto a las libertades personales ya construir una sociedad más justa y solidaria.¹¹

Considero que esta ley es muy importante como fruto de debates y proyectos anteriores, muchos de los cuales sólo quedaron en el papel o en la mesa de las Cámaras respectivas en los diferentes países.

En España encontramos varias Provincias con leyes similares sin embargo encuentro en la Ley Andaluza la más rica en contenido y considero que abarca muchos

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. Exposición de Motivos.

puntos que otras no han incluido o han decidido omitir. A continuación transcribiré la ley de la que he venido hablando en este inciso.

Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene por objeto regular, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la declaración de voluntad vital anticipada, como cauce del ejercicio por la persona de su derecho a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de capacidad para consentir por sí misma.

Artículo 2. Concepto de declaración de voluntad vital anticipada.

A los efectos de esta Ley, se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

Artículo 3. Contenido de la declaración.

En la declaración de voluntad vital anticipada, su autor podrá manifestar:

1. Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria.

2. La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que éste proceda.

3. Su decisión respecto de la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, en el supuesto que se produzca el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia.

Artículo 4. Capacidad para otorgar la declaración.

1. La declaración de voluntad vital anticipada podrá ser emitida por un mayor de edad o un menor emancipado.

2. Los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

Artículo 5. Requisitos de la declaración.

1. Para que la declaración de voluntad vital anticipada sea considerada válidamente emitida, además de la capacidad exigida al autor, se requiere que conste por escrito, con la identificación del autor, su firma, así como fecha y lugar del otorgamiento, y que se inscriba en el Registro, previsto en el artículo 9 de esta Ley. Si no supiere o no pudiere firmar, firmará por él un testigo a su ruego, debiendo constar la identificación del mismo, expresándose el motivo que impide la firma por el autor.

2. En el supuesto previsto en el artículo 3, apartado 2, se requiere que el representante esté plenamente identificado y que, además, haya expresado su aceptación a serlo. En todo caso, esta persona deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad.

Artículo 6. Verificación de la capacidad y requisitos formales de la declaración.

Por funcionarios dependientes de la Consejería de Salud responsables del Registro, se procederá a la constatación de la personalidad y capacidad del autor, así como a la verificación de los requisitos formales determinantes de la validez de la declaración, previstos en los artículos 4 y 5 de la presente Ley.

Artículo 7. Eficacia de la declaración.

La declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita en el Registro previsto en el artículo 9 de esta Ley, será eficaz, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, cuando sobrevengan las situaciones previstas en ella y en tanto se mantengan las mismas. Dicha declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria.

Artículo 8. Revocación de la declaración.

1. La declaración de voluntad vital anticipada podrá ser modificada por su autor en cualquier momento y cumpliendo los requisitos exigidos para su otorgamiento. El otorgamiento de una nueva declaración de voluntad vital anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente.

2. Si una persona ha otorgado una declaración de voluntad vital anticipada y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquella, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad.

3. Si el representante previsto en el artículo 3, apartado 2, revocase su aceptación ante el Registro, este organismo comunicará al interesado que ha quedado sin efecto la designación inicial para que conozca esta circunstancia y pueda designar nuevo representante, si lo desea.

Artículo 9. Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

1. Se crea el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud, para la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de

voluntad vital anticipada emitidas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Reglamentariamente, se determinará la organización y funcionamiento del citado Registro, asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales, con el objetivo de dotar de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los centros sanitarios.

2. Cuando se preste atención sanitaria a una persona, que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, en los términos previstos en el artículo 2 de esta Ley, los profesionales sanitarios responsables del proceso consultarán si existe en el Registro constancia del otorgamiento de voluntad vital anticipada y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella.

Disposición adicional única. Modificación del artículo 6, apartado 1, letra ñ, de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Se modifica el artículo 6, apartado 1, letra ñ, de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que tendrá la siguiente redacción:

“ñ) A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense .A tal efecto será preciso el previo consentimiento escrito del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
2. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada.

3. Cuando no estando capacitado para tomar decisiones y no haya emitido declaración de voluntad vital anticipada, el derecho corresponderá a sus familiares, representantes legales o personas allegadas ,y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial.

4. Cuando exista peligro inminente de lesión grave irreversible o de fallecimiento que exija una actuación urgente, salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa”.¹²

Por otro lado La Asociación Derecho a Morir Dignamente hace una reseña de la situación que guarda el Testamento Vital en España y encontramos registradas aproximadamente trece Autonomías en donde ya tienen una ley que da la posibilidad de hacer un documento de voluntades anticipadas, las cuales serán citadas a continuación:

Estatal. (Ley 41/2002 de 14 noviembre-2002).

[Madrid, \(Ley 3/2005 de 23 de Mayo de 2005\)](#)

[Andalucía, \(Ley 5/2003 de 9-octubre-2003\)](#)

[Castilla y León, \(Ley 8/2003 de 8-abril-2003\)](#)

[Balears, \(Ley 5/2003 de 4-abril-2003\)](#)

[Valencia, \(Ley 1/2003 de 28-enero-2003\)](#)

[País Vasco, \(Ley 7/2002 de 12-diciembre-2002\)](#)

[Cantabria, \(Ley 7/2002 de 10-diciembre-2002\)](#)

Extremadura, (Ley 10/2001 de 28 de junio- 2001).¹³

Galicia, (Ley 3/2001 de 28 mayo-2001)

Cataluña, (Ley 21/2000 de 29 diciembre-2000).

