



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.
PROPUESTA DE REFORMAS PARA UNA MEJOR INTERVENCION
DEL NOTARIO EN SU APLICACION”**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

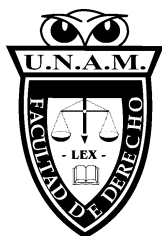
PRESENTA:

DANIEL SEGUNDO LUNA

ASESOR:

LICENCIADO ARTURO TALAVERA AUTRIQUE

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D.F., 2010





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV 32/1/2010/01
ASUNTO: Aprobación de Tesis**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .**

El alumno, **SEGUNDO LUNA DANIEL**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Arturo Talavera Autrique, la tesis denominada “ **LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. PROPUESTA DE REFORMAS PARA UNA MEJOR INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN SU APLICACIÓN** ”, y que consta de 203 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. 31 de mayo del 2010.**

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

**DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E**

Por este medio hago de su conocimiento que el alumno **DANIEL SEGUNDO LUNA**, con número de cuenta **09931704-1**, ha elaborado la tesis denominada **“LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL, PROPUESTA DE REFORMAS PARA UNA MEJOR INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN SU APLICACIÓN”**, bajo la asesoría del suscrito y a mi juicio es aprobada por cumplir con los requisitos reglamentarios al respecto.

Por lo anterior, ruego a Usted ordenar lo conducente para que dicho alumno pueda continuar con los trámites necesarios, relacionados con la revisión y, en su caso, aprobación de la mencionada tesis por parte del Seminario que Usted dignamente representa, de no existir inconveniente alguno para ello.

Sin más por el momento y esperando contar con su apoyo, aprovecho para enviarle un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, a 29 de abril de dos mil diez.



Arturo Talavera Autrique

Profesor titular de la asignatura de **“Acto Jurídico y Personas”**,
en la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México y
Notario Público número 122 del D.F.

AGRADECIMIENTOS

A mi padre, Dios.

Por permitirme cumplir uno de mis mayores anhelos, pero sobre todo, por haberme dado unos padres maravillosos y un hermano excepcional. Por rodearme en todo momento de familiares, amigos y seres queridos y porque sin su infinita sabiduría nada de lo que intentemos se podría realzar.

A mis padres: Pablo y María Luisa.

Por que todo lo que tengo en la vida, lo que soy y lo que pueda llegar a ser, se los debo completamente a Ustedes. Porque su apoyo en cada momento de mi existencia ha sido fundamental para cumplir uno de mis sueños y porque no creo que exista algo en el mundo que pueda pagar todo lo que han hecho por mí. Los Amo.

A mi padre.

Porque la mayor herencia que pude recibir de ti es la sed de triunfo y las ganas de salir adelante, aún contra las adversidades de la vida. Porque con tu humildad y humanidad infinitas me has sabido mantener con los pies en la tierra y porque, gracias a ti, siempre he tenido claro de dónde vengo y hacia dónde voy. Por todo ello y mil cosas más, Te Amo Pá.

A mi madre.

Porque siempre te he admirado como mujer. Porque solamente tú, con tu fortaleza, has sabido llevar sobre tus hombros el gran peso que implica mantener unida la familia. Porque sin ti, Pablín, Omar y yo estaríamos completamente perdidos y porque no existe un solo momento en mi vida que no le agradezca a Dios por haberme dado la dicha de que seas mi Madre. Sencillamente, Te Amo Mami.

A mi hermano, Omar.

Porque a pesar de los años que existen entre nosotros, sé que siempre has estado y estarás conmigo. No tengo forma de agradecer a Dios la fortuna de contar contigo. Y aunque nunca he querido ser un ejemplo para ti, sólo quiero que sepas que el sólo hecho de ser tu hermano mayor me motiva a tratar de ser una mejor persona. Te Amo Pollo.

A mis familiares y Amigos:

Porque en los momentos difíciles de la vida han estado siempre presentes y porque sin ser altanero, puedo decir abiertamente que soy inmensamente afortunado de contar con cada uno de Ustedes, y son tantos que prefiero evitar mencionarlos individualmente, a riesgo de omitir alguno, porque quienes me conocen, saben perfectamente a quienes les corresponde el título de “amigo”.

A la UNAM.

Porque, desde niño, siempre anhelé ocupar una de sus aulas, aprender de sus maestros y tener la posibilidad de formar parte de tan noble institución. Porque en ella ha transcurrido gran parte de mi vida y le debo, no sólo la oportunidad de formarme como profesionalista, sino el haber conocido personas maravillosas, que con el tiempo se convirtieron en mis amigos y compañeros de vida. Porque me siento orgulloso de decir que soy universitario y que siempre serás mi Alma Mater.

AGRADECIMIENTOS ESPECIALES

Quiero agradecer a tres maestros, a tres personas extraordinarias que en diversas etapas de la vida me han enseñado tanto, que no podía menos que externar, aunque sea en unas pocas líneas, la inmensa admiración y respeto que siento por cada uno de ellos.

Al licenciado **Arturo Talavera Autrique**, Notario número 122 del Distrito Federal, por la oportunidad de permitirme colaborar con él desde hace varios años y de esta manera obtener una mejor formación teórica-práctica del ejercicio profesional del Derecho, especialmente en lo concerniente a la materia notarial, pero sobre todo, por la paciencia y dedicación que brindó en todo momento a la revisión, dirección y perfeccionamiento del presente trabajo, honor que no podré pagar jamás. Sencillamente, mil gracias.

Al licenciado **Arturo Pérez Negrete**, Notario número 119 del Distrito Federal, por haberme dado la oportunidad de conocer el ejercicio de la función notarial en su máxima expresión. Porque esa pasión y respeto por las leyes mostrado en todo momento, dejaron tan profunda huella en mí, que no puedo anhelar otra cosa que llegar a ser tan buen abogado.

Al licenciado **Fernando Pérez Arredondo**, Notario número 12 del Distrito Federal, por permitirme vivir con él, aunque sea una pequeña parte de tan largo proceso para obtener la patente de Notario. Por mostrarme que el camino más seguro para ello es la perseverancia y estudio constante y porque es un claro ejemplo de que no existen más límites que los que uno mismo se impone.

A los tres, mi admiración, cariño y agradecimiento eterno.

IN MEMORIAM

Dedico el presente trabajo a tres amigos, compañeros de vida, que en diferentes momentos me marcaron de manera importante, y que por voluntad Divina y razones que están fuera de nuestro entendimiento, se han adelantado en el camino.

Ustedes fueron la inspiración que motivó la realización de este trabajo. Donde estén amigos, sirva pues el presente, como un pequeño homenaje a su memoria:

A mi hermanito, **Edgar Abel Labana Tapia** ("El Gordo"), **Antonio Martínez Santillán** (Toñito) y **Jorge Torres Flores** ("Aba").

“LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL. PROPUESTA DE REFORMAS PARA UNA MEJOR INTERVENCION DEL NOTARIO EN SU APLICACION”.

INTRODUCCION.

CAPITULO 1. LA ACTUACION DEL NOTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL.

TEMA.....PAGINA

| | |
|---|----|
| 1.1. La Fe Pública | 2 |
| 1.1.1. Definición de Fe Pública | 3 |
| 1.1.2. La Fe Pública Notarial | 5 |
| 1.1.3. Requisitos de la Fe Pública | 7 |
| 1.2. El Notario | 8 |
| 1.2.1. Definición | 9 |
| 1.2.2. La función notarial | 11 |
| 1.2.2.1. Fundamento legal de la actuación notarial en el Distrito Federal | 12 |
| 1.2.2.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 12 |
| 1.2.2.1.2. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal | 13 |
| 1.2.2.1.3. Ley del Notariado para el Distrito Federal | 14 |
| 1.2.2.2. Naturaleza jurídica de la Función Notarial | 15 |
| 1.2.3. Breve reseña de la evolución del Notario como principal fedatario público en el otorgamiento de actos y hechos jurídicos | 17 |
| 1.2.3.1. Edad Antigua | 18 |
| 1.2.3.1.1. Los Hebreos | 19 |
| 1.2.3.1.2. Egipto | 19 |
| 1.2.3.1.3. Grecia | 20 |
| 1.2.3.1.4. Roma | 20 |
| 1.2.3.1.5. Los Aztecas | 21 |
| 1.2.3.2. Edad Media | 21 |
| 1.2.3.3. Edad Moderna | 23 |
| 1.2.3.4. Época Contemporánea | 25 |
| 1.2.3.4.1. Ley del Notariado de 1901 | 25 |
| 1.2.3.4.2. Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932 | 26 |
| 1.2.3.4.3. Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945 | 27 |
| 1.2.3.4.4. Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 | 28 |
| 1.2.3.4.5. Ley del Notariado para el Distrito Federal del 30 de Noviembre de 1999 | 28 |
| 1.2.4. El Notariado de Tipo Latino y otros tipos de Notariado | 29 |

CAPITULO 2. LA EUTANASIA. GENERALIDADES, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.

TEMA.....PAGINA

| | |
|---------------------------|----|
| 2.1. Generalidades | 32 |
| 2.1.1. Origen del Vocablo | 33 |

| | |
|--|----|
| 2.1.2. Definición | 34 |
| 2.1.3. Clasificación de la eutanasia | 37 |
| 2.1.4. Eutanasia y otros conceptos | 40 |
| 2.1.4.1. Distanasia | 40 |
| 2.1.4.2. Adistanasia | 41 |
| 2.1.4.3. Ortotanasia | 41 |
| 2.1.4.4. Eugenesia | 42 |
| 2.1.4.5. Cacotanasia | 42 |
| 1.2.5. Sobre la distinción entre Eutanasia y Ortotanasia | 43 |
| 2.2. Fundamentación de la Eutanasia | 45 |
| 2.2.1. Los Motivos de Piedad | 45 |
| 2.2.2. La Calidad de Vida | 47 |
| 2.2.3. La libertad de la persona | 49 |
| 2.2.3.1. El consentimiento informado | 52 |
| 2.2.4. El derecho a morir con dignidad | 53 |
| 2.3. Antecedentes Históricos | 55 |
| 2.3.1. Eutanasia Ritualizada | 56 |
| 2.3.1.1. La eutanasia en algunos pueblos primitivos | 57 |
| 2.3.1.2. Un pasaje bíblico | 58 |
| 2.3.2. Eutanasia Medicalizada | 58 |
| 2.3.2.1. Egipto | 58 |
| 2.3.2.2. Grecia | 59 |
| 2.3.2.3. Roma | 60 |
| 2.3.2.4. La eutanasia en la Alemania Nazi | 60 |
| 2.3.3. Eutanasia Autónoma | 62 |
| 2.3.3.1. Resurgimiento del problema | 63 |
| 2.3.3.2. Las Sociedades Eutanásicas | 65 |
| 2.3.3.3. La Tanatología y los Cuidados Paliativos | 66 |

CAPITULO 3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EUTANASIA Y DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

| TEMA..... | PAGINA |
|-----------------------------------|--------|
| 3.1. Antecedentes Internacionales | 71 |
| 3.1.1. Inglaterra | 71 |
| 3.1.2. Estados Unidos de América | 72 |
| 3.1.3. Holanda | 75 |
| 3.1.4. España | 78 |
| 3.1.5. Argentina | 79 |
| 3.1.6. Otras legislaciones | 80 |
| 3.1.6.1. Perú y Uruguay | 80 |
| 3.1.6.2. Francia e Italia | 81 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.6.3. Australia | 82 |
| 3.2. Antecedentes Nacionales | 82 |
| 3.2.1. La eutanasia en el Derecho Penal Mexicano | 83 |
| 3.2.1.1. Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal | 84 |
| 3.2.1.2. La eutanasia en los Códigos Penales de las demás Entidades Federativas | 86 |
| 3.2.2. Leyes Especiales | 91 |
| 3.2.2.1. Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila de Zaragoza | 92 |
| 3.2.2.2. Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Aguas Calientes | 97 |
| 3.2.3. Propuestas Legislativas | 100 |
| 3.2.3.1. Primera Propuesta Legislativa | 100 |
| 3.2.3.2. Segunda Propuesta Legislativa | 108 |
| 3.2.3.3. Tercer Propuesta Legislativa | 110 |
| 3.2.3.4. Proyectos de Ley Federal de Voluntad Anticipada | 113 |

CAPITULO 4. LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL MARCO DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

| TEMA..... | PAGINA |
|---|--------|
| 4.1. Preámbulo | 116 |
| 4.2. Decreto por el que se expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; se adiciona el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal | 116 |
| 4.2.1. Exposición de Motivos | 117 |
| 4.2.2. Reformas al código Penal para el Distrito Federal | 117 |
| 4.2.3. Reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal | 121 |
| 4.2.4. Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal | 122 |
| 4.2.4.1. Disposiciones Generales | 123 |
| 4.2.4.2. El Documento de Voluntad Anticipada, como acto generador de la intervención del Notario en la aplicación de la Ley en comentario | 129 |
| 4.2.4.2.1. Documento de Voluntad Anticipada. Definición | 129 |
| 4.2.4.2.2. Naturaleza Jurídica del Documento de Voluntad Anticipada | 133 |
| 4.2.4.2.3. El Documento de Voluntad Anticipada como acto jurídico. Requisitos de fondo y forma en su otorgamiento | 136 |
| 4.2.4.2.3.1. Elementos Personales | 136 |
| 4.2.4.2.3.2. Elementos de existencia | 141 |
| 4.2.4.2.3.2.1. Manifestación de la voluntad | 142 |
| 4.2.4.2.3.2.2. Objeto | 145 |
| 4.2.4.2.3.2.3. ¿Solemnidad? | 151 |
| 4.2.4.2.3.3. Requisitos de validez | 155 |
| 4.2.4.2.3.3.1. Capacidad | 156 |
| 4.2.4.2.3.3.2. Ausencia de Vicios de la voluntad | 159 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.4.2.3.3.3. Licitud en el objeto, motivo o fin | 163 |
| 4.2.4.2.3.3.4. Forma | 166 |
| 4.2.4.2.3.3.4.1. Sobre la seguridad del otorgamiento del Documento de Voluntad Anticipada ante Notario | 167 |
| 4.2.4.2.3.3.4.2. Obligaciones del Notario | 170 |
| 4.2.4.2.4. Nulidades del Documento de Voluntad Anticipada | 182 |
| 4.2.4.2.5. Comentarios Finales | 188 |
| | |
| CONCLUSIONES | 194 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 200 |

INTRODUCCIÓN

El derecho y sus instituciones, como el hombre que las crea, permanecen en constante evolución para satisfacer las necesidades de este último y, en ese sentido, la actividad notarial no puede ser la excepción.