En todas estas leyes encontramos como común denominador el deseo del legislador de respetar el derecho que tiene cada persona a expresar anticipadamente su voluntad

¹² Cfr. *LEY 5/2003, DE 9 DE OCTUBRE, DE DECLARACION DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA.*

Disponible en: www.eutanasia.ws/textos/leyandalucia.rtf. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

¹³ Cfr. <http://www.eutanasia.ws/dmdTVEspana.html>. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

respecto a las decisiones clínicas que le atañen, en el supuesto de que llegado el momento no goce de capacidad para decidir por sí misma.

Como ejemplo de Testamento Vital Español, transcribo el propuesto por la Provincia de Extremadura, a saber:

TESTAMENTO VITAL O DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

En virtud del artículo nº 11, punto 5, de la ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (DOE, nº 76, de 3 de julio de 2001) en el que se promulgan los derechos de los ciudadanos extremeños con respecto a su sistema sanitario público, y más concretamente en lo legislado en relación con el derecho a la expresión anticipada de voluntades,

Yo,.....

.....

Mayor de edad, con domicilio en....., C/.....DNI,nº.....

.....

Con plena capacidad de obrar, tras prolongada reflexión y actuando libremente, realizo de forma documental la siguiente expresión de:

VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Designo mi representante a

D.....

Con domicilio en....., C/.....

.....DNI,nº.....

.....

Para la interpretación que pudiera ser necesaria, así como la aplicación estricta de este Documento. El mismo, deberá ser considerado como interlocutor válido y necesario para el facultativo responsable de mi asistencia y como garantizador de mi voluntad expresada en el presente documento. En caso de renuncia, indisponibilidad o fallecimiento de mi representante, designo como sustituto a:

D.....

.....

con domicilio en.....C/.....

.....,
nº.....

DNI,

DECLARO

Si en un futuro no puedo tomar decisiones sobre mí cuidado médico como consecuencia de mi deterioro físico y/o mental por alguna de las situaciones que se indican a continuación:

- *Cáncer diseminado en fase avanzada (tumor maligno con metástasis).*
- *Daño cerebral severo e irreversible.*
- *Demencia severa debida a cualquier causa (Alzheimer y otros).*
- *Daños encefálicos severos (coma irreversible, estado vegetativo persistente y prolongado).*
- *Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular, en fase avanzada, con importante limitación de mi movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento (esclerosis múltiple).*
- *Enfermedad inmunodeficiente en fase avanzada (SIDA).*
- *Enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores.*

Otras

*(especificar)*_____

Y si a juicio del personal médico que entonces me atienda (siendo uno de ellos un especialista de la patología de que se trate) no hay expectativas de recuperación sin que se produzcan secuelas que impidan una vida digna según yo la entiendo, mi voluntad es que no sean aplicadas, o que se retiren si ya han sido comenzadas a aplicarse, todas aquellas medidas de soporte vital o cualquier otra que intente prolongar mi supervivencia.

Deseo por otra parte que se instauren las medidas que sean necesarias para el control de cualquier síntoma que pueda causarme dolor, padecimiento, angustia o malestar aunque eso pueda acortar mi expectativa de vida o incluso poner fin a la misma.

En el caso de que el o los profesionales sanitarios que me atiendan aleguen motivos de conciencia para no actuar de acuerdo con mi voluntad aquí expresada, solicito ser atendido por otros profesionales que estén dispuestos a respetarla.

Lugar _____ *y*

fecha.....

Firma _____ *del*

otorgante.....

Firma del
representante.....
Firma del representante
sustituto.....

En el caso de que el presente documento se otorgue ante testigos (mayores de edad, con plena capacidad de obrar, sin relación de parentesco hasta el segundo grado y sin vínculos de relación patrimonial alguna con el otorgante) y no ante notario:

Firma Primer
testigo.....DNI,nº.....
Firma Segundo
testigo.....DNI,nº.....
Firma Tercer
testigo.....DNI,nº.....
Firma.....

Una copia del presente documento será incluida en mi Historia Clínica y otra quedara en poder de cada uno de mis representantes.

4.5 Conferencia Episcopal Española:

El 23 de Marzo del 2002, en un congreso médico, El Papa Juan Pablo II expresó su alegría por la creciente cantidad de recursos técnicos y farmacológicos, que permiten descubrir enfermedades y su cura con más rapidez y eficacia, exhortándolos a seguir avanzando en ese camino, pero sin olvidar que el hombre es un ser limitado y mortal, definiendo la postura de la Iglesia Católica como sigue:

“Por tanto, es preciso acercarse al enfermo con un sano realismo, evitando crear en el que sufre el espejismo de que la medicina es omnipotente. Hay límites que son humanamente insuperables; en estos casos, es necesario saber acoger con serenidad la propia condición humana, que el creyente sabe leer a la luz de la voluntad divina. Esta se manifiesta también en la muerte, meta natural del curso de la vida en la tierra. Educar a la gente para que la acepte serenamente forma parte de vuestra misión. La complejidad del ser humano exige además que, al proporcionarle los cuidados necesarios, no sólo se tenga en cuenta el cuerpo, sino también el espíritu. Sería presuntuoso contar entonces únicamente con la técnica. Desde este punto de vista, un ensañamiento terapéutico exasperado, incluso con la mejor intención, en definitiva no sólo sería inútil, sino que no respetaría plenamente al enfermo que ya ha llegado a un estadio terminal. El concepto de salud, tan querido para el pensamiento cristiano, contrasta con una visión que la reduzca a puro equilibrio psíquico-físico. Esta visión, descuidando las dimensiones espirituales de la persona, terminaría por perjudicar su verdadero bien. Para el creyente, como escribí en el Mensaje para la VIII Jornada mundial del enfermo, la salud "se presenta como aspiración

a una armonía más plena y a un sano equilibrio físico, psíquico, espiritual y social" (n. 13: L'Osservatore Romano, edición en lengua española, 20 de agosto de 1999, p. 5). Jesús, en su enseñanza y testimonio, se mostró muy sensible a los sufrimientos humanos. Con su ayuda, también nosotros debemos esforzarnos por estar junto a los hombres de hoy para asistirlos y, si es posible, curarlos, sin olvidar jamás las exigencias de su espíritu.¹⁴

Como aquí vemos la Iglesia Católica no rechaza la interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados que se van a obtener, ya que con esto se rechaza el ‘encarnizamiento terapéutico. Con esto se acepta el curso natural de la muerte. Las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no por los que tienen derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente.

La conferencia Episcopal Española en Diciembre del año 2000 propone un modelo de testamento Vital, en donde la persona que lo firma hace manifiesta su voluntad de no ser sometido a “ensañamiento terapéutico” con tratamientos desproporcionados.

Testamento vital (modelo propuesto por la Conferencia Episcopal Española)

A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios.

Por ello, yo, el que suscribe..... pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni que se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso

¹⁴ SILVIA MABEL SIVILA. Op.cit.

de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos.

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana.

Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración.

Firma:.....

.....

Fecha¹⁵

.....

4.6 Legislación Francesa:

En el mes de abril del año 2005, el Parlamento Francés decide aprobar una ley sobre el “fin de la vida” o derecho a “dejar morir.” En esta ley se reconoce un derecho que tiene el paciente terminal para poder rechazar un tratamiento que se considera ya inútil y darle un cauce natural a la muerte. Debo hacer notar que con esta ley no se legaliza la eutanasia, siendo el principal soporte de la misma las siguientes premisas:

1.- Se abre una posibilidad para que un paciente pueda rechazar el “encarnizamiento terapéutico” o tratamientos que se consideren inútiles o desproporcionados, que lo único que hacen es mantener la vida de manera artificial, en este caso se puede dar la posibilidad de suspenderlos o no iniciarlos.

2.- Esta ley también otorga el derecho a los pacientes terminales de limitar o en su caso de detener todo tratamiento, pero siempre y cuando su médico le haya aclarado todas las consecuencias que pueden surgir por su decisión.

¹⁵ Cfr. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, dirección, www.conferenciaepiscopal.es/servicios/testamento_vital.htm. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

En resumen y tratándose de Disposiciones Anticipadas, la Ley de Francia permite:

1) Se admite la validez de un documento en el que el paciente haya manifestado sus disposiciones para el caso que no esté en condiciones de manifestar su voluntad. Son revocables en todo momento y deben haber sido redactadas menos de tres años antes. “El médico las tendrá en cuenta para toda decisión”.¹⁶

2) Entre otros puntos esta ley también contempla la posibilidad de que los doctores traten con el dolor de las personas terminales, utilizando tratamientos que como efecto secundario puedan acortar la vida que le queda al paciente, siempre y cuando lo consulten con la persona o con sus familiares.

3) Otro punto que se toca en esta ley francesa es el caso del enfermo inconsciente. Cuando se da este caso y el enfermo terminal está inconsciente, la decisión de interrumpir el tratamiento se puede obtener de tres maneras a saber: a) por un procedimiento colegial; b) por consultar a las familias; o c) por el documento de directivas anticipadas que se haya firmado.¹⁷

4.7. Dinamarca:

En la Ley de Octubre de 1992 reguló el derecho al Testamento vital y también creó un registro con un archivo informático central de Testamentos Vitales que todo médico tiene obligación de consultar cuando un paciente que entre en una situación terminal y no esté en condiciones de ejercer su derecho de autodecisión. Si el médico no cumple con esta disposición, será sancionado.

De acuerdo con la opinión de la Dra. Ingrid Brena, esta ley es considerada como uno de los mejores y más eficaces modelos actuales en Europa.

¹⁶ Cfr. BIOETICAWEB, dirección: www.bioeticaweb.com/content/view/1273/49. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

¹⁷ Ibid.

4.8. Iniciativas de Ley en Latinoamérica:

En América Latina no encontramos la diversidad de leyes, revisiones o propuestas que se manejan en países como Estados Unidos, Canadá o España, sino por el contrario, es notoria una clara ausencia de directivas en este sentido.

Aún así, vemos que existe la necesidad al igual que en otras partes del mundo de crear documentos en donde el hombre pueda manifestar su voluntad respecto a los tratamientos a los que acepta o no ser sometido si es que un día padece una enfermedad terminal, o se encuentra en un estado de incapacidad que no le permita expresarse.