En el caso de México, particularmente hablando del Distrito Federal, la institución notarial pertenece a lo que doctrinalmente se conoce como “Notariado de tipo Latino”, el cual, a diferencia de otros tipos de notariado, por ejemplo el anglosajón, cuenta con un amplio margen de intervención en la elaboración y otorgamiento de actos y hechos jurídicos, debido a la certidumbre y seguridad jurídica que brinda la fe pública de la que se encuentra investido. Lo anterior implica que la regulación jurídica de la actividad notarial deba estar en constante revisión y actualización, con el propósito de lograr que la función notarial responda adecuadamente a las necesidades y requerimientos de la sociedad a la que sirve, permitiendo con ello al Notario cumplir eficazmente la función fedataria que se la encomendado. En ese sentido, en la Ciudad de México, la función notarial es de suma importancia para la actividad jurídica de sus habitantes, ya que prácticamente no existe materia jurídica alguna que no requiera de su intervención, ya sea de manera directa o indirecta.

El desarrollo y evolución de la sociedad requieren que el Derecho se adecue constantemente a sus necesidades, por ello, si bien es cierto que el mayor rango de acción del Notario Público sigue girando en torno al Derecho Civil y Mercantil, en la actualidad su actividad no se limita estrictamente a dichas materias, sino que cada vez se va ampliando más, convirtiéndolo así en un verdadero auxiliar en la administración de justicia y en un auténtico expositor de lo que la doctrina ha denominado Derecho Preventivo.

Precisamente esta tendencia expansionista de la actividad notarial, promovida por los legisladores de esta Capital, ha logrado que el notario pueda intervenir en una materia que durante mucho tiempo ha sido motivo de discusión y

polémica en muchos sectores de nuestra sociedad: La Eutanasia, u Ortotanasia, como nuestro legislador la denomina. Y es que el pasado 7 de enero de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal publicó en la Gaceta Oficial la denominada Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, que tiene por objeto *“establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural”*, a través de lo que la propia Ley ha denominado *“Ortotanasia”* ó *“muerte correcta”*, mediante la suscripción ante el Notario Público del llamado *“Documento de Voluntad Anticipada”*, que es el *“documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consiente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica”*.

No obstante la buena intención de nuestros legisladores de estar a la vanguardia en la regulación de figuras e instituciones actuales, antes no conocidas en nuestro derecho positivo mexicano, debemos formular las siguientes interrogantes:

¿Qué son la Eutanasia y la Ortotanasia? ¿Existe alguna diferencia de fondo entre ambas figuras, o simplemente se trata de sinónimos? ¿Cuál es la figura que regula la Ley en cuestión? ¿Era necesaria la intervención del Notario? ¿Es correcta la forma en que se regula la intervención del Notario en la aplicación de dicha Ley?

El presente trabajo pretende investigar la actuación del Notario Público en el Distrito Federal, especialmente, su actividad en el marco de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, así como averiguar si dicha Ley satisface las necesidades y requerimientos de la sociedad y si era necesaria la intervención del

Notario Público en su aplicación y, en su caso, si la regulación de su intervención es adecuada.

De esta manera, a lo largo de esta investigación trataremos de determinar si es adecuada la intervención del Notario en la aplicación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; si la Ley de referencia regula la Eutanasia o la Ortotanasia, así como determinar si existe alguna diferencia o no entre dichos conceptos; estudiar la evolución legislativa de la Eutanasia a nivel nacional e internacional para determinar los antecedentes directos e indirectos de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; determinar la naturaleza jurídica del “Documento de Voluntad Anticipada”; analizar los requisitos de fondo y forma para la suscripción de dicho documento; determinar si dicho documento necesariamente debe otorgarse ante el notario público o si en algunos casos no es necesaria su intervención; así como establecer si es correcta la regulación de la intervención del notario público en la aplicación de la ley de referencia.

CAPITULO 1

LA ACTUACION DEL NOTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL.

1.1. LA FE PÚBLICA.

El ser humano, por naturaleza, es un ser social. Ya sea en pareja, en familia, o dentro de un núcleo de población mayor, nunca ha estado sólo. Desde que el hombre apareció en la faz de la tierra siempre ha estado rodeado de otros humanos con los que se relaciona e interactúa, creando vínculos de todo tipo: familiares, de amistad, de pareja, contractuales, etcétera. Al principio dichos vínculos sólo estaban relacionados con los miembros de su clan o grupo social, por lo que las relaciones y actos celebrados entre los miembros de dicho grupo, generalmente eran conocidas y, por lo tanto, respetadas por los demás miembros, sin necesidad de mayores formalidades. Así, por ejemplo, bastaba que un hombre tomara a una mujer del grupo y cohabitara con ella, para que todos supieran que era su “*compañera*”, o bien, para el intercambio o trueque de una cosa, era suficiente con que los otros miembros del grupo la presenciaran para que fuera completamente válida.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y conforme las poblaciones iban creciendo, las necesidades y requerimientos de esos pueblos y la exigencia de satisfacer los mismos, hicieron que cada vez fuera más regular y constante la interacción con otras poblaciones, teniendo como consecuencia que las relaciones entre dichos grupos se hicieran cada vez más complejas: apareció el comercio, los contratos, el Estado, con sus instituciones jurídicas, políticas, sociales, etcétera. Ya no bastaba solamente con que los miembros del grupo hubieran presenciado la celebración de un acto para que éste surtiera todos los efectos deseados. Había actos celebrados en determinado lugar, cuyos efectos o consecuencias iban a realizarse en un lugar distinto y ante personas diversas de aquéllas por quienes había sido presenciado. De esta manera y dada la importancia de mantener el orden y respeto entre los miembros de la sociedad, apareció la necesidad de encontrar la forma de dar seguridad y certeza en la celebración de dichos actos, con la confianza de que los efectos y consecuencias de su realización serían los deseados. La solución: la fe pública.

Pero, ¿Qué es la fe pública? A riesgo de adelantarnos a lo que desarrollaremos a lo largo de este capítulo, podemos decir que la fe pública es una institución jurídica a merced de la cual, los actos o hechos celebrados ante un representante del Estado (fedatario), quien está investido de dicha facultad (fe pública), deben tenerse por ciertos para el resto de la colectividad.

1.1.1. Definición de Fe Pública.

Durante mucho tiempo los tratadistas y teóricos del Derecho han tratado de explicar con certeza lo que debemos entender por fe pública, por lo que existen infinidad de definiciones de dicho concepto. Sin embargo, en lo que todas coinciden es que dicha facultad siempre deviene del poder soberano del Estado.

Antes de enfatizar en algunas de éstas definiciones, empezaremos tratando de dilucidar qué es la fe *in genere*.

El Diccionario de la Real Academia Española, entre otras definiciones, nos dice que la fe es la “*Creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública*”, es la “*Seguridad, aseveración de que algo es cierto.*”¹ Estas dos definiciones son las que, en nuestra opinión, coinciden mejor con el tema que estamos abordando. En primer lugar, “tener fe” consiste precisamente en creer en algo o en alguien, ya sea por convicción personal o bien, en virtud del poder o autoridad que representa determinada cosa o situación para nosotros. En segundo lugar, ese “tener fe” implica confianza, seguridad en aquello que se cree o se tiene por cierto, aunque no nos conste en primera instancia, ya que en caso de que dicha situación hubiera sido percibida por cualquiera de nuestros sentidos, estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe.

Al respecto, el maestro Jorge Ríos Hellig, nos dice que:

¹ Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición. Real Academia Española.
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fe. 27 de Enero de 2009, 19:50 hrs.

*El vocablo fe es sinónimo de certeza o seguridad, esto es, creer en algo que no nos consta, que no hemos percibido por alguno de los sentidos. Desde el punto de vista religioso, ese creer en algo, en alguien, es voluntario, es decir, un acto de adhesión libre e individual... Desde el punto de vista jurídico, es obligatorio, debido a que los instrumentos públicos son expedidos por fedatarios o autoridades, lo que los convierte en auténticos y el Estado obliga a tenerlos por ciertos.*²

La última parte de la definición anterior hace referencia a la llamada fe pública. Como ya lo mencionamos con anterioridad, esa creencia en algo o en alguien en ocasiones deviene de la voluntad personal de cada individuo, sin embargo, en otras nada tiene que ver con dicha voluntad, sino por el contrario, debe ser acatada por todos y cada uno de los miembros de la colectividad, aún sin contar con su consentimiento.³ Lo anterior en virtud de la potestad soberana del Estado y de la obligación de éste para con la Sociedad, de mantener, ante todo, el orden y la seguridad jurídica necesarios para el normal desarrollo de todas las actividades de la comunidad. En otras palabras, *“es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos.”*⁴

En un sentido similar, Ponciano López Juárez señala que: *“...fe significa la creencia en algo y en su autenticidad. Creencia es tener por cierto que no es percibido por los sentidos. La fe o creencia deriva de la autoridad de quien sostiene*

² RIOS HELLIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 5ª ed., México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2002, p.53.

³ Como lo señala el maestro Luis Carral y de Teresa: *“...en el caso de la fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan.”* CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, 12ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 52. En el mismo sentido, Jorge Ríos Hellig: *“La fe pública está dirigida a una colectividad y es obligatoria, debe constar siempre en forma documental, y el Estado la tiene y crea con el fin de brindar seguridad jurídica. Es por eso que debemos tener por cierto y verdadero lo que emana de ella... La fe estatal es obligatoria: no depende de la voluntad de los individuos, la sociedad tiene el deber de creer en ella y nace del Estado por su derecho a autodeterminarse de manera soberana; es así como se determina la forma de otorgar seguridad jurídica.”* Ibid. P. 54.

⁴ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, *Fundamentos del Derecho Notarial*, 2ª ed., México, Editorial Sista, 1990, p. 109.

*cierta cosa, o bien, de la fama inherente a ella. Se trata de algo que no es cuestionado.”*⁵

1.1.2. La Fe Pública Notarial.

El origen de la fe pública deviene de la facultad soberana del Estado para obligar a los miembros de la Sociedad a tener por cierta o verdadera una cosa o suceso, con el propósito de brindar seguridad y certeza jurídica a las personas y mantener el orden en la Sociedad, aún cuando dichos actos no los hayan presenciado directamente con sus sentidos. A diferencia de la “fe” en general, la aceptación de dicha creencia no depende de la libre adhesión de las personas, sino precisamente de dicha facultad soberana.

Ahora bien, para que el Estado pueda cumplir con una de sus funciones principales, es decir, la de garantizar la paz entre los miembros de la Sociedad mediante el otorgamiento de seguridad y certeza a los actos que así lo requieren, es lógico que debe auxiliarse de instituciones u organismos que le ayuden a cumplir con esa finalidad. De esta manera surge la figura de lo que la doctrina ha denominado “*fedatario público*”, definiéndolo en términos sencillos como “*aquella persona investida de fe pública*”, que quiere decir que esa persona se encuentra facultada por el Estado para obrar en uso de dicha facultad fedataria. Lo anterior también ha ocasionado que los teóricos en la materia tengan que distinguir entre diversas clases de fe pública, por ejemplo: la fe pública judicial, la cual se encuentra a cargo de los secretarios de los juzgados; la fe pública ministerial, a cargo del ministerio público, ya sea federal o local; fe pública mercantil, depositada en los corredores públicos; fe pública registral, a cargo de los directores de los registros, tanto locales como federales; fe pública consular, depositada en los cónsules, cuando hacen las veces

⁵ LOPEZ JUAREZ, Ponciano, *Los elementos de identidad del Notariado de Tipo Latino*, Breviario número 3, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001, p.43.

de notario; fe pública del registro civil, a cargo de cada uno de los jueces del registro civil, entre otras.⁶ Debido a la extensión del presente trabajo y a la finalidad perseguida en el mismo no creemos necesario ahondar más en el tratamiento de las diversas clases de fe pública, por lo que únicamente analizaremos lo concerniente a la fe pública notarial.⁷

Podemos definir a la fe pública notarial como la institución jurídica a merced de la cual el notario público se encuentra facultado por el Estado para conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos a los que los particulares desean otorgarle dicha formalidad. Su principal finalidad es evitar cuestiones litigiosas, por lo que lo manifestado por el notario en los documentos que emite, debe tenerse por cierto hasta que no se demuestre su falsedad. En ese sentido, se trata de una función preventiva⁸ o como dice el maestro Froylán Bañuelos, de “*higiene jurídica*”, que persigue la invulnerabilidad de los derechos, es decir, su desenvolvimiento normal. Para dicho autor, la fe pública notarial consiste en “...*EL ASENTIMIENTO QUE CON CARÁCTER DE VERDAD Y CERTEZA PRESTAMOS A LO MANIFESTADO POR EL NOTARIO DENTRO DE LA ORBITA DE SUS PROPIAS FUNCIONES...*”.⁹

En un sentido similar, el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala que:

⁶ Como podemos apreciar, esta distinción atiende al tipo de autoridad o persona de la cual emana dicha facultad fedataria. Sin embargo, no debemos confundir el comentario anterior. No existen varios tipos de fe pública. La fe pública es una sola. Esta deriva de la potestad soberana del Estado, quien la delega en servidores públicos o en particulares, como el caso del Notario.

⁷ Para un análisis más detallado de las distintas clases de fe pública consideradas por la doctrina, *Cf.* RÍOS HELLIG, Jorge, *Op.cit.*, p. 71-86.

⁸ Para Ponciano López Juárez, dicha función preventiva ó de prevención jurídica, consiste en “...*la serie de actos que realizan habitualmente los abogados y los notarios en una determinada comunidad jurídica y que tienden a evitar las consecuencias legales indeseables para el particular que acude ante ellos.*”. LOPEZ JUAREZ, Ponciano, *Op. Cit.*, p. 47.

⁹ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, *Op.cit.*, p. 116.

La fe es un atributo del Estado que tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales y del notario... La fe pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la Ley. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad... Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, y da certeza que es una finalidad del derecho... la fe notarial es la garantía que da el notario al Estado y al particular al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica¹⁰.

1.1.3. Requisitos de la Fe Pública.

Para que la fe pública notarial tenga validez, es decir, para que surta los efectos deseados: brindar certeza y seguridad jurídica, es necesario que cumpla con determinados requisitos contenidos en la ley e interpretados por la doctrina. Dichos requisitos son tres: Evidencia, Objetivación y Cotaneidad o Simultaneidad.

La *Evidencia* se refiere al vínculo existente entre la persona o personas que intervienen en el otorgamiento de un acto o hecho jurídico y el fedatario (notario) que interviene y certifica dicho otorgamiento. Así, las partes u otorgantes narran los hechos propios ante el notario, quien certifica y da fe de lo sucedido ante él. La *Objetivación* significa que todo lo narrado y percibido por el notario, ya sea de manera directa (por sus sentidos) o a través de lo manifestado por las partes, debe plasmarse en su protocolo, debe constar por escrito y el notario certifica lo constatado por él. La *Cotaneidad* o *Simultaneidad* implica que, lo narrado por las partes, lo percibido por el notario y el otorgamiento del instrumento, debe realizarse en momentos simultáneos o concatenados.¹¹

¹⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, 15ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 174-175.

¹¹ Cfr. RÍOS HELIG, Jorge, *Op.cit.*, p. 59-64.

1.2. EL NOTARIO.

Como se desprende de los apartados anteriores, lo primero que podemos destacar cuando hablamos del notario, es que nos referimos a un fedatario público. Sin embargo, esta concepción es demasiado ambigua, ya que el notario no es el único fedatario público contemplado por nuestra legislación. Igualmente, tratar de dar una definición universal del notario sería en extremo difícil, en virtud de que a lo largo de la historia, tanto la doctrina como la legislación, al definir a dicho fedatario público lo que hacen, la mayor de las veces, es exaltar las cualidades o características que en determinado momento han distinguido a dicho fedatario. Así, por ejemplo, el maestro Froylán Bañuelos, al citar a José María Mengual y Mengual señala, respecto del notario, que:

*Es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho Positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene; o en términos más breves: Es el funcionario público, que por delegación del Poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas.*¹²

Igualmente, la Ley del 25 ventoso del año XI, del 16 de marzo de 1803, definía a los notarios como “...los funcionarios públicos, establecidos para recibir todos los actos y contratos, a las cuales las partes deben o quieren hacer dar el carácter de autenticidad, atribuidos a los actos de la autoridad pública, para asegurar la fecha, conservar el depósito, librar las copias y expediciones.”¹³

¹² BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, *Op.cit.*, p. 80 y ss.

¹³ *Ibid.* P. 86.

De los conceptos anteriores podemos destacar que las tres definiciones conciben al notario como un *“funcionario público”*. Esto se debe, principalmente, a que en el momento en que las mismas fueron concebidas el notario ostentaba tal carácter, debido a la situación que guardaba en relación a la administración pública. Sin embargo, esta orientación, como lo veremos al tratar la naturaleza jurídica de la función notarial, en la actualidad ya no es así. Por ello y para efectos de nuestra investigación, utilizaremos la definición que la propia Ley del Notariado para el Distrito Federal nos ofrece, analizando lo mejor posible cada uno de los elementos que la conforman.

1.2.1. Definición.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal (Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 28 de marzo de 2000, en vigor a los 60 días naturales siguientes), (en lo sucesivo Ley del Notariado), define al notario en los siguientes términos:

Artículo 42.- Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los documentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.

El primer párrafo del artículo en cuestión establece que el notario es un *profesional del derecho*, es decir, para ser notario se requiere contar con título o cédula profesional de licenciado en derecho o equivalente, expedida y avalada por una institución educativa, pública o privada, que cuente reconocimiento y validez oficial. El artículo primero de la Ley Reglamentaria del artículo quinto constitucional,

relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1945), señala que Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con dicha Ley y otras disposiciones aplicables. Asimismo, el artículo segundo transitorio del DECRETO que reforma la Ley Reglamentaria de los Artículos 4o. y 5o. Constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales (Denominación anterior de la Ley en comento), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1974, establece que entre las profesiones para cuyo ejercicio se requiere de título o cédula profesional, se encuentran la de Licenciado en Derecho y la de Notario. Además, el notario está *investido de fe pública por el Estado*. Como lo establecimos en apartados anteriores, la fe pública notarial deviene de la facultad soberana del Estado y de la obligación de este de mantener, en la medida de lo posible, el orden y la paz social, y una de las maneras de conseguir dicha finalidad es precisamente conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos celebrados por los miembros de la Sociedad.

Por otra parte, el mismo párrafo del artículo en cuestión resalta algunas de las características más representativas de la actividad notarial, en virtud de que el notario *recibe e interpreta* la voluntad de las partes, es decir, escucha los problemas planteados por las personas que solicitan sus servicios, las asesora y recomienda, conforme a su saber prudencial, las alternativas de solución al conflicto planteado. Pero su actividad no termina aquí, ya que además *redacta y da forma legal* a la solución propuesta a los solicitantes de su actividad. Lo anterior convierte al notario en un auténtico perito en derecho, siendo ésta la razón primordial por la cual la población en general solicita sus servicios. La parte final de este párrafo menciona que el notario hace constar los actos y hechos pasados ante su fe mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos. Vale la pena mencionar que

ésta Ley, igual que su predecesora,¹⁴ distingue entre actos y hechos jurídicos. Los primeros se asientan en las escrituras y los segundos en las actas, siendo ambos instrumentos públicos.

El segundo párrafo del citado artículo 42 de la Ley del Notariado hace referencia al principio de Matricidad, consistente en que todo lo actuado y percibido por el notario debe obrar necesariamente en su protocolo, mediante el otorgamiento de los instrumentos públicos respectivos, estando el notario obligado a conservar los mismos así como la documentación que le haya sido presentada para dicho fin, y emitir la constancia documental de su otorgamiento, mediante la expedición de testimonios o copias certificadas por él, según sea el caso. Además, resalta la actividad notarial como auxiliar en la administración de justicia, debido también a su carácter de perito en derecho.

1.2.2. La Función Notarial.

Podemos definir la Función Notarial como la actividad desarrollada por el notario, en el ejercicio de su facultad fedataria, conferida, regulada y supervisada por el Estado, de quien recibe, por fuerza de Ley, el reconocimiento público y social de sus instrumentos, teniendo como finalidad la protección de la seguridad jurídica de los otorgantes o solicitantes de su actividad, en beneficio de la Sociedad. La razón de ser, la teleología o el fin último de la institución (o función) notarial, consiste, precisamente, en brindar seguridad jurídica a través de la dación de fe.¹⁵

¹⁴ En realidad, su predecesora es la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980 (Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1980), sin embargo, la distinción señalada subsiste desde la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945 ((Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de febrero de 1946).

¹⁵ Cfr. RÍOS HELLIG, Jorge, *Los principios éticos notariales en la Ley del Notariado para el Distrito Federal*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, Breviario número 6, 2001, p. 6.

1.2.2.1. Fundamento legal de la Función Notarial en el Distrito Federal.

Ya hemos abordado diversos aspectos de la fe pública y de la actividad del notario en ejercicio de la misma, sin embargo, consideramos importante establecer el marco legal que fundamenta su actuación, particularmente de la manera en que se ejerce en el territorio del Distrito Federal. Para ello comenzaremos con el fundamento constitucional de su función, ya que, como cualquier actividad lícita, la función notarial debe apegarse a lo establecido por nuestra norma suprema. Continuaremos con su regulación en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, en razón de que aquí se encuentra establecido cual es la autoridad legitimada para reglamentar su actividad fedataria y, finalmente, señalaremos algunos preceptos contenidos en la propia Ley del Notariado para el Distrito Federal, por ser ésta la norma que contiene los principios teóricos y jurídicos que rigen su actuación.

1.2.2.1.1. Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos (Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917).

En nuestra Constitución, los artículos 121 y 122 se encuentran relacionados con la función notarial. El primero de ellos, en su primer párrafo dispone:

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

A este artículo se le conoce doctrinalmente como *cláusula de entera fe y crédito*, y en virtud de ella, los miembros de la colectividad estamos obligados e tener por ciertos todos los actos públicos, entre los que se encuentran aquéllos celebrados ante el notario y demás fedatarios públicos, aún cuando dichos actos no hayan sido presenciados por nosotros.

Debido a nuestro sistema de Gobierno Federal, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone expresamente que: *Las facultades que no están*

expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados (Artículo 124). De la interpretación de los dos artículos anteriores se desprende que la facultad para legislar y regular lo concerniente a la materia notarial, es una facultad reservada para cada uno de los estados de la Federación.

Adicionalmente, el Artículo 122, apartado C, Base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución, establece la facultad que tiene la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia notarial.

Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.

Son autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia.

...V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:

*...h) Legislar en las materias civil y penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, **notariado** y registro público de la propiedad y de comercio...*

1.2.2.1.2. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal (Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de julio de 1994).

Como lo apuntamos con anterioridad, la facultad para legislar y regular lo concerniente a la materia notarial se encuentra reservada a cada Estado de la Federación. En el caso del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa es la encargada de ejercer dicha facultad. Así lo disponen los artículos 24 y 42 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal:

ARTÍCULO 24.- Corresponde al Congreso de la Unión:

I. Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal;...

ARTÍCULO 42.- La Asamblea Legislativa tiene facultades para:

*...XII. Legislar en las materias civil y penal, normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, **notariado** y registro público de la propiedad y de comercio...*

La fracción XII del Artículo 42 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal sólo confirma lo establecido por el Artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.2.2.1.3. Ley del Notariado para el Distrito Federal (Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 28 de marzo de 2000, en vigor a los 60 días naturales siguientes).

En nuestra opinión, los artículos 1, 3, 4, 6, 26 y 27 de esta Ley, fundamentan la actuación del notario el Distrito Federal. Esta disposición contiene, como es lógico, los principios rectores de la función notarial (en el Distrito Federal), y tiene por objeto regular, con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al Notariado en el Distrito Federal (*Artículo 1*). El ejercicio de dicha actividad corresponde al Notariado de la Ciudad de México (*Artículo 3*). Su facultad fedataria, como lo establecimos en apartados anteriores, deviene del poder estatal, de quien recibe el reconocimiento público y social de sus instrumentos (*Artículo 6*). Así pues, en esta Ciudad corresponde al Jefe de Gobierno el otorgamiento de la patente respectiva para el ejercicio de su actividad fedataria (*Artículo 4*). La función notarial es autenticadora, es decir, todo aquello que el notario asienta en las escrituras o actas debe tenerse por cierto, salvo prueba en contrario (*Artículo 26*), y dicha función es de orden e interés público, por lo que la Ley y las instituciones que contempla, deben garantizar la profesionalidad, independencia, imparcialidad y autonomía del

notario, en ejercicio de la fe pública de la que se encuentra investido, en beneficio de la certeza y seguridad jurídica que demanda la sociedad (*Artículo 27*).

1.2.2.2. Naturaleza Jurídica de la Función Notarial.

Cuando hablamos de naturaleza jurídica nos referimos a las características que distinguen a una institución jurídica de otra o bien la identifican o ubican como parte de un conjunto determinado y, en ocasiones, no encuadra en ninguno de los grupos conocidos, por lo que, en este último caso, se dice que se trata de una institución *sui generis*.

En el caso de la función notarial, los tratadistas y doctrinarios, como sucede a menudo, no han logrado ponerse acuerdo para determinar su naturaleza jurídica. Algunas teorías consideran que el notario es un funcionario público, otras dicen que se trata de un profesionista liberal y algunas eclécticas o mixtas, aseguran que es una función pública desarrollada por un profesionista liberal.

Las que consideran al notario como funcionario público, sostienen que debido a que su facultad fedataria deviene del poder estatal, y a que el propio Estado través de las autoridades correspondientes (en el caso del Distrito Federal, se trata de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, artículo 2, fracción VI de la Ley del Notariado), vigilan y regulan su actividad, se trata de un verdadero funcionario público. En ese sentido, sin bien con algunas reservas, el maestro Jorge ríos Hellig considera que el notario, dentro de la administración pública, pertenece a una descentralización por colaboración.¹⁶

¹⁶ Para este autor “...la función notarial es una descentralización por colaboración, ya que resolver los problemas jurídicos, principalmente los relacionados con la materia fedante, requiere de sujetos con preparación técnica especializada; estas personas en algunos casos no forman parte directa de la administración pública (a diferencia de lo que sucede en los otros tipos de descentralización), pero sí son vigilados y regidos por el Estado. Bajo la descentralización por colaboración, el Estado autoriza a los particulares (instituciones o personas) a que colaboren con él, desarrollen tareas en las que son especialistas, pero sin formar parte directa de la administración...”. RÍOS HELLIG, Jorge, *Op.cit.*, p. 45 y 46.

Por otra parte, quienes consideran que el notario es un profesionalista liberal, se basan principalmente atendiendo a los criterios aplicados por el Derecho Administrativo, para distinguir entre los funcionarios y empleados públicos, considerando, entre otros:

- La duración del empleo. En el caso del notario del Distrito Federal el cargo es vitalicio.
- Tipo de retribución. El notario recibe honorarios por su actuación, y no un sueldo o iguala del Estado.
- Poder de decisión y de mando. En el caso del notario, por tratarse de un particular, no cuenta con dichas facultades.
- Naturaleza de la relación jurídica que lo vincula con el Estado. El notario no cuenta con un contrato de trabajo que lo vincule con el Estado ni tampoco actúa en virtud de algún nombramiento. Su actuación depende de la previa obtención de la patente respectiva, mediante examen de oposición que acredite que cuenta con los conocimientos y experiencia necesarios para el desempeño de su actividad.
- Poder de vigilancia y disciplinario por parte del Estado. Si bien es cierto que el Estado vigila y regula el ejercicio de la actividad notarial, no tiene la facultad disciplinaria característica de las relaciones de supra-subordinación que guardan los servidores públicos).

Entre los autores que comparten esta postura se encuentra el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo.¹⁷

¹⁷ “...el notario no es un funcionario público... la doctrina determina, al estudiar la naturaleza jurídica del funcionario público, con ese carácter a los representantes de los órganos de la administración pública federal, divididos en centralizados, descentralizados y paraestatales... La actividad notarial no encaja dentro de estas organizaciones administrativas... Tampoco se encuadra dentro de los organismos descentralizados o paraestatales que cuentan con personalidad jurídica propia, de la cual carece la notaría... no es una dependencia

Finalmente existe la postura ecléctica, es decir, aquélla que considera que si bien es cierto que la actividad notarial es una función pública, regulada y vigilada por el Estado, también lo es que dicha actividad está a cargo de un particular, Licenciado en Derecho, investido de la facultad fedataria no por designación o nombramiento por parte del Gobierno, sino previo otorgamiento de la patente respectiva que lo acredita como Fedatario Público, mediante la aprobación de un examen de oposición, en reconocimiento de su capacidad y experiencia necesarios para ser distinguido con dicha facultad. Personalmente consideramos que ésta es la postura que mejor explica la naturaleza jurídica de la función notarial, pues así lo establece la propia Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 26, al disponer que:

Artículo 26.- La función autenticadora es la facultad otorgada por la Ley al Notario para que se reconozca como cierto lo que éste asiente en las actas o escrituras públicas que redacte, salvo prueba en contrario.

La función autenticadora deberá ejercerla de manera personal y en todas sus actuaciones de asesoría, instrumentación y juicio, conducirse conforme a la prudencia jurídica e imparcialmente.

La función notarial es el conjunto de actividades que el notario realiza conforme a las disposiciones de esta Ley, para garantizar el buen desempeño y la seguridad jurídica en el ejercicio de dicha función autenticadora. Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública.

1.2.3. Breve reseña de la evolución del Notario, como principal Fedatario Público en el otorgamiento de actos y hechos jurídicos.

de gobierno ni una paraestatal... Por otro lado, el notario no puede ser empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente en su favor; no puede aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario bajo la dirección y dependencia del Estado, sino por el contrario, para actuar con imparcialidad en garantía de los particulares, debe permanecer libre de esa clase de vínculos...".
PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. Cit.*, p. 165 y ss.