En las fuentes consultadas se encuentran trabajos de diversos autores que tienen la inquietud y se preguntan: ¿por qué en nuestros países Latinoamericanos todavía no existen iniciativas de ley y mucho menos legislación vigente sobre un tema por demás actual? no obstante encontramos que en Argentina se presentaron dos iniciativas recientes, del año 2003; propuestas por la provincia de Córdoba a saber:

Ante la Legislatura de Córdoba y en la Cámara de Diputados de la Nación.

El Diputado Martín Luque, a quien pertenece esta iniciativa, plantea ante la Legislatura de Córdoba la posibilidad de que los mayores de edad en pleno goce de sus facultades mentales, puedan manifestar anticipadamente los tratamientos a los que no quieren ser sometidos en caso de que un día padezcan de una enfermedad Terminal o se encuentran en estado vegetativo persistente y no puede expresarse (Art.3).

A continuación me permito transcribir el artículo 4 de la iniciativa en comento, ya que nos muestra claramente el espíritu de las iniciativas presentadas en Córdoba, así como sus posturas:

Se entiende como terminal a la enfermedad que, “según el juicio médico, provocará la muerte del paciente dentro de un término no mayor de seis meses”; y como estado

vegetativo persistente al “estado de inconsciencia en el cual no exista ninguna función cortical o cognitiva del cerebro, ni posibilidad de recuperación, de acuerdo a los estándares médicos establecidos”.

El documento deberá ser depositado en “el Registro de Voluntades Anticipadas dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba” (Art. 2). En él, además de los instructivos médicos, se podrá hacer profesión de Fe o manifestar, por ejemplo, el deseo de permanecer hasta el final con la familia.

Entre los aspectos positivos del proyecto podemos mencionar que no está permitido rechazar los cuidados paliativos ni los medios “ordinarios” –alimento e hidratación- (Art. 17), sólo los tratamientos “desproporcionados” o “extraordinarios”. Convengamos que la omisión de los medios ordinarios por voluntad del paciente o decisión de un tercero, constituiría eutanasia y que, al mismo tiempo, nadie está moralmente obligado a aceptar terapias arriesgadas o extraordinarias.

También es valorable que se contemple que si el enfermo terminal fuera una mujer embarazada, la declaración de voluntad anticipada quedará inoperante hasta terminado el embarazo (Art. 18). Cláusula necesaria para salvaguardar la vida del niño por nacer.

Si bien el articulado del proyecto no motiva mayores objeciones y tiene una muy cuidada redacción -con aspectos positivos como los destacados-, cabe preguntarse ahora, si es necesario o conveniente legislar en la materia.

En nuestro país (Argentina) son infrecuentes los “encarnizamientos terapéuticos”, por el contrario, la crisis económica provoca, en ocasiones, apresuramientos. Tampoco se está obligado a morir en el aislamiento de una sala de terapia intensiva, la familia puede hacerse cargo del enfermo y, bajo su responsabilidad, retirarlo. Razones por lo que esta ley sería, al menos, superflua.

Por otra parte, el médico, al decidir el tratamiento a aplicar al enfermo terminal, debe guiarse por cuestiones prudenciales y éstas dependen de circunstancias que no son anticipables.

En sus fundamentos, además, el proyecto dice: “Esta ley atiende al reclamo del derecho a la intimidad y al reconocimiento de la autonomía de la voluntad del individuo”. Si la voluntad del individuo fuera realmente autónoma, si no tuviera límites ¿porqué no aceptar después la eutanasia?

En síntesis, si bien el proyecto parece tener buenas intenciones y dista de la eutanasia, con la que ha sido equiparada –ligera y equivocadamente- por algunos medios de prensa, es de temer que se termine convirtiendo en su antesala.

En la Cámara de Diputados de la Nación

El proyecto nacional sobre el “testamento vital” fue presentado por la diputada Lucrecia Monteagudo, lleva el número de Expediente 2298-D-03 y es mucho menos respetuoso de la dignidad de la persona que el anterior.

En este caso no se abrirá registro de voluntades anticipadas. El paciente optará por el tratamiento durante el transcurso de su enfermedad y su decisión se asentará en la historia clínica. En caso de estar imposibilitado, la decisión la podrá tomar “quien acredite la representación legal” del enfermo. Se podrán rechazar los tratamientos que se juzguen “extraordinarios y desproporcionados a las perspectivas de mejoría” y los que se estimen “vejatorios de creencias religiosas, sociales o culturales” (Art. 1º). Independientemente de esto, los médicos deberán aplicar tratamientos de carácter paliativo y las medidas adecuadas y disponibles para mantener con vida al enfermo (Art. 5º).

Este proyecto no contempla un mínimo de edad para realizar el “testamento vital”, ni hace excepciones para mujeres embarazadas.

Con mucho más énfasis que el proyecto cordobés menciona la “autonomía del sujeto”, la “libertad de su elección” y sus “decisiones personales auto-referentes”, fundamentos que bastarían para justificar muchos de los errores en boga.¹⁸

4.9. Conclusiones al capítulo:

A pesar de ser pocos los países del mundo con legislación vigente en el tema de Testamento Vital, vemos que la tendencia se mantiene a “la alza”, sobre todo en países Europeos, en donde cada vez más se están presentando proyectos, iniciativas y foros de debate para gestar leyes que regulen esta necesidad que tenemos todos los seres humanos capaces en su momento de establecer directrices en torno a que tipo de tratamiento médico queremos ser o no ser sometidos si es que cayéremos en el supuesto de una incapacidad que nos impida manifestar nuestra voluntad en un momento determinado. Sé que todavía falta mucho por hacer a este respecto, pero es sorprendente la velocidad con la que el Testamento Vital está tomando lugar en las legislaciones vigentes de muchos países.