En este apartado expondremos de manera somera la evolución de la institución notarial a lo largo de la historia de la humanidad.¹⁸ La expresión “somera”, la utilizamos debido a que en realidad, la evolución del notariado es muy extensa ya que algunos autores consideran que sus inicios se remontan casi al inicio de la humanidad, con la aparición del lenguaje y la necesidad de dejar constancia de los sucesos y acontecimientos, tanto de la vida cotidiana como de aquéllos que se presentaban de manera fortuita. Por ello, hemos dividido dicha evolución en cuatro etapas: La primera la denominamos Edad Antigua, y abarca desde los inicios de la humanidad hasta antes de la Edad Media; la segunda precisamente se refiere a la actividad notarial desarrollada durante este período (Edad Media) y concluye con el descubrimiento de América; la tercera la hemos denominado como Edad Moderna, y en ella expondremos lo relativo a la actividad notarial, principalmente la desarrollada desde el descubrimiento de América hasta la Época Colonial; y por último, en la cuarta etapa, denominada Época Contemporánea, expondremos los antecedentes legislativos de la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal.

1.2.3.1. Edad Antigua.

Como lo señalamos antes, algunos autores se remontan al inicio de la humanidad tratando de encontrar en dicha época antecedentes de la institución notarial. Si bien es cierto que desde la antigüedad existen algunos indicios que constatan que para los hombres de aquellos tiempos, ya era importante dejar constancia de los acontecimientos que ellos vivían, lo que hacían a través de pinturas, murales o grabados que han sido encontrados en cavernas y otros lugares que solían habitar, también lo es que dichas manifestaciones no constituyen (a nuestro criterio) un verdadero antecedente de la función fedataria del notario. Sin embargo, consideramos importante mencionarlos debido al hecho de que no son

¹⁸ Vale la pena aclarar que nos referimos a la evolución, sobre todo, del Notariado de Tipo Latino (institución a la que pertenece nuestro sistema notarial), término que analizamos más adelante en éste capítulo y que, generalmente, se utiliza en la doctrina para distinguirlo de otros tipos de Notariado.

pocos los autores que opinan lo contrario, otorgando a dichas expresiones el carácter de “*documento monumental*”.

Para efectos de nuestra investigación, hemos dividido esta etapa haciendo mención de 5 grandes civilizaciones que han heredado a la humanidad una cantidad innumerable de conocimientos en diversas ramas, y en cuanto a la materia notarial, no podía ser la excepción. Dichas civilizaciones son: Los Hebreos, los Egipcios, los Griegos, los Romanos y, finalmente, los Aztecas.

1.2.3.1.1. Los Hebreos.

Dentro de la civilización hebrea existieron varias clases de escribanos o “*scribae*”: Escribas del Rey, de la Ley, del Pueblo y del Estado. Dichos escribas ejercían fe pública pero no la prestaban por propia autoridad, sino que dicha fe dimanaba de la persona de quién el escriba dependía. Estos funcionarios tenían conocimientos caligráficos y en algunas otras ramas, sin embargo, podemos concluir que ellos no eran verdaderos notarios, sino amanuenses, es decir, personas que se encargaban de transcribir la voluntad de las personas a las que servían.

1.2.3.1.2. Egipto.

En el pueblo egipcio encontramos quizá el antecedente directo más remoto de la actividad notarial (algunos autores lo ubican hacia el año 2600 a.C.) y dicha función estaba a cargo de un “escriba”. Al igual que en el caso de los hebreos, existían diferentes clase de escribas. Estaban al servicio del Faraón o Visir e inclusive al servicio del ejército. Su función se encontraba más relacionada con la redacción de documentos y control de los productos del campo. Ejercían redactando los actos ante ellos celebrados en “*papiro*”, un material muy semejante al papel común, pero todas sus actuaciones tenían que ser sancionadas, firmadas y selladas por una autoridad religiosa o por algún funcionario del gobierno.

1.2.3.1.3. Grecia.

Al igual que los casos anteriores, en Grecia existieron varias clases de funcionarios públicos que tienen relación de manera directa o indirecta con la actividad notarial. De esta manera, los autores mencionan la existencia de “*singraphos*”, “*apographos*” y “*mnemones*”. Algunos consideran que los “*apographos*” eran auténticos notarios ya que sus actas o instrumentos levantados gozaban de fe pública, aunque otros consideran que sólo se trataba de “copistas originales”, en oposición a los autógrafos o “*singraphos*”. En cambio, a los “*mnemones*” le correspondía conservar y registrar los tratados y los actos públicos de los contratos privados. Algunos autores mencionan también la existencia de los “*logógrafos*”, quienes se encargaban de redactar los discursos de los acusados que tenían que defenderse por sí solos.¹⁹

1.2.3.1.4. Roma.

En Roma también existieron muchos personajes relacionados con la actividad notarial. Así encontramos al “*Tabelión*”, los “*Appariatores*”, los “*Librarii*”, el “*scriba*”, el “*notarii*”, los “*Chartularii*”, los “*Actuarii*”, los “*Emanuenses*”, y muchos otros más, todos ellos relacionados con la escritura y, por ende, con la actuación del notario. Sin embargo, de entre todos los mencionados, es el “*Tabelión*” el que, debido a las actividades realizadas, es un verdadero antecesor del notario actual. Este “*Tabelión*” era un profesional privado encargado de redactar y conservar instrumentos y testamentos. No obstante la enorme cantidad de funcionarios relacionados con la actividad notarial, es de resaltarse que en Roma, la fe pública la ostentan los jueces y no los notarios.²⁰

¹⁹ Cfr. GARCIA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc, *Historia del Derecho Notarial: con especial referencia al estado de Guerrero*, México, Trillas, 2000, p. 21-23.

²⁰ Ponciano López Juárez señala que: “...en la Roma clásica existía el *scriba*, funcionario que fungía como una especie de secretario de actas. Posteriormente, en la Monarquía romana, se empezó a utilizar la palabra *notarius*... Con dicho término se identificaba a un simple amanuense que tomaba el dictado, que anotaba (*notarius*, ii (*m*) viene de *nota*, ae (*f*), i.e. “anotación”)... Posteriormente, en el Imperio Romano de Oriente... se

1.2.3.1.5. Los Aztecas.

En nuestro país, antes de la llegada de los españoles, no existía la figura del notario en el sentido que actualmente lo conocemos. Sin embargo, existía un personaje llamado “*Tlacuilo*” (derivado de “*tlacuiloa*”, que significa escribir o pintar), que era el artesano azteca encargado de dejar constancia de los acontecimientos suscitados, mediante la utilización de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos. Este “*Tlacuilo*”, a la manera del escriba egipcio o del “*mnemon*” en Grecia, se encargaba de hacer públicos los actos.

1.2.3.2. Edad Media.

Solemos designar como Edad Media o Medioevo, al período histórico de la Civilización Occidental, comprendido entre el siglo V y el XV. Su comienzo se sitúa tradicionalmente en el año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente y su fin con el descubrimiento de América en el año 1492, o bien con la caída del Imperio Bizantino, fecha que tiene la ventaja de coincidir con la invención de la imprenta (Biblia de Gutenberg) y con el fin de la Guerra de los Cien Años, en 1453.

Generalmente a este período se la ha conocido como la “noche de la historia”, debido a que durante él no hubo grandes avances en las ciencias ni descubrimientos de importancia que motivaran la evolución cultural de la humanidad, por lo que la institución notarial no podía ser la excepción. No obstante lo anterior, sí podemos destacar algunos acontecimientos importantes relacionados con la figura del notario.

En primer lugar, en el siglo VI de nuestra era por vez primera se lleva a cabo una regulación positiva del notariado atribuida al emperador Justiniano, quien en su

designa al sujeto encargado de redactar documentos con la palabra tabellio, onis (m). esta palabra viene de tabella, ae (f) que significa “tablilla”, “tableta para escribir en comicios o tribunales”, así como “documento escrito”... Así, podemos concluir que, en su uso paradigmático, las palabras notarius, tabellarius, tabellio y finalmente “notario” designan todo lo relativo a las notae, tabellae, en fin, todo lo relacionado con la actividad escrita.”. LOPEZ JUAREZ, Ponciano, Op. Cit. p. 9.

enorme obra de compilación y legislación, conocida como Corpus Juris Civilis, dedica en las llamadas constituciones o novelas XLIV y LXXIII a regular la actividad del notario (en ese entonces Tabellio o Tabellión) y el protocolo, otorgándole el carácter de fidedigno, con cierto valor probatorio al documento redactado por él. Este personaje era un conocedor de las leyes, redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba copia del documento a las partes.²¹

Otro acontecimiento importante durante este período es el surgimiento de la llamada Escuela de los Glosadores o Escuela de Bolonia, cuyo máximo exponente fue Rolandino Passaggeri. Entre sus obras más importantes podemos señalar la “*Summa Artis Notariae*”, cuya finalidad era corregir y mejorar las fórmulas notariales existentes en la época. También está “*La Aurora*”, que contenía principalmente comentarios a la obra anterior; y por último “*Tractus Notalarum*”, una especie de introducción al arte notarial que contenía estudios de derecho notarial y derecho sustantivo relacionado con la materia.²²

En el caso de España, entre los siglos XIII y XV se hace pública la función del notario, con la publicación de diversas disposiciones como “El Fuero Real” y “Las Siete Partidas”. Sin embargo, a este período se le considera como la etapa negra del notariado, ya que con dichas leyes se creó la figura de los Oficios Públicos y Vendibles, por lo que las autoridades se dieron a la tarea de vender los cargos notariales. De esta manera nació el Fiat, nombre que se le dió al pago para conseguir el oficio de notario. También surgió la Media Annata, un pago anual que cada notario estaba obligado a hacer al fisco, en relación con la cantidad de habitantes de la población donde estuviere en funciones.²³

²¹ Cfr. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. Cit.*, p. 3 y ss.

²² *Ibid.*, p. 67 y ss.

²³ Cfr. GARCIA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc, *Op. cit.*, p. 39.

Para finalizar este período haremos mención a la *Bula Inter Caetera* de donación del Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos de España, del 3 de mayo de 1493, mediante la cual, la iglesia católica cede la propiedad de las “tierras descubiertas del nuevo mundo” a dichos reyes y a sus herederos, por ser de importancia para la actividad notarial, debido a las facultades que delega en los notarios o escribanos, para llevar el contenido de dicho documento y tenerlo por cierto frente a aquéllos que no lo presenciaren, al disponer que:

*Pero como sería difícil llevar las presentes letras a todos aquellos lugares en los que podrían resultar necesarias, queremos y con similar determinación y conocimiento determinamos que todas las copias de las mismas que fueran suscritas por un notario público y munidas con un sello de alguna persona investida de una dignidad eclesiástica, o de una curia eclesiástica, gocen del mismo valor probatorio en un juicio o fuera de él que si fueran mostradas las presentes.*²⁴

1.2.3.3. Edad Moderna.

Para efectos de nuestro estudio, ubicaremos esta etapa desde el descubrimiento de América, señalando algunos de los aspectos más relevantes relacionados con la actividad notarial durante la época colonial en nuestro país.

Así pues, podemos comentar que entre los integrantes de la expedición encabezada por Cristóbal Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, escribano del consulado del mar, quien fue el encargado de dar fe y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos, de la Isla de Guanahaní. Por ello es considerado como el primer escribano o notario que ejerció en América.²⁵

²⁴ Bula Inter Caetera de Donación del Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos del 3 de mayo de 1493. http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1493_258/Primera_Bula:Inter_caetera_de_Donaci_n_del_Papa_AI_443.shtml. 4 de Febrero de 2009, 20:35 hrs.

²⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. Cit.*, p. 12-15.

Con la llegada de los españoles al territorio mexicano y la posterior conquista de los pueblos que originalmente lo habitaban, y por supuesto, fundación de la Nueva España, la actividad notarial fue cobrando mayor relevancia, ya que los escribanos, como fedatarios, se encargaron de dejar constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y otros hechos relevantes. En un principio la función notarial se ejerció por escribanos peninsulares que posteriormente fueron sustituidos por criollos. Las Leyes de Castilla tuvieron una rápida incorporación en La Nueva España.

Durante este período es interesante destacar la figura de Hernán Cortés, ya que dicho personaje tenía una inclinación especial por las cuestiones notariales, ya que primero practicó con un escribano en Valladolid y posteriormente en Sevilla. Ya en tierras americanas, en Santo Domingo solicitó una escribanía del Rey, misma que le fue negada, aunque con posterioridad se le otorgó la escribanía del Ayuntamiento de Asúa. Más tarde, durante la gubernatura de Diego de Velázquez se le otorgó otra escribanía.²⁶

Otro dato relevante es que, con las Leyes de Indias, se declararon vendibles y renunciables los oficios de escribanías y otros más, es decir, se hicieron susceptibles de ser considerados como propiedad privada.

Podemos finalizar la exposición de este período haciendo referencia a las instituciones notariales que se forjaron durante el mismo.

En primer lugar debemos destacar a la Cofradía de los Cuatro Evangelistas, institución en la que se encontraban agremiados los escribanos de la Nueva España. Esta organización obtiene la licencia del Rey en el año de 1592, sin embargo, decae hacia el año de 1777 debido a que admitió en su organización a toda clase de personas, indiscriminadamente.

²⁶ CARRAL Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, 12ª ed., México, Porrúa, p. 77 y ss.

Posteriormente, en el año de 1776, un grupo de escribanos de la Ciudad de México inicia las gestiones ante el rey para erigir su propio Colegio, lo cual fue aprobado el 22 de junio de 1792 por el rey Felipe V, concediendo a los escribanos la autorización para usar el título Real, bajo la protección del Consejo de Indias, autorizado para usar sello con armas reales y gozando de los privilegios correspondientes. Finalmente el 27 de diciembre de 1792 se erigió solemnemente el “Real Colegio de Escribanos de México”, el cual se cree que es el primer colegio de escribanos del continente americano y ha funcionado ininterrumpidamente desde su fundación hasta nuestros días.²⁷ Actualmente se le conoce con el nombre de Colegio de Notarios del Distrito Federal.

1.2.3.4. Época Contemporánea.

Ya hemos abordado la evolución del notario desde sus orígenes, tratando de resaltar los datos más sobresalientes de la función notarial. En este apartado vamos a hacer referencia únicamente a las leyes que han regulado la actividad notarial en el Distrito Federal durante el siglo pasado, destacando los puntos más relevantes de cada una de ellas.²⁸

1.2.3.4.1. Ley del Notariado de 1901.

Esta ley fue promulgada el 19 de diciembre de 1901, en vigor el primero de enero de 1902. En ella el ejercicio de la función notarial se consideraba de orden público. Autorizaba a los Jueces de Primera instancia para desempeñar las funciones notariales, cuando no hubiese notario en el lugar. Asimismo, el poder ejecutivo podía autorizar a los jueces menores de aquéllos lugares donde no hubiera notaría para ejercer las funciones de notario. El notariado se caracterizaba por ser una función pública, conferida por el Gobierno Federal, pero sin que el notario se encontrara

²⁷ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Op. cit.*, p. 78.

²⁸ Para un análisis más extenso de dicha legislación, consultar PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. cit.*, p. 52-64; y RIOS HELLIG, Jorge, *Op. cit.*, p. 20-26.

sujeto a un sueldo proveniente del erario. En su artículo 12 definía al notario como “...el funcionario público que tiene fe pública para hacer constar, conforme a las leyes, los actos que según éstas deben ser autorizados por él...”. Además de los notarios titulares existía la figura de los notarios adscriptos, quienes suplían al titular en sus ausencias. Los aspirantes a notarios podían trabajar con el titular en calidad de adjuntos o adscriptos. En 1925 se reformó esta Ley, señalando que en caso de ausencia definitiva del notario titular, la vacante sería cubierta por el aspirante más antiguo de la notaría. Desde esta ley ya se preveía la obligación de registrar la firma y el sello del notario ante las autoridades correspondientes. Los libros del protocolo constaban de 150 fojas cada uno, numerados por páginas. Asimismo, existía un “libro de poderes” en el que se asentaban los contratos de mandato. Cabe señalar que dicha ley no existía distinción alguna entre escritura y acta notarial, pero sí contemplaba la posibilidad de recibir las “minutas”²⁹ presentadas por los interesados, las cuales fueron suprimidas por el artículo 82 de la Ley del Notariado de 1945.

1.2.3.4.2. Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932.

Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1932, la cual abrogó a la de 1901. En su estructura general sigue los lineamientos de la Ley anterior, por lo que las reglas aplicables al protocolo, a las escrituras, requisitos e impedimentos para ser notario, siguen siendo los mismos. Aún contempla la existencia y utilización de las *minutas*. No obstante que esta Ley permaneció en esencia igual que la de 1901, contuvo 3 cambios importantes de resaltar: 1) Se excluyeron a los testigos de la actuación notarial, subsistiendo éstos sólo como testigos instrumentales en los testamentos, acorde con lo señalado por el Código Civil; 2) Instituye el examen de aspirante a notario, sustentado ante un jurado

²⁹ Las “minutas” eran una especie de documento preliminar en el que se consignaban las bases del contrato o acto que posteriormente ha de elevarse a escritura pública. En este sentido, el maestro Manuel Borja Soriano, citado por Jorge Ríos Hellig, señala que “los interesados, al escoger la forma de minuta, se colocan en la situación jurídica de no tener más derecho que el de exigir el otorgamiento de la escritura, o la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda...”.

integrado por 4 notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal; y
3) Otorgó al Consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal.

1.2.3.4.3. Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945.

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de febrero de 1946, en vigor a los 30 días siguientes a su publicación. Esta Ley consideraba al notariado como una función de orden público encomendada a profesionales del derecho que obtuvieran la patente correspondiente. Su artículo segundo definía al notario como “...la persona, varón o mujer, investido de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes...”. Reconocía al notario como un funcionario público y un profesional del derecho. El notario sólo podía actuar dentro del territorio del Distrito Federal, aunque los actos ante él otorgados, podían referirse a cualquier otro lugar (igual que la Ley actual). Esta Ley estableció el examen de oposición como único medio para obtener la patente de notario y sólo podían participar en dicho examen aquéllos que tuvieran la categoría de aspirante a notario. Al igual que la ley de 1901, los libros del protocolo debían estar encuadernados y empastados y constar de 150 fojas, es decir, 300 páginas. El protocolo sólo podía ser sacado de la notaría por el propio notario para recabar firmas dentro de su jurisdicción (la Ley actual contempla la posibilidad de que el protocolo pueda salir de la notaría por conducto de una persona autorizada por el notario para el mismo fin, artículo 79). Esta Ley ya distingue entre escrituras y actas notariales. Las primeras contienen actos jurídicos y las segundas hechos jurídicos o materiales. Contempla la observancia de determinados formalismos para la redacción del instrumento notarial, como los contemplados por la Ley actual. Si la escritura no se firmaba en el término de un mes (la Ley actual dice 30 días naturales, artículo 116) contados a partir de la fecha en que se extendía en el protocolo, debía ponerle razón de “no pasó”. Asimismo, contemplaba la posibilidad de asociación entre notarios para suplirse recíprocamente en caso de ausencia y establecía su colegiación obligatoria.

1.2.3.4.4. Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980.

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1980, en vigor 60 días después de su publicación. Dicha Ley se mantiene en esencia muy similar a su predecesora, sin embargo podemos señalar algunos cambios importantes: Por reforma del 13 de enero de 1986 se modificó la definición de notario, sustituyendo la terminología de funcionario público por la de licenciado en derecho. Establece el “*Protocolo Abierto Especial*”, destinado a los actos y contratos en los que intervenga el Gobierno del Distrito Federal. Asimismo, el 6 de enero de 1994 se modificaron varios artículos, resaltando el 42 que señala que el protocolo ordinario será abierto, formado por folios numerados y sellados que deberán encuadernarse en libros integrados por 200 folios. También estableció la utilización del “*libro de registro de cotejos*”.

1.2.3.4.5. Ley del Notariado para el Distrito Federal del 30 de Noviembre de 1999.

Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de marzo de 2000, en vigor a los 60 días naturales a partir de su publicación. Esta es la Ley que actualmente se encuentra en vigor. Conserva en general el espíritu de las Leyes anteriores. Ratifica al notario como un profesionista liberal en ejercicio de una función pública. Continúa con el sistema de incorporación al notariado, previa obtención de la patente correspondiente, mediante la aprobación de un examen de oposición. Sólo pueden presentar dicho examen aquéllos que previamente tuvieran el carácter de Aspirante a Notario. El protocolo se lleva en folios encuadernables los cuales se empastarán en libros compuestos por doscientos folios cada uno. Excepcionalmente los libros podrán exceder dicha cantidad cuando al asentar el instrumento que corresponda se rebase ese número. Realza la actividad notarial como una función preventiva y constituye al notario como un auxiliar en la administración de justicia. Contempla la posibilidad de asociación entre notarios para suplirse recíprocamente en sus ausencias, pudiendo celebrar dichos convenios de asociación hasta por tres

notarios. En general, esta Ley contiene los principios deontológicos y jurídicos que rigen la actividad notarial en el Distrito Federal.

1.2.4. El Notariado de Tipo Latino y otros tipos de Notariado.

A lo largo de este capítulo, al abordar lo relativo a la función notarial y al Notario, como principal exponente de la función fedataria, señalamos brevemente que, en nuestro sistema jurídico, la actividad notarial pertenece a lo que la doctrina ha denominado Notariado de Tipo Latino. Lo anterior es reafirmado por la propia Ley del Notariado para el Distrito Federal, al disponer, en su artículo tercero, que:

Artículo 3.- En el Distrito Federal corresponde al Notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución.

El Notariado es una garantía institucional que la Constitución establece para la Ciudad de México...

*El Notariado como garantía institucional consiste en el sistema que, **en el marco del notariado latino**, esta ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del Derecho y establece las condiciones necesarias para su correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en términos de Ley.*

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

Se denomina Notariado de Tipo o Corte Latino a la actividad notarial desarrollada en aquéllos países cuyo sistema jurídico deriva de la tradición jurídica Romano-Germánica y se utiliza dicho término para distinguirlo de otros tipos de Notariado, como son el Anglosajón y el Totalitario, principalmente. Se caracteriza, esencialmente, por exigir que el Notario sea un abogado, un especialista en derecho cuya principal función es la de redactar instrumentos con plenos conocimientos legales. Dentro de este sistema, el Notario se convierte en un auténtico perito en derecho. Es un asesor de las partes. Previene conflictos judiciales, interpreta la voluntad de las partes, redacta, explica y autoriza los instrumentos de su autoría, los reproduce y guarda bajo su responsabilidad, dejando constancia de su otorgamiento

(Principio de Matricidad). Sus conocimientos y capacidad de interpretación del derecho lo convierten en un auxiliar en la administración de justicia. Actúa imparcialmente y a petición (rogación) de parte. Generalmente los miembros de éste tipo de Notariado se encuentran “colegiados”, lo que ayuda al Estado a llevar a cabo correctamente la función disciplinaria y de vigilancia sobre los Notarios. Todas éstas características, desarrolladas con el paso del tiempo, forman parte integrante de la institución del Notariado de Tipo Latino, características que, en cambio, no poseen ni el Notariado Anglosajón ni el Totalitario. En ese sentido, el maestro Jorge Ríos Hellig menciona, respecto a estos tipos de Notariado, que:

Generalmente no hay colegio de notarios, no hay principio de Matricidad, no hay asesoría imparcial, no hay necesidad de que sus exponentes sean abogados, el notario de carácter anglosajón se limita en la mayoría de las veces a la certificación de la puesta de la firma de una persona, en un documento o a dar fe de la identidad de ésta, no redacta el instrumento, no se introduce al fondo del acto, no vigila la legalidad, el juez tiene siempre la última decisión. No es un asesor jurídico, ni interpreta la voluntad de las partes, no tiene archivos y su cargo es temporal.

El notario totalitario corresponde a regímenes primordialmente de carácter socialista en donde si bien se reconoce la propiedad privada en algunos casos, el tráfico jurídico es muy pequeño, es poco el índice que puede haber de operaciones particulares, dentro de este sistema totalitario el notario forma parte integral del aparato burocrático, pero eso no quiere decir que sea un notario anglosajón forzosamente, puede llegar a ser de corte latino si es que su país aplica leyes de origen románico, como por ejemplo el notariado cubano.³⁰

³⁰ RÍOS HELLIG, Jorge, *Los Principios...*, Op.Cit., p. 18-19.

CAPITULO 2

LA EUTANASIA.

GENERALIDADES, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.

2.1. GENERALIDADES.

A lo largo de este capítulo desarrollaremos algunos aspectos sobresalientes relacionados con la eutanasia. En la primera parte abordaremos lo relativo al origen del concepto y su distinción de otros vocablos que, si bien se le relacionan, pueden tener significados distintos e inclusive opuestos. En la segunda parte se establecen los principales criterios que pretenden fundamentar su práctica. En la tercera parte exponemos el desarrollo histórico de la eutanasia y su utilización en diferentes culturas y civilizaciones, desde su origen hasta la actualidad y, en la parte final, analizaremos diversas legislaciones que regulan su práctica, así como algunas otras alternativas que recientemente han surgido, hasta llegar a los antecedentes que de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, han existido en nuestro país. Ello si es que pueden denominarse “antecedentes”, ya que el objeto que regula esta legislación –la *ortotanasia*– es nuevo dentro de nuestro sistema jurídico, al menos en la forma en que se ha establecido en dicha Ley, por que las prácticas eutanásicas (al parecer) siempre han existido en nuestro país, aunque nadie lo reconozca abiertamente.

Aclaremos desde éste momento el título del presente capítulo, pues si bien es cierto que la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, regula la práctica de la *ortotanasia*, también lo es que nuestra investigación pretende establecer si esta regulación es adecuada y, en ese proceso, determinar si dicho concepto es diferente al de eutanasia o si en realidad se trata de conceptos equivalentes o sinónimos, lo cual, de ser así, inevitablemente nos llevaría a preguntarnos: ¿Por qué nuestros legisladores prefirieron emplear el término *ortotanasia* en lugar del de *eutanasia*? Suponemos que la razón de lo anterior es que ellos conocen perfectamente las diferencias existentes entre ambos conceptos, ó ¿Será que simplemente prefirieron evitar la polémica que siempre ha despertado en la sociedad la palabra *eutanasia*? Estas y otras interrogantes son las que trataremos de desentrañar a lo largo de este capítulo.

2.1.1 Origen del Vocablo.

Fue Francis Bacon quien en el año de 1623 introdujo este término en el lenguaje científico. Su etimología deriva del griego “eu” (bueno) y “*thanatos*” (muerte), y se traduce como buena muerte, entendiéndose como tal “*una muerte apacible, sin dolores ni tormentos*”. Sin embargo, el historiador William E.H. Lecky, fue quien en el año de 1869 utilizó por primera vez el término en su acepción actual³¹, como “*la acción que por motivos de piedad suprime la vida de un enfermo terminal*”³². En este punto todo parece bastante claro, sin embargo, con el transcurso del tiempo, el término eutanasia se extendió hacia otras prácticas, principalmente relacionadas con la terminación intencional de la vida, en aquéllos casos en que se presume que una persona ya no está viviendo, sino simplemente “sobrevive” y que, por lo tanto, no se considera necesaria la preservación de su vida. Al menos con ésta última acepción es como los alemanes concibieron la eutanasia durante la Segunda Guerra Mundial, fundando en ella las horribles prácticas de exterminio, en lo que se considera uno de los episodios más tristes en la historia de la humanidad. Lo anterior ha provocado innumerables debates a lo largo de la historia, principalmente en lo concerniente a determinar en qué casos se considera que para una persona no vale la pena seguir viviendo.

Y los debates continúan, con mayor fuerza en los últimos años, desde la promulgación en Holanda, en el año 2001, de la primera Ley en el mundo que acepta

³¹ A Francis Bacon se le atribuye el uso del término eutanasia con la acepción actual. Esto no es exacto, pues Bacon no postula con la palabra eutanasia la muerte del enfermo, sino sólo la ayuda en el morir. En efecto, Francis Bacon exhorta a los médicos a no aceptar el dolor como una fatalidad, sino a investigar métodos que disminuyan los sufrimientos y hagan más benigno el último trance del moribundo. Hoy llamaríamos a esto aplicar cuidados paliativos, es decir, acciones dirigidas no a atacar la enfermedad, sino a aliviar el dolor. Cfr. PEREZ VALERA, Víctor Manuel, *Eutanasia ¿Piedad? ¿Delito?*, México, Editorial Limusa, 2003, p. 98 y ss.

³² Fernando Cano Valle, al citar a Federico Ortiz Quezada, señala que: “El término eutanasia se popularizó a partir del siglo XVII y se usó ampliamente para designar diversas formas de muerte tranquila y natural. A partir del siglo XIX, se refiere a todas las formas de muerte permitidas o provocadas en el padeciente (sic).”. CANO VALLE, Fernando, et al (coord.), *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, 1ª reimpresión, México, Universidad nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p.102-104.

oficialmente las prácticas eutanásicas. En nuestro país, concretamente en el Distrito Federal, en el mes de enero de 2008, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, misma que será objeto de estudio en los capítulos siguientes.