En América Latina es palpable el atraso que existe al respecto, ya que es muy poco lo que se ha debatido sobre la posibilidad de adoptar legalmente al testamento Vital, no encontramos información de foros de debate, iniciativas de ley y mucho menos legislación vigente, pero a pesar de esto hoy por hoy las necesidades humanas parece que también se están globalizando y seguramente muy pronto veremos el Testamento Vital regulado y siendo una realidad del derecho Positivo de otro cúmulo de países de Latinoamérica.

¹⁸ Cfr. JUAN C. SANAHUJA, *Testamento vital ¿antesala de la eutanasia?*, NOTIVIDA, Año III, n° 182, 31 de octubre de 2003, dirección, http://www.notivida.com.ar/boletines/182_TESTAMENTO_VITAL.html. Segunda consulta, 12 de abril de 2007.

CAPITULO QUINTO

PROPUESTA DE TESTAMENTO VITAL.

5.1 Exposición de Motivos.

Los grandes avances científicos de los últimos tiempos en el campo de la medicina, que tienen aplicación directa en la vida del hombre nos dejan ver los grandes beneficios que han aportado en el área de la salud en nuestro país. A manera de ejemplo podemos hablar de la erradicación de enfermedades que en otros tiempos provocaban la muerte de poblaciones completas, se ha logrado descifrar la herencia genética de la humanidad, se han tenido avances sorprendentes en el área de fertilidad y salud reproductiva humana, ahora más que nunca se curan enfermedades degenerativas, en menos de un siglo casi se ha triplicado la esperanza de vida al nacer y muchos otros logros y avances sorprendentes.

Sin embargo, dichos avances de la ciencia médica hacen necesario que se cuestione el beneficio de los mismos, así como los riesgos que su manejo representa, ya que paralelamente a los avances de la ciencia médica se han cambiado las relaciones paciente-médico y no necesariamente se avanza a la misma velocidad en los derechos de cada paciente y sus aspiraciones.

Se vislumbra que el impacto que ha tenido la comercialización de la salud en los últimos años continuará en el futuro. Las necesidades del hombre actual han provocado un gran avance científico y tecnológico ó dichos avances nos han creado más necesidades; como quiera que sea, estas innovaciones en muchos casos han superado las previsiones legales en nuestro país y en muchos otros del mundo.

Actualmente México es un país de jóvenes pero en los censos se puede ver la tendencia al envejecimiento ya que uno de cada veinte mexicanos que somos en la actualidad es mayor de 65 años y aumentará a uno de cada cuatro en el año 2050, por otro

lado el tipo de enfermedades que se padecen son diferentes a las de años atrás, por esto en México el momento y la forma de morir se han modificado sustancialmente. Ahora se fallece en camas de hospitales, en manos de médicos y muchas veces invadidos por tecnología médica, fuera de sus casas y lejos de los familiares, lo cual no es muchas veces acorde a los deseos, creencias e ideología del paciente, resultando muchas veces agresivos, costosos económicamente, así como deshumanizadores e innecesarios.

Cabe preguntarse si ¿corresponde al Derecho esperar a que se den los cambios y después adecuar el marco jurídico? o ¿debe adelantarse y ser un promotor del cambio?

En México cada vez se escucha más sobre el derecho a morir dignamente y sobre la autonomía de las personas para poder decidir en situaciones “límite”, sobre los tratamientos de soporte vital que deben –o no- ser aplicados para prolongar artificialmente su vida.

El Derecho no puede ni debe detener el avance científico, sino por el contrario, debe impulsarlo creando regulaciones adecuadas al caso de que se trate, teniendo en la salud un campo de acción muy vasto para crear leyes que ayuden a que se respete la dignidad de la persona y su autonomía, creando para ello una Ley que regule la declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital plasmada esta en un documento que contiene indicaciones anticipadas, realizado por una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde conciente y libremente expresa las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Con este documento también se pretende evitar el encarnizamiento terapéutico en donde se utilizan los recursos técnico-científicos para prolongar una agonía, cuando se sabe con certeza que ya no hay posibilidades de curación ni de mejoría, se pretende que en estos casos se deje a la muerte seguir su curso natural.

Con esta propuesta de ley se pretende generar en la sociedad una cultura del conocimiento del Testamento Vital para que día con día las personas entiendan la importancia de hacer el suyo, y que así como el que tiene bienes debe dejar su testamento correspondiente, el que llega a la mayoría de edad con los requisitos necesarios que se enumeran mas adelante pueda expresar su voluntad en un acto personalísimo, revocable y libre a través del Testamento Vital logrando así el respeto a su dignidad y autonomía.

Para los efectos de este trabajo y una mayor comprensión del mismo, propongo- a sabiendas de que existen en otros países diversas leyes y formatos de documentos que contienen declaraciones de voluntades anticipadas o Testamento Vital- para el caso particular del estado de Jalisco, se adicione al Código Civil de dicha entidad en el Libro () Título () un capítulo especial para esta figura llamada declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital.