2.1.2. Definición.

Todos hemos escuchado (y en ocasiones, quizá hasta opinado) acerca de la eutanasia, pero, ¿En verdad sabemos a qué nos referimos cuando utilizamos dicho término? Regularmente solemos conceptualizar la eutanasia como la muerte provocada a otra persona para evitar su sufrimiento. No obstante, para que dicha muerte pueda considerarse como eutanasia debe cumplir con determinados requisitos o características, ya que de lo contrario podríamos caer en alguna otra figura, como podría ser el homicidio piadoso. Por ello y antes de ofrecer algunas definiciones de este concepto, señalaremos los requisitos mínimos que se deben cumplir para que algún acto u omisión puedan considerarse como eutanasia y discernir con claridad dicho término de figuras similares.

Dichos requisitos son:

- Se debe estar en presencia de una enfermedad crónica, incurable o irreversible.
- La enfermedad en cuestión debe provocar sufrimiento o dolor extremo e insoportable en quien la padece.
- El motivo que influye para realizar dicha práctica debe ser la piedad.
- Se puede llevar a cabo tanto por acción como por omisión.
- Se debe realizar a solicitud de quien padece la enfermedad o, en su defecto, de sus familiares más cercanos.

A continuación expondremos algunas definiciones de eutanasia para analizar sus elementos:

- *Acabar intencionalmente por piedad la vida de otro ser humano (Asociación Médica Americana, 1973).*
- *Una acción o una omisión que, por su naturaleza o en la intención, causa la muerte con el fin de eliminar el dolor (Congregación para la Doctrina de la Fe).*
- *Acción deliberada para terminar con la vida de una persona, realizada por otra persona distinta, a petición de la primera (P.J. Van Der Mass).*
- *Acción positiva que por motivos de piedad provoca la muerte de un enfermo moribundo, desahuciado o con grave deformación permanente, con o sin la petición o consentimiento expreso de la víctima (Víctor Manuel Pérez Valera).*
- *Muerte dulce y sin sufrimiento que se da a los enfermos incurables, cuya evolución de la enfermedad es fatal y que están torturados con dolores físicos intolerables y persistentes que los medios terapéuticos no pueden atenuar. (Dérobert).*
- *Práctica que procura la muerte, o mejor, abrevia una vida para evitar grandes dolores y molestias al paciente, a petición del mismo, de sus familiares o, sencillamente por iniciativa de tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo (Gonzalo Higuera).*
- *Acto por virtud del cual una persona autorizada para ejercer legalmente la profesión médica, apresura la muerte del enfermo o moribundo en agonía que padece una enfermedad incurable o en muerte cerebral, mediante el consentimiento del mismo o de sus familiares, por medio de los agentes adecuados para evitar su sufrimiento (Cipriano Sotelo Salgado).*

Como podemos apreciar, existen infinidad de definiciones de eutanasia y cada una pone énfasis en diferentes elementos. Las definiciones propuestas por la Asociación Médica Americana y por la Congregación para la Doctrina de la Fe, son demasiado generales. La primera señala como móvil de la acción el motivo de piedad y la segunda hace referencia a *eliminar el dolor*. Sin embargo, aunque ambos elementos son indispensables para determinar si se trata o no de eutanasia, las dos definiciones podrían corresponder a lo que se conoce como homicidio por piedad. Por su parte, la definición propuesta por Van Der Mass, ni siquiera contempla el motivo de piedad o la existencia de una enfermedad crónica o incurable ni el sufrimiento o dolor extremo, por lo que, con mayor razón entraría dentro del concepto de homicidio o bien de la ayuda al suicidio. La definición propuesta por Pérez Valera es más completa, no obstante, podemos criticar el que para dicho autor sea motivo para llevar a cabo la práctica de la eutanasia la existencia de una *deformación grave*, por tratarse, en nuestra opinión, de un concepto demasiado abstracto. Además consideramos demasiado peligroso el que para este autor la eutanasia pueda llevarse a cabo *con o sin la petición o consentimiento expreso de la víctima*. Sin embargo, en la doctrina no son pocos los autores que conciben la práctica de la eutanasia aún sin contar con dicho consentimiento, en lo que han denominado como *eutanasia no voluntaria* ó *eutanasia involuntaria*.³³ Por su parte, las definiciones propuestas por Dérobert y Gonzalo Higuera, son todavía más completas, pero podemos criticar, de la primera, la omisión del requisito de que la realización de la eutanasia deba realizarse a solicitud del paciente o en su caso de sus familiares, y de la segunda que, aún previendo dicho requisito, vaya más allá, al establecer que inclusive pueda llevarse a cabo *sencillamente por iniciativa de tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo*. Finalmente, la

³³ Para John Finnis la eutanasia se clasifica en: eutanasia voluntaria, consistente en dar muerte a petición de la persona; eutanasia no voluntaria, cuando la persona que recibe la muerte no era capaz de aceptar o rechazar tal propuesta; y eutanasia involuntaria, que se presenta cuando la persona a la que se le da muerte, sí era capaz de hacer tal solicitud, sin embargo no la hizo y aún así se le dio muerte. Cfr. KEOWN, John, (comp.), *La Eutanasia Examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*. Trad. De Esteban Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 49.

definición de Cipriano Sotelo Salgado es, a nuestro parecer, la que mejor se adapta a los requisitos que señalamos para que un acto u omisión se puedan considerar como eutanasia, además de que, para dicho autor, la eutanasia debe llevarse a cabo por *una persona autorizada para ejercer legalmente la profesión médica*. Ello podría ser un requisito más para llevar a la práctica la eutanasia, ya que, al ser practicada por un profesional de la medicina, existiría un mayor control en su realización y quizá se aseguraría el menor sufrimiento físico posible para el paciente, al llevarse a cabo en una institución de salud, ya sea pública o privada, por lo que esta condición podría servir de contingente para evitar “muertes injustas” provocadas por cualquier persona (no médico), aduciendo que si bien es cierto que provocó o ayudó a una persona a encontrar la muerte, lo hizo por motivos de piedad, arguyendo que se trata de eutanasia. Aunque también valdría la pena preguntarnos: ¿Qué pasaría en aquellos casos en dónde no es posible contar con la intervención médica?, ¿Existiría la eutanasia?, ¿Se trataría de un homicidio?, si es así ¿La pena sería igual que la del homicidio simple? Pese a ello, creemos que ésta definición es la mejor expresa la idea de eutanasia.

Por nuestra parte, consideramos que la eutanasia es el acto u omisión que, por motivos de piedad, realiza un profesional de la medicina a solicitud del propio enfermo o de sus familiares y que provoca la muerte de una persona que padece un sufrimiento o dolor insoportables derivados de una enfermedad crónica, incurable, degenerativa y/o en etapa terminal.

2.1.3. Clasificación de la eutanasia.

Al igual que en el caso de la definición, cada autor que trata el tema tiende a clasificar la eutanasia tomando en cuenta diversos criterios, por lo que existen un gran número de clasificaciones. Sin embargo la mayoría de los autores coinciden con

la llamada **División Clásica de la Eutanasia**,³⁴ que la clasifica en base a los siguientes criterios:

a) Tomando en cuenta la acción o la omisión del agente:

- Eutanasia Activa o Positiva: Consiste en la acción encaminada a provocar la muerte del moribundo.
- Eutanasia Pasiva o Negativa: Puede revestir 2 formas: Abstención Terapéutica y Suspensión Terapéutica. En la primera no se inicia tratamiento alguno; en la segunda se suspende el tratamiento.

b) Tomando en cuenta la intención del agente:

- Eutanasia Directa: Acto que deliberadamente provoca la muerte, la pretende como un fin.
- Eutanasia Indirecta: La muerte resulta como un efecto secundario no pretendido en sí.

c) Por la voluntad del paciente:

- Eutanasia Voluntaria: Se realiza a petición de la víctima y con su consentimiento.
- Eutanasia No Voluntaria: Impuesta en contra o sin contar con la decisión del enfermo.

En el mismo sentido, pero suprimiendo el criterio de la intención del agente, tanto la **Organización Vida Humana Internacional**, como la autora argentina

³⁴ PEREZ VALERA, Víctor Manuel, *Op.Cit.*, p. 23 y ss.

Graciela Medina, clasifican la eutanasia en: activa y pasiva; y voluntaria e involuntaria.³⁵

Adicionalmente existen algunas sub-clasificaciones. Así, por ejemplo, para Cipriano Sotelo Salgado,³⁶ la eutanasia activa se clasifica en:

- Eutanasia Occisiva: Consiste en la aplicación de medicamentos que acabando con los dolores del enfermo abrevian su vida.
- Eutanasia Lenitiva: Es aquella que consiste en que sin restar duración a la vida del enfermo, le suprime dolores haciendo que no se haga sentir la muerte cuando llegue.
- Eutanasia Omisiva u Ortotanasia: Este tipo de eutanasia por omisión, es aquella en que se omiten los servicios médicos a una persona porque se considera que su enfermedad ya no tiene posibilidad de mejorar. A diferencia de la eutanasia activa en la cual se induce a la muerte por acción, en ésta se deja morir al paciente.

También existen algunas clasificaciones distintas, como la propuesta por Marcelino Rodríguez Molinero y Fernando Monge, quienes dividen la eutanasia en:

- Eutanasia Agónica: Aquélla por la que se provoca la muerte de un enfermo desahuciado para que ya no sufra más.

³⁵ Cfr. <http://www.vidahumana.org.vidafam/iglesia/aclaración.html>; y MEDINA, Graciela, *¿Prolongar la vida o prolongar la agonía? La eutanasia en el derecho Argentino*, en Revista Latinoamericana de Derecho, Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, p. 265-266. 4 de Febrero de 2009, 22:15 hrs. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ad/cont/6/cnt/cnt11.pdf>. 4 de Febrero de 2009, 23:51 hrs.

³⁶ SOTELO SALGADO, Cipriano, *La Legalización de la Eutanasia*, México, Cárdenas Velazco Editores, S.A. de C.V., 2004, p. 94-95.

- Eutanasia Lenitiva: Consiste en utilizar fármacos para aliviar el dolor físico que produce una enfermedad mortal, y que, como efecto secundario, acorta la vida.
- Eutanasia Suicida: Es la producida por el mismo sujeto enfermo. A ella pueden contribuir otras personas.
- Eutanasia Homicida: La efectuada por una persona distinta del enfermo. Puede ser un homicidio piadoso, el cual se realiza para evitar al enfermo las malas consecuencias de una enfermedad terrible.³⁷

2.1.4. Eutanasia y otros conceptos.

Con el propósito de aclarar los conceptos expuestos a lo largo de este apartado y determinar, en los capítulos siguientes, si el concepto de *Ortotanasia* utilizado por la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, es adecuado o no, a continuación veremos algunos otros conceptos relacionados con la eutanasia para determinar sus semejanzas y diferencias y así discernir perfectamente cuál es el objeto o situación que ha pretendido regular la citada Ley.

2.1.4.1. Distanasia.

En oposición a la eutanasia, la distanasia (está compuesta del prefijo griego *dis*, que significa dificultad, obstáculo; y *thanatos*, muerte), caracteriza la muerte dolorosa, la agonía prolongada. Consiste en la prolongación artificial de la vida biológica de un paciente con enfermedad terminal o irreversible, utilizando para ello no sólo medios ordinarios sino extraordinarios, muy costosos en sí mismos o en relación con la situación económica del enfermo y/o de su familia. A la distanasia también se le conoce como *encarnizamiento terapéutico*, que consiste en tratar de evitar la muerte a toda costa, sin renunciar a ningún medio aunque sea

³⁷ Cfr. MEDINA, Graciela, *Op. cit.*, p.265.

desproporcionado.³⁸ A decir de Eduardo Zambrizzi, la práctica de la distanasia resulta del hecho –irracional- de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable de la vida del hombre, viéndosela en cambio como un mal al que hay que vencer a toda costa, en una lucha perdida de antemano.³⁹

2.1.4.2. Adistanasia.

De la misma raíz que distanasia, pero con el “a” privativa: no poner obstáculos a la muerte. Consiste en dejar de proporcionar al enfermo los medios que sólo conducirían a retrasar la muerte ya inminente. Equivale, en otras palabras, a respetar el proceso natural de morir, lo que tradicionalmente se llamaba eutanasia pasiva o negativa.⁴⁰

2.1.4.3. Ortotanasia.

Del griego *orthos*: recto, justo; y *thanatos*: muerte. La definen como la muerte que llega en el momento biológicamente adecuado. Para Gonzalo Higuera⁴¹, *“esta postura tiende a conocer y respetar el momento natural de la muerte de cada hombre y sus concretas circunstancias, sin querer adelantarlo para no incidir en la eutanasia reprobable, ni tampoco prolongar artificialmente cualquier tipo de vida con medios improporcionados, para no caer en el extremo opuesto de la distanasia, también reprobable, aunque siempre dejando actuar e intervenir la relativa libertad de conducta que permite y exige la racionalidad humana, frente a una pasividad meramente animal. La Ortotanasia permite al paciente que padece una enfermedad terminal morir lo más confortable posible y autoriza a los médicos a prescindir de*

³⁸ PEREZ VALERA, Víctor Manuel, *Op. Cit.*, p. 33y ss.

³⁹ Cfr. ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Op.Cit.*, p. 189-190.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

*procedimientos o medicaciones desproporcionadas e inútiles que provocan la agonía”.*⁴²

2.1.4.4. Eugenesia.

La eugenesia tiene como función llevar a cabo una selección para el mejoramiento de la raza humana, desechando todos aquellos seres limitados tanto física como mentalmente y aumentando la descendencia de aquellos sujetos bien dotados. La eugenesia busca el perfeccionamiento de la especie humana, limitando todos aquellos seres que no reúnan los requisitos físicos y mentales.⁴³ El principal ejemplo de éste tipo de prácticas ocurrió en el siglo pasado, al desarrollarse la llamada “Eutanasia Nazi”, a la que nos referiremos con posterioridad.

2.1.4.5. Cacotanasia.

A decir de Salvador Urraca Martínez, consiste en acelerar deliberadamente la muerte sin que medie expresa voluntad de su parte. En otras palabras, esta expresión podría usarse como sinónimo de lo que la doctrina ha llamado eutanasia involuntaria⁴⁴.

⁴² Al respecto, Eduardo Antonio Zambrizzi, citando a Luis Guillermo Blanco, señala que: *“...es posible no iniciar y aún suspender tratamientos médicos que no servirían a los intereses de un paciente, y que los cuidados y atenciones que se les deben a las personas que están muriéndose, no constituyen acciones que se circunscriben en el campo de curar, sino en el de cuidar, no siendo su finalidad preservar una existencia en franco deterioro, sino más bien asistir, aliviar y satisfacer, dentro de lo posible, las necesidades básicas del enfermo. En la ortotanasia... no se busca la muerte, ni se la provoca, sino que se atiende a la existencia ética por parte del paciente, de elegir o exigir una muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes (eutanasia), ni prolongaciones irrazonables (distanasia), atendiendo al tipo de patología y a su grado de evolución, mediante la abstención, supresión o limitación de todo tratamiento fútil, obstinado o desproporcionado, ante la inminencia de la muerte.”.* ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Derecho y Eutanasia*, Buenos Aires, La ley, 2005, p.204.