Para ello, considero que la normatividad de esta figura debiera ser la siguiente:

5.2 Propuesta de Ley por la que se regula la declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital.

Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene por objeto regular, en el Estado de Jalisco la declaración de voluntad vital anticipada o Testamento vital, como el ejercicio del derecho de una persona a decidir sobre las actuaciones médicas de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de capacidad para consentir por sí misma.

Artículo 2. Concepto de declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital.

Para los efectos de esta Ley, se entiende por declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital al documento que contiene indicaciones anticipadas, realizado por una persona en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, en donde conciente y

libremente expresa las instrucciones que deben respetarse acerca de recibir o no tratamientos extraordinarios o desproporcionados, cuando a causa de una enfermedad u otra circunstancia clínica, ya no le sea posible expresar su voluntad.

Artículo 3. Contenido de la declaración.

En la declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital su autor podrá manifestar:

1. Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal médico y de salud que sea responsable de su asistencia.

2. Su decisión respecto de la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, y de acuerdo a lo que dicta la ley de la materia.

Artículo 4. Capacidad para otorgar la declaración.

1. La declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital podrá ser emitida por un mayor de edad en pleno goce de sus facultades mentales y volitivas.

Artículo 5. Requisitos de la declaración.

1. Para que la declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital sea considerada válidamente emitida, además de la capacidad exigida al autor, se requiere que conste por escrito ante notario en un documento que reúna las condiciones de legalidad y legitimidad que ley aplicable (Código Civil del Estado de Jalisco) expida para tal efecto.

El notario garantizará un costo accesible a cualquier persona.

2. Dicho documento deberá incluirse en el expediente clínico del paciente.

Artículo 6. Eficacia de la declaración.

La declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital, una vez inscrita en el Registro previsto Ley, será eficaz, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, cuando sobrevengan las situaciones previstas en ella y en tanto se mantengan las mismas. Dicha declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados y por los profesionales que participen en su atención médica y de salud.

No tendrá validez alguna cualquier disposición contenida en dicho documento que sugiera o estipule el acelerar la muerte o el suicidio asistido de su autor, así como la petición de cualquier forma de eutanasia.

Ningún profesional que haya actuado en concordancia con los deseos expresados por el paciente en su declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital y que no contravenga lo establecido por esta ley y las demás aplicables, estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa.

Artículo 7. Revocación de la declaración.

1. La declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital podrá ser modificada por su autor en cualquier momento y cumpliendo los requisitos exigidos para su otorgamiento. El otorgamiento de una nueva declaración de voluntad vital anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente.

2. Si una persona ha otorgado una declaración de voluntad vital anticipada o Testamento Vital y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquella, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad.

Artículo 8. Registro de Voluntades Vitales Anticipadas o Testamento Vital

1. Se crea el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas o Testamento Vital dependiente de la secretaría de Salud para la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de voluntad vital anticipada emitidas en el Estado de Jalisco. Misma que servirá de referencia a las instituciones públicas o privadas en caso de necesitar información al respecto sobre un paciente.

Reglamentariamente, se determinará la organización y funcionamiento del citado Registro, asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales, con el objetivo de dotar de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los centros sanitarios.

Para tal fin se creará una base de datos y un sistema de consulta electrónico para que a través de Internet se pueda consultar alguna declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital. Dicha base de datos estará a disposición de cualquier hospital o centro de salud, y deberá actualizarse en cuanto reciban aviso del notario público de su formalización.

2. Cuando se preste atención médica o sanitaria a una persona, que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, los profesionales en salud responsables del proceso consultarán si existe en el Registro constancia del otorgamiento de voluntad vital anticipada y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella.

El Gobierno del Estado, a través de la Secretaría de Salud efectuará periódicamente campañas de difusión dirigidas a la población en general para promover el conocimiento de la ciudadanía sobre la declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital, así como la forma en que puede acceder al mismo.

También será necesario que el Gobierno del Estado estableciendo comunicación con las Compañías Aseguradoras, en su área de Seguro de gastos médicos promueva la necesidad de instruir a su personal y a sus clientes acerca de dicho documento.

5.3 Propuesta de declaración de voluntad anticipada o testamento vital.

Como vimos en el Capítulo IV existen varios modelos de Testamento Vital y a continuación propongo el siguiente:

Declaración de voluntad anticipada o Testamento Vital.

A mi familia, a mi médico, a mi líder espiritual, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada ya que se trata de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia.

Por ello, yo, el que suscribe.....

Y si a juicio del personal médico que entonces me atienda (siendo uno de ellos un especialista de la patología de que se trate) no hay expectativas de recuperación. Mi voluntad es que no sean aplicadas, o que se retiren si ya han sido comenzadas a aplicarse, todas aquellas medidas de soporte vital o cualquier otra que intente prolongar mi supervivencia.

Pido que no se prolongue abusiva o irracionalmente mi proceso de muerte, sino que se permita el curso natural de esta y que no se me aplique ningún tipo de eutanasia.

Deseo por otra parte que se instauren las medidas que sean necesarias para el control de cualquier síntoma que pueda causarme dolor, padecimiento, angustia o malestar aunque eso pueda acortar mi expectativa de vida.

Pido igualmente ayuda para asumir humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe.

Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que se respete mi voluntad. Soy consciente de que les pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con ustedes y para atenuarles cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración.

Firma:.....Fecha:.....

CONCLUSIONES

PRIMERO.- En términos generales, podemos ver que actualmente en nuestro país existe la necesidad de generar cambios en materia de salud y derecho, a pesar de las innovaciones como sería el caso de transplante de órganos, o el caso del DF., donde se ve más cerca que nunca la posibilidad de legalizar el aborto y la eutanasia.

Todo esto era inimaginable hace algunos años, pero los avances en la tecnología y la medicina no permiten que el Derecho se detenga, sino por el contrario, es un impulso para crear o reformar leyes.

SEGUNDO.- A pesar de los beneficios que un cuerpo legislativo puede traer a México en el área de salud, nos encontramos con muchos prejuicios, así como desinformación respecto al Testamento Vital, es por esto que me parece oportuno reiterar que a raíz de los cambios científicos de los últimos tiempos en el campo de la medicina, que tienen aplicación directa en la vida del hombre nos dejan ver los grandes beneficios que han aportado en el área de salud en nuestro país. A manera de ejemplo podemos hablar de la erradicación de enfermedades que en otros tiempos provocaban la muerte de poblaciones enteras, se ha logrado descifrar la herencia genética de la humanidad, se han tenido grandes avances en cuanto a reproducción humana, en menos de un siglo casi se ha triplicado la esperanza de vida al nacer y por lo mismo ahora más que nunca se curan enfermedades degenerativas.

TERCERO.- Todo esto hace que se cuestione el beneficio de dichos avances y el riesgo que su uso y manejo representa, ya que así como por un lado avanza la ciencia médica, también han cambiado las relaciones médico-paciente y no siempre se avanza a la misma velocidad en los derechos de cada paciente y sus aspiraciones.

CUARTO.- Se prevé que la comercialización de la salud actual va a continuar en el futuro. Podemos ver en nuestro país la tendencia al envejecimiento, el tipo de enfermedades que se padecen son diferentes a las de años atrás, ahora existen las enfermedades crónico-degenerativas, el momento y la forma de morir se han modificado, ahora se fallece en los hospitales, en manos de los médicos y muchas veces invadidos por la tecnología médica, lo

cual no es muchas veces lo que el enfermo quiere, resultando agredido física, espiritual y económicamente de una manera deshumana e innecesaria.

QUINTO.- En México se oye hablar de “muerte digna” y de la autonomía de las personas para poder decidir sobre los tratamientos de soporte vital que deben-o no–ser aplicados para prolongar artificialmente la vida y es aquí donde considero positiva la creación de una ley donde se regule el Testamento Vital, ya que por un lado nos encontramos con grandes ventajas en el desarrollo de la medicina y el bienestar humano general y por el otro encontramos muchas veces conflicto y falta de equilibrio al aplicar la tecnología, cayendo en muchos casos en Distanasia y en la incapacidad legal para enfrentar la realidad.

SEXTO.- Con este documento también se pretende evitar el encarnizamiento terapéutico en donde se utilizan los recursos técnico-científicos para prolongar una agonía, cuando se sabe con certeza que ya no hay posibilidades de curación ni de mejoría; se pretende que en estos casos se deje a la muerte seguir su curso natural.

SÉPTIMO.- Con la reforma al Código Civil del Estado de Jalisco, en materia de Testamento Vital, se responderá a la necesidad de atender a miles de pacientes y también generar condiciones para la cultura de elaboración de documentos de voluntades anticipadas para que cada vez más personas se concienticen de la importancia de hacer el suyo. Así como el que tiene bienes puede dejar su testamento, el que llega a la mayoría de edad y cumpla con los requisitos planteados en el Capítulo V, pueda expresar su voluntad en un acto personalísimo, revocable y libre a través del Testamento Vital, logrando así el respeto a su dignidad autonomía.

OCTAVO.- Yo considero que el Testamento Vital podría ser incluido en el Código Civil del Estado de Jalisco en:

LIBRO SEXTO – De las Sucesiones.

TITULO TERCERO – De La Forma de los Testamentos.

CAPITULO IX – Del Testamento Vital.

BIBLIOGRAFÍA

I.- PUBLICACIONES PERIÓDICAS
FRANCA, Omar, <i>et al</i> , <i>La ayuda médica al bien morir</i> , ARS Médica, Revista de Estudios Médicos Humanísticos, Vol. 11, No. 11 s/f, Universidad Católica de Uruguay, disponible en: http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica11/Ars05.html
BRENA SESMA, Ingrid, INFOJUS, <i>Manifestaciones del paciente expresadas en forma anticipada</i> , INFOJUS, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, dirección: http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1502/5.pdf y http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/neisd/
LANDEROS OLVERA, Eric <i>El panorama epidemiológico de la diabetes mellitus</i> , Revista Mexicana de Enfermería Cardiológica, Volumen 8, Número 1-4, Enero-Diciembre 2000, disponible en: http://www.medigraphic.com/pdfs/enfe/en-2000/en001-4l.pdf
Revista Mexicana de Enfermería Cardiológica, <i>Epidemia de Diabetes</i> , disponible en: http://www.medigraphic.com/pdfs/enfe/en-2000/en001-4l.pdf .
ORTEGA LOMELÍN, Roberto, <i>La Rectoría de Estado y la Política Nacional de Salud</i> , Revista de Administración Pública, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr5.pdf
GONZALEZ DE LA VEGA, René <i>El nuevo marco jurídico de la salud. (un enfoque de modernización)</i> , Revista de Administración Pública, No 69-70, enero-junio 1987, disponible en, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr6.pdf
ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier, <i>Especialidades testamentarias de los indios</i> , Revista de estudios histórico-jurídicos, No 21, Valparaíso 1999, dirección, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551999002100007&lng=es&nrm=iso
II.- LEGISLACIÓN CONSULTADA
Ley General de Salud, 7 de febrero 1984, disponible en: www.mexicolegal.com.mx