⁴³ SOTELO SALGADO, Cipriano, *Op.Cit.*, p. 15-16.

⁴⁴ Vid. Supra. p. 24, nota 33.

2.1.5. Sobre la distinción entre Eutanasia y Ortotanasia.

Como lo señalamos con anterioridad, uno de los objetivos del presente trabajo es determinar si en verdad existe alguna diferencia de fondo entre el concepto de Eutanasia y el de Ortotanasia (este último utilizado por la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal), o si, por el contrario, simplemente se trata de conceptos sinónimos. En la doctrina encontramos opiniones encontradas. Para Eduardo Zambrizzi, por ejemplo, sí existe diferencia entre ambos conceptos. Señala que:

Se considera que existe un supuesto de ortotanasia, cuando ni se adelanta voluntariamente la muerte del paciente, ni tampoco se alarga la vida artificialmente, sino que se lo deja morir sin auxilios médicos de carácter desproporcionado o extraordinario, proporcionándole únicamente, como resulta de lo expresado, los cuidados y auxilios ordinarios de la ciencia médica, de carácter paliativo, incluyéndose los necesarios para tratar de evitar el dolor o la angustia, así como también la alimentación e hidratación artificiales... en la ortotanasia no se busca ni se provoca la muerte del paciente, por lo que la misma no es constitutiva de eutanasia omisiva, en la cual, en cambio, se omite brindar al mismo los cuidados ordinarios (que podrían prolongar su vida), lo que se hace con la finalidad de lograr su muerte, cosa que... no ocurre en la ortotanasia, en la que se deja hacer a la naturaleza, no habiendo en la misma más que una aceptación de la condición humana.⁴⁵

Por el contrario, para Jorge Carpizo y Diego Valadés, la dicha diferencia no existe, pues consideran que:

En algunos textos de inspiración religiosa se prefiere el término ortotanasia, para significar la utilización de paliativos que ayuden a bien morir, sin que se procure ni admita de manera directa poner fin a la vida de una persona. La voz significa “muerte correcta”, y aunque se han hecho esfuerzos para diferenciar sus efectos de la

⁴⁵ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p.200-201.

*eutanasia pasiva, en realidad sólo es un ejercicio semántico encaminado a mantener un discurso adverso a la eutanasia, sin argumentos específicos.*⁴⁶

En nuestra opinión, no existe diferencia alguna entre Ortotanasia y Eutanasia, al menos no en el caso de lo que la doctrina denomina como eutanasia pasiva. Ambas figuras se refieren al mismo fenómeno: al estar frente a un enfermo en etapa terminal y/o desahuciado, no se provoca directamente ni se acelera la muerte del mismo, simplemente se permite que la vida (o mejor dicho, la muerte) siga su cauce natural, evitando a toda costa el uso de medios desproporcionados que podrían provocar que se cayera, inclusive, en el llamado encarnizamiento terapéutico. Lo anterior no implica que se deje morir al enfermo “a su suerte”, ya que se debe procurar suministrar al moribundo los cuidados paliativos que resulten indispensables para hacer que la transición entre la vida y la muerte sea lo más confortable y naturalmente posible para este último (por ejemplo, suministrar los sedantes que supriman los dolores propios de la agonía y/o de la enfermedad que padece el paciente). No en vano, la autora Graciela Medina en lugar de Ortotanasia prefiere utilizar la denominación “Orto-eutanasia”.⁴⁷

No obstante el comentario anterior, es importante señalar que también debemos distinguir entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva. La primera indudablemente implica la ejecución de un acto encaminado a provocar de manera directa la muerte, ya sea a solicitud del enfermo o de sus familiares, con el propósito de evitar el “sufrimiento excesivo” del paciente. La segunda no tiene como finalidad la muerte del paciente, ésta ocurre de manera natural, simplemente se deja de tratar la enfermedad, cuyo desenlace será indudablemente la muerte, pero proporcionando al enfermo los cuidados y atenciones necesarios para que la transición entre la vida y la

⁴⁶ CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia* <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2530/2.pdf>. 13 de Marzo de 2009, 17:43 hrs.

⁴⁷ Medina Graciela, *Op.Cit.*, p. 267.

muerte sea lo menos dolorosa posible. Ni el enfermo ni sus familiares pueden solicitar que se acorte intencionalmente la vida del primero.

2.2. FUNDAMENTACION DE LA EUTANASIA.

A continuación presentaremos algunos de los argumentos más importantes en los que se ha pretendido fundamentar la práctica de la eutanasia. Cabe advertir que no se trata de todas las posiciones que a lo largo de la evolución de este tema han sostenido los estudiosos de la materia pues, como en otros casos, no existe un consenso general entre quienes abordan el tema y prácticamente cada autor analiza el tema desde su propia perspectiva, tomando en cuenta las circunstancias que, a su parecer, resuelven mejor el problema. Sin embargo, consideramos que las posiciones que se desarrollarán en los puntos siguientes, son las más sobresalientes y las que mejor se adecuan al propósito de nuestra investigación.

2.2.1. Los motivos de piedad.

Desde el surgimiento del problema de la realización o aplicación de la eutanasia, uno de los principales motivos en los que se fundamenta su práctica es precisamente la piedad. Los partidarios de dichas prácticas aseguran que al estar el enfermo terminal o moribundo en un estado de sufrimiento y dolor insoportable, lo más “humano” que podemos hacer es evitar su dolor a toda costa. Lo anterior se logra, en efecto, con la práctica de la eutanasia al moribundo, quien en caso de estar consciente, solicita se ponga fin a su sufrimiento, cuando los medios o tratamientos médicos a su alcance no aseguran su recuperación y, por tanto, el final inevitable, tarde o temprano, será la misma muerte (aunque, aclaramos, quienes se encuentran a favor de la eutanasia, regularmente, también aceptan su realización sin el consentimiento del moribundo). Con ello, aseguran, se pone fin a todos sus padecimientos y el moribundo obtiene el tan anhelado descanso. Sin embargo, podríamos preguntarnos, con la muerte del enfermo terminal, ¿Quién descansa realmente, el moribundo o su familia? Esta interrogante tal vez parecería bastante

frívola, pues muchos asegurarán que al ver a un ser querido postrado en una sala de hospital, agonizante y sin esperanza de recuperación y quizá con la carga del sufrimiento físico insoportable que se ha prolongado durante mucho tiempo, lo más deseable es que el padecimiento termine lo antes posible. Por ello, la realización de la eutanasia en el mórbido es aceptable (o hasta deseable), si con ello termina el sufrimiento. Pero no olvidemos que cuando un ser querido se encuentra doliente en un nosocomio, quienes se encargan de su atención y cuidado son, generalmente, sus familiares. En ellos recaen las cargas físicas, emocionales y económicas derivadas del padecimiento de su familiar. Al encontrarnos en alguna de estas circunstancias, indudablemente se presentan cambios en el desenvolvimiento normal del núcleo familiar, cambios que, en determinadas condiciones, pueden convertir el padecimiento de su ser querido en un auténtico suplicio para toda la familia.⁴⁸ No en vano, Eduardo Antonio Zambrizzi⁴⁹ opina que:

La eutanasia consiste en un acto de falsa piedad hacia el que sufre, puesto que la verdadera –en la cual se haya comprendida la piedad, como valor ínsito a la misma– consiste en prestarle asistencia a ese ser, en lugar de eliminarlo... la eutanasia no puede ser considerada como una actitud piadosa, sino exactamente lo contrario, puesto que al ser practicada, se va contra las reglas de la naturaleza y, por lo tanto, contra la ley natural... La verdadera piedad y compasión no es la que le quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural; la verdadera compasión hace solidarios con el dolor de los demás, en lugar de eliminar a la persona cuyo dolor no se puede soportar.

⁴⁸ Al respecto, Víctor Manuel Pérez Valera afirma: “Se desea la muerte de un enfermo en parte porque nos molesta el espectáculo de su sufrimiento, pero también para librarnos a nosotros mismos. No se niega que esto pueda coexistir con sentimientos de auténtica piedad por el enfermo, pero también se pueden mezclar, de modo apenas discernible, motivos egoístas y menos nobles. Recordemos, finalmente, que Jean Paul Sartre, con su cinismo clarividente, afirma que los muertos son el botín de los vivos... ¿Cuántas eutanasias se harán, quizá no muy conscientemente, para desembarazarse del enfermo y para repartir más rápidamente el botín?...”. PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p. 126-127.

⁴⁹ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 305.

2.2.2. La Calidad de Vida.

Otro concepto importante en el que se suele fundamentar la práctica de la eutanasia, consiste en la calidad de vida. Pero, ¿Qué es la calidad de vida? En principio, podemos decir que la definición del concepto en sí mismo representa un problema, en virtud de que puede tener significados distintos.⁵⁰ Generalmente se entiende por calidad de vida, aquéllas condiciones mínimas que debe reunir la salud de una persona para considerarse como médicamente aceptable. En ese sentido, se suele utilizar la expresión calidad de vida para distinguir entre sobrevivencia física y vida propiamente humana. El origen del problema deriva de la propia naturaleza utilitarista del hombre, es decir, de la necesidad que tiene de asignar un valor a todas las cosas, incluyendo la vida. Ello nos obliga a intentar medir las condiciones de vida de una persona a otra, compararlas e intentar determinar si el estado de salud de un individuo es tan bueno como el de otro. Pero esto no es tan sencillo como podría pensarse, ya que, para lograrlo, es necesario considerar diversos criterios (médicos, físicos, éticos, etcétera) que podrían llevarnos a crear una idea demasiado subjetiva y, por ende, ineficaz, de la calidad de vida de una persona. Al respecto, Fernando Cano Valle, al citar a Max Charlesworth,⁵¹ afirma:

La idea de que podemos comparar “calidades de vida” proviene de una confusión entre la calidad de vida biológica o médica y la calidad de vida moral o personal. Es posible pensar que una persona tenga un grado de vida biológico bajo y que, sin embargo, goce de una alta calidad de vida moral. La primera puede ser medida en términos médicos; la segunda está relacionada con las decisiones que puede tomar una persona a pesar de sus problemas biológicos.

⁵⁰ En ese orden de ideas, Fernando Cano Valle, nos dice respecto a la calidad de vida, que: “Primero, podemos definirla como la condición de sufrimiento que traería si se siguiera un tratamiento determinado; segundo, como aquello que alguien piensa que el paciente hubiese elegido en caso de ser una persona autónoma; tercero, como lo que se adecua a los intereses de las personas.”. CANO VALLE, Fernando, et al, Op.Cit., p. 126.

⁵¹ Ibid., p. 127.

Como podemos apreciar, la idea de considerar la calidad de vida como factor esencial para decidir la aplicación o no de la eutanasia a un determinado individuo, no es fácilmente sustentable. Para tratar de facilitar la situación, han surgido algunas ideas que pretenden “medir” la calidad de vida de una persona y así determinar si es aconsejable la aplicación de la eutanasia en él. La más sobresaliente, quizá, es la planteada por los autores Jonsen y Siegler⁵², quienes nos señalan los siguientes grados de calidad de vida:

- Calidad de vida disminuida.- Se caracteriza porque en ella se presentan situaciones de déficit físico o mental, que todavía permiten una vida propiamente humana. Naturalmente, esta categoría no plantea problemas de eutanasia.
- Calidad de vida mínima.- En ella se presentan situaciones irreversibles de sufrimiento intolerable para el sujeto, de frustración definitiva de las expectativas más vitales, de importante restricción del nivel de conciencia o de la capacidad de comunicación. En esta categoría es donde se plantean verdaderamente los dilemas éticos. Aquí, las consideraciones de calidad de vida importan bastante, pero no deben ser los únicos factores a tomar en cuenta, y no son necesariamente decisivas.
- Calidad de vida bajo mínimos.- Aquí existen situaciones de ausencia de irreversible de una mínima capacidad de conciencia y de relación con otros seres humanos. Los estados vegetativos permanentes constituyen el paradigma de estas situaciones. En esta categoría, los problemas de eutanasia en realidad son mínimos. En ella la calidad de vida, o por mejor decir: la ausencia completa de calidad de vida, justifica plenamente las decisiones de abstención terapéutica.

⁵² Cfr. URRACA MARTINEZ, Salvador, et al, Eutanasia Hoy. Un Debate Abierto, Madrid, España, Editorial Noesis, 1996, p. 364-365.

Creo que las anteriores observaciones dejan en claro la dificultad para considerar el concepto de calidad de vida como base para sustentar en él las prácticas eutanásicas, además de los múltiples conflictos, principalmente de carácter ético, que pueden presentarse en torno al mismo.

2.2.3. La libertad de la persona.

Suele decirse que la libertad es uno de los valores supremos del ser humano y, como tal, se trata de un valor tutelado por el Estado. Así se encuentra reconocido por diversos instrumentos jurídicos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo origen se remonta a Francia en 1789⁵³, que ha servido de base para muchos otros documentos similares en diferentes naciones. Sin embargo no siempre fue así, pues no debemos olvidar que durante un período considerable de la historia de la humanidad, dicho valor se encontraba negado a algunas personas (como el caso de la servidumbre, la esclavitud y la negación de la igualdad entre hombres y mujeres) y que tal situación permaneció así durante largo tiempo, como en Norte América, por ejemplo, donde la esclavitud fue abolida hasta casi finales del siglo XVIII (ello sin olvidar que, quizá, en algunas partes del mundo aún prevalece). Así pues, la libertad se ha consagrado como un derecho fundamental de todo ser humano, independientemente de la raza, color, sexo, condición social o económica, de las personas. Al menos así lo establece la

⁵³ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789 es considerada uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa en cuanto a definir los derechos personales y colectivos como universales. Influenciada por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del Hombre se entienden como universales, validos en todo momento y ocasión al pertenecer a la naturaleza humana misma. Vale la pena aclarar que, aún cuando establece los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses y de todos los hombres sin excepción, no se refiere a la condición de las mujeres ni a la esclavitud, sin embargo es considerado un documento precursor de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁴, principalmente, en los siguientes artículos:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.”⁵⁵

De esta manera, la libertad se encuentra concebida como un derecho fundamental inherente a todo ser humano y, por ello, es respetado y protegido por el orden normativo de cada nación. Es obligación de cada Estado tutelar, proteger y garantizar el ejercicio de dicha libertad a cada individuo, sin más límites que los que el propio ordenamiento jurídico le imponga, en beneficio de la colectividad. Lo anterior significa que esa libertad humana no es irrestricta, es decir, el individuo no puede hacer a discreción lo que le plazca, sino que su libertad debe apegarse siempre al marco jurídico aplicable en un país determinado, supeditando siempre los intereses particulares a los de la colectividad. Ello no podría ser de otra manera, ya que de lo contrario, el caos predominaría en el grupo social, al permitir que cada

⁵⁴ El texto de dicho documento fue aprobado y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

⁵⁵ Texto tomado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. 18 de Marzo de 2009, 21:17 hrs.

individuo realice aquello que a su parecer es mejor, sin importarle, en lo más mínimo, los derechos de sus congéneres.