Código Civil del Estado de Jalisco, disponible en: www.mexicolegal.com.mx
III,- OBRAS CONSULTADAS
GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, <i>Metodología del trabajo de Investigación. Guía. Práctica</i> , Trillas, México, 1998, 86 págs.
ROJINA VILLEGAS, Rafael. <i>Compendio de Derecho Civil. Tomo 2.- Bienes, Derechos Reales y Sucesiones</i> . 23ª ed. México, Porrúa, 1996, 525 págs.
CANO VALLE, Fernando y MORENO SÁNCHEZ, José Antonio, <i>El Consentimiento bajo información ¿un documento o un proceso?</i> disponible en: http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1502/5.pdf
RODRÍGUEZ ESTRADA, Mauro, <i>¿Eutanasia o autanasia? Por una muerte digna</i> , Edit. El Manual Moderno, México 1997, 116 págs.
MARTINEZ CORTÉS, F. <i>Enfermedad y padecer, El Ejercicio de la Medicina En México en el año 2000, Temas Selectos de Salud y Derecho</i> , UNAM, México 2002, 222 págs.
JUAN, Mercedes, <i>Presente y futuro de la atención de la salud en México</i> , pág. 17, incluido en <i>Temas selectos de salud y derecho</i> , MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, UNAM, México 2002, 222 págs.
CANO VALLE, Fernando, <i>Bioética (Temas humanísticos y jurídicos)</i> , UNAM, México 2005, 181 págs.
MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, <i>Instituciones de Derecho Civil, Tomo V Derecho Sucesorio</i> , 1ª ed, Ed. Porrúa,, México.
<i>Diccionario Larousse ilustrado</i> , Edic. Larousse, México DF.
DE PINA, Rafael Y DE PINA VARA Rafael, <i>Diccionario de Derecho</i> , Ed. Porrúa, México DF 1995, 525 págs.
ARCE Y CERVANTES, José, <i>De las Sucesiones</i> , Ed. Porrúa, México D.F.
HUBER OLEA, Francisco Javier, <i>Diccionario de Derecho Romano</i> , Ed. Porrúa, México 2000.
IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU I. Martha, <i>Derecho Romano</i> , Ed. Oxford, México, 2003.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, <i>Derecho Romano</i> , 2ª edic., Ed. Tirant lo blanch.
JUAN IGLESIAS, <i>Derecho Romano, (Historia e Instituciones)</i> , 11ª edic. Ed. Ariel, Barcelona 1993.
MABEL SIVILA, Silvia, <i>El derecho de las personas al Testamento Vital y el respeto a su Autonomía</i> , disponible en: http://www.bioetica.bioetica.org/mono27.htm#_Toc73684077
IV.- OTRAS FUENTES CONSULTADAS.
INEGI, <i>Censo General de población y vivienda</i> , 2000, disponible en: http://www.inegi.gob.mx/inegi/default.aspx
MedlinePlus, disponible en, www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish
CZUBAJ, Fabiola, <i>Muerte Digna</i> , disponible en, http://www.bioetica.bioetica.org/biblio.htm
JOSE ALONSO RODRIGUEZ. <i>Los Derechos Humanos</i> , Disponible en, http://www.ligaprodechoshumanos.com/
http://www.uslivingwillregistry.com/forms.shtm
http://www.cbc.ca/news/background/wills/
ALBERTA GOVERNMENT, dirección, http://www.qp.gov.ab.ca/Documents/acts/P06.CFM
http://www.justice.gov.ab.ca/initiatives/default.aspx?id=4066
LEY 5/ 2003, DE 9 DE OCTUBRE, <i>DE DECLARACION DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA</i> . Disponible en www.eutanasia.ws/textos/leyandalucia.rtf
CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, dirección, www.conferenciaepiscopal.es/servicios/testamento_vital.htm
BIOETICAWEB, dirección: www.bioeticaweb.com/content/view/1273/49
C. SANAHUJA, Juan, <i>Testamento vital ¿antesala de la eutanasia?</i> , NOTIVIDA, Año III, nº 182, 31 de octubre de 2003, dirección,

<i>http://www.notivida.com.ar/boletines/182_TESTAMENTO_VITAL.html.</i>
HERNANDEZ, Aniorte, <i>Experiencia en el cuidado a un enfermo próximo a la muerte</i> , disponible en: http://perso.wanadoo.es/aniorte_nic/trabaj_cuidad_terminal.htm
Universal Declaration of Human Rights, disponible en: http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm
DICCIONARIO de la lengua Española, disponible en http://www.wordreference.com/definicion/eutanasia
WIKIPEDIA, La enciclopedia libre, disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Salud
<i>Sucesión Testamentaria en Roma</i> , dirección: http://www.monografias.com .