Tratándose de la eutanasia, se considera como fundamento para su realización, precisamente, la libertad humana. En ejercicio de esa libertad, se dice, cada persona puede decidir aceptar o rechazar que se le practique la eutanasia en el momento que mejor le plazca, pues ¿Quién mejor que el propio moribundo para determinar el grado de sufrimiento que padece y decidir si desea continuar o no con una “batalla” que, tal vez, está perdida de antemano? Quizá este sea un buen argumento para justificar la realización de la eutanasia, tratándose de enfermos terminales, sin una perspectiva de recuperación o tratamiento aplicable, conscientes y capaces de expresar su voluntad de manera indubitable, pero ¿Qué sucedería con los menores de edad, los incapaces y aquéllas personas que carecen de lucidez, incapaces de expresar por sí mismas su voluntad (personas en estado vegetativo o comatoso), derivada o no de la propia enfermedad que padecen? ¿A quién correspondería tomar la decisión en estos casos? ¿Podría existir una verdadera libertad de elección en los ejemplos planteados? Nosotros consideramos que la libertad de la persona no es un argumento suficiente para tratar de justificar la práctica de la eutanasia, por las razones expresadas. Al respecto, Eduardo Antonio Zambrizzi opina:

Tampoco es posible fundamentar la eutanasia en la libertad de la persona, ya que... si así fuese, una mínima coherencia exigiría reconocer el derecho a la muerte de todos los seres humanos como un derecho general, más allá de los enfermos terminales o con graves padecimientos e incluidas las personas sanas y los jóvenes. Y tal derecho podría ejercerse no sólo por la propia mano del suicida sino, también, en modo absolutamente lícito, por mano ajena, bastando el simple consentimiento del sujeto para que cualquiera de nosotros, médico o no médico, pudiera matar impunemente y sin límites a sus congéneres, enfermos o sanos, viejos o jóvenes. Ningún ordenamiento jurídico legitima ni podría legitimar semejante disponibilidad de vida.

Para ahondar un poco más en el tema de la libertad de la persona como fundamento de las prácticas eutanásicas, decidimos dedicar un comentario especial a lo que doctrinalmente se conoce como *consentimiento informado*, cuyo desarrollo veremos a continuación, por considerar que en este se manifiesta la verdadera esencia de la citada libertad.

2.2.3.1. El Consentimiento Informado.

Como lo planteamos con anterioridad, la libertad nos permite a las personas hacer lo que mejor nos plazca, pero siempre dentro del marco legal. En ejercicio de dicha libertad, es indiscutible el derecho que tenemos a decidir sobre el tipo de tratamiento que nos será aplicado, en caso de estar enfermos. El paciente tiene derecho a conocer toda la información relativa a su estado de salud, las circunstancias de su enfermedad, las terapias o tratamientos que le pueden ser aplicadas así como sus posibles riesgos o consecuencias.⁵⁶ Lo anterior implica que una vez que el paciente haya recibido la información necesaria respecto a su padecimiento y las posibles consecuencias de la aplicación o suspensión de un determinado tratamiento, el propio enfermo, o quien legalmente lo sustituya cuando no pueda hacerlo por sí mismo, debe otorgar su consentimiento al respecto. Esto es lo que doctrinalmente se conoce como *consentimiento informado*, el cual consiste en *“...una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento médico invasivo o quirúrgico, diagnóstico o terapéutico, que se le propone como médicamente aconsejable, luego*

⁵⁶ Al respecto, Eduardo A. Zambrizzi señala que el paciente tiene derecho *“...a continuar con el tratamiento actual o a que se le aplique una terapia distinta, o ninguna, e inclusive a evitar cuando la enfermedad que padece no tiene cura, o al menos, no la tiene en el estado actual de la ciencia médica, que se lo mantenga vivo biológicamente por medio de la aplicación de tratamientos extraordinarios o desproporcionados inútiles que a nada conducen, mas que a prolongar en forma artificial su vida biológica, sin atender a la calidad de esa vida puesto que generalmente dichos tratamientos llevan anexos sufrimientos que el paciente puede querer evitar... el paciente puede consentir o rechazar las prestaciones médicas que de ahí en más le serán aplicadas, con todas las implicaciones que resultan de las mismas, sus eventuales riesgos y beneficios, todo lo cual implica una previa y amplia información al respecto...”*. ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 89-91.

*de habersele suministrado información adecuada y suficiente acerca del procedimiento en cuestión...”*⁵⁷

De esta manera, el propio enfermo tiene total libertad para aceptar o rechazar que se le aplique un tratamiento médico determinado o, inclusive, solicitar la suspensión del mismo, sin que el médico pueda hacer nada contra su voluntad, siempre y cuando su negativa a someterse a dicho tratamiento no importe peligro para terceras personas, pues como dijimos antes, el ejercicio de la propia libertad tiene como limitante la no afectación de intereses ajenos, supeditando siempre el interés particular al de la colectividad. Lo mismo aplica cuando, con la no aplicación o suspensión de un tratamiento determinado, lo que busca específicamente el enfermo es la muerte, pues aunque en este caso quizá no se afecten los derechos de terceros, no debemos olvidar que el fin de la medicina es proteger la vida de las personas, no terminar con ella.

2.2.4. El derecho a morir con dignidad.

Otro aspecto relevante en el que se suele fundamentar la práctica de la eutanasia, profundamente relacionado con la libertad humana y el *consentimiento informado*, es el de la existencia del *derecho a morir con dignidad*.⁵⁸ En términos generales, quienes sostienen lo anterior afirman que, cuando la terapia o tratamiento médico aplicado a un enfermo en etapa terminal no reporta beneficios o mejoría

⁵⁷ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Ibidem*, citando a BURZTEIN, Abraham León, et. Al., *Empleo del formulario de consentimiento informado en endoscopia digestiva*, en Cuadernos de Bioética, Buenos Aires, 2000, p. 69.

⁵⁸ Sobre la existencia o no de este derecho, Eduardo A. Zambrizzi afirma que Marciano Vidal sostiene: *la expresión “derecho a morir con dignidad” no debe ser entendida como la formulación de un derecho, en el sentido preciso del ordenamiento jurídico, sino más bien como una referencia al universo ético, por lo que expresa una exigencia ética. Sin embargo, el propio Zambrizzi señala que, al poder el paciente exigir a determinadas personas –médicos, parientes- que éstas omitan con respecto a él la aplicación de determinados tratamientos de carácter extraordinario o desproporcionado, innecesarios para su curación y, a su juicio, degradantes para su condición humana, aun cuando le prolonguen la vida biológica, bien se puede afirmar que el mismo tiene un verdadero derecho, que por ser tal, puede hacerse valer ante un juez o tribunal.* ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Op.Cit.*, p. 217.

alguna para el paciente, y lo único que provoca es el retraso innecesario del momento de morir, con la posible existencia y aplicación a su persona de tratamientos desproporcionados que podrían derivar en el llamado encarnizamiento terapéutico, es el propio enfermo (o en su defecto, sus familiares o quien legalmente lo represente) quien tiene la facultad de decidir hasta cuando continuar con el tratamiento que le es aplicado, es decir, solicitar la suspensión del mismo y que se le deje morir (o inclusive que se le aplique la muerte) para terminar con su sufrimiento. Cabe aclarar que el citado derecho a morir con dignidad, sólo puede ser aplicado a enfermos terminales, cuya perspectiva de recuperación es mínima o nula, y no a aquéllos pacientes que simplemente se niegan a la aplicación de tratamientos de carácter ordinario. Sin embargo, es necesario hacer una observación. Es de suma importancia aclarar que el *derecho a morir con dignidad* debe considerarse aplicable, como lo señalamos en el párrafo anterior, sólo tratándose de enfermos en etapa terminal, cuyo padecimiento es física y emocionalmente insoportable, cuyo fin inevitablemente será la muerte. Ello en virtud de que algunas personas han querido sustentar la existencia de un *derecho a morir* inherente a todos los seres humanos (como el derecho a la vida o a la libertad). El pretendido *derecho a morir* se basa en la idea de la concepción de la vida humana como un bien propiedad de cada persona y, por ende, sujeto a la voluntad individual. En ejercicio de ese derecho, cada persona puede decidir qué hacer con su vida, lo que implica, según plantean quienes sostienen la existencia del mismo, la disponibilidad a placer de la propia vida. Por ello, Eduardo Antonio Zambrizzi distingue:

...el derecho a morir con dignidad es el que le corresponde al enfermo que, encontrándose en un estadio terminal de su enfermedad, tiene derecho a beneficiarse de las técnicas médicas que alivien su dolor, a que se respete su libertad de conciencia, a tener una comunicación amplia y solidaria con los médicos, así como a ser acompañado por sus familiares, y recibir asistencia espiritual. También le asiste el derecho de decidir, ya sea por sí, o por intermedio de su apoderado o sus allegados más próximos, en caso de que no estuviera en condiciones de hacerlo por sí mismo, sobre el hecho de dejar de lado los tratamientos médicos extraordinarios que sólo lo

*mantienen artificialmente con vida, pero que resultan inútiles para lograr la cura de su enfermedad, y sólo sirven para prolongar una agonía que carece de sentido alargar. El derecho a morir, en cambio, es el que pretenden tener quienes sostienen que tienen derecho a disponer de su vida, quitándosela o haciéndosela quitar por un tercero por su propia y exclusiva voluntad y sin condicionamientos, y sin que, además, resulte necesario encontrarse afectado de una enfermedad terminal que los vaya a llevar a la muerte en un futuro próximo, aun cuando se encuentren con una grave discapacidad.*⁵⁹

2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS.

En este apartado veremos la evolución que ha tenido el concepto de eutanasia a lo largo del tiempo (aunque en la antigüedad no se denominaba con esta palabra). Algunos autores suelen identificar diversas etapas o periodos en la evolución de la eutanasia. Así por ejemplo, Diego Gracia afirma que la historia de la eutanasia puede dividirse en tres fases: eutanasia ritualizada, eutanasia medicalizada y eutanasia autónoma. La *eutanasia ritualizada* tiene que ver con la forma en que las diferentes culturas han afrontado el hecho de la enfermedad y de la muerte de sus miembros, a menudo utilizando argumentos religiosos. La comprensión de la muerte como rito de paso, ha facilitado la justificación de acciones que ayudaban a algunos enfermos a realizar este tránsito. Este tipo de eutanasia aún puede detectarse en algunas regiones del planeta. La *eutanasia medicalizada* dura desde la antigua Grecia hasta la Segunda Guerra Mundial. Se caracteriza por la desacralización del morir, por su tecnificación, por su puesta en manos del médico y de la sociedad y, por último, por la ausencia de protagonismo del enfermo en la toma de decisiones. Su máxima expresión se encuentra en los programas eutanásicos de la medicina Nazi. Finalmente, la *eutanasia autónoma* es la que caracteriza el debate desde los años

⁵⁹ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 220-221.

treinta hasta nuestros días. Su característica fundamental es que su protagonista va a ser el paciente como ser capaz de tomar decisiones al respecto.⁶⁰

De esta manera y para efectos didácticos, analizaremos la evolución de las prácticas eutanásicas a través de la historia, siguiendo el criterio adoptado por Diego Gracia. Vale la pena mencionar que casi todos los antecedentes de la evolución del concepto de eutanasia son externos, es decir, internacionales, en virtud de que en nuestro país poco o nada se había abordado al respecto. Actualmente existen una gran cantidad de obras literarias que retoman el tema, pero sólo recientemente se ha comenzado la tarea de legislar en la materia. Lo anterior no implica que la práctica eutanásica no haya sido realizada en nuestro país, ya que como veremos más adelante, su práctica, como en otros países, es sancionada penalmente y, por lo general, bajo el tipo penal de ayuda o inducción al suicidio, y más recientemente, con la entrada en vigor de la Ley de Voluntad Anticipada, que es objeto de nuestra investigación, se ha comenzado a abordar el tema desde otra perspectiva. Ya sea como Ortotanasia o Eutanasia Indirecta, lo cierto es que estamos en un punto crucial que puede ser el parte aguas para despenalizar la práctica eutanásica en el resto del país.

Iniciemos pues el análisis de la evolución del concepto de eutanasia a través del tiempo, con la llamada Eutanasia Ritualizada.

2.3.1. Eutanasia Ritualizada.

Siguiendo el criterio de Diego Gracia, esta etapa se caracteriza por tratar de favorecer el tránsito de la vida a la muerte entre los miembros del grupo social. Sin embargo, lo que podemos detectar es que éste tipo prácticas se realizaban más por motivos utilitarios que por motivos altruistas. Como lo mencionamos, este período inicia con las civilizaciones más antiguas de las que se tiene registro y termina, a decir del autor mencionado, en la etapa de mayor esplendor de la cultura Griega.

⁶⁰ URRACA MARTINEZ, Salvador, *Et. Al.*, Op. Cit. p. 141-142.

2.3.1.1. La Eutanasia en algunos Pueblos Primitivos.

Para diversos autores, el primer caso de eutanasia suele encontrarse en la cultura Celta. En esta etapa, se acostumbraba dar muerte a los ancianos valetudinarios o enfermos. Dicha práctica se extiende entre diversas tribus antiguas y grupos salvajes, conservándose aún en nuestros días. Impone como obligación sagrada al hijo la de administrar la buena muerte al padre viejo y enfermo.⁶¹

Por otra parte, en la India antigua, los enfermos incurables eran conducidos por sus familiares hasta las orillas del Río Ganges, lugar en donde se les asfixiaba llenándoles las narices y la boca de barro para posteriormente arrojarlos en el río sagrado.⁶²

Otro caso sobresaliente de eutanasia en la antigüedad lo señala la autora Carmen Juanatey, quien nos dice que entre los guerreros daneses, se consideraba una vergüenza morir en cama, de vejez o enfermedad, por lo que se suicidaban para escapara de esa ignominia. También menciona el caso de los visigodos, quienes en los límites de su territorio tenían una roca elevada a la que llamaban *Roca de los Abuelos*, desde la cual precipitaban a los viejos cuando estaban cansados de la vida.⁶³ A decir de esta autora, el hecho de que en las civilizaciones antiguas existiera la costumbre del sacrificio o privación de la vida de los enfermos incurables, de los viejos, de las viudas y de las personas inhábiles, no obedecía a principios altruistas, sino a razones de utilidad.

⁶¹ Cfr. SOTELO SALGADO, Cipriano, Op. Cit., p. 52; y JIMENEZ DE ASUA, Luis, libertad de Amar y Derecho a Morir, 7ª. Ed., Argentina, Ediciones Depalma Buenos aires, 1984, p. 362-363.

⁶² JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Idem*.

⁶³ JUANATEY DORADO, Carmen, Derecho; Suicidio y Eutanasia, Madrid, España, Ministerio de Justicia Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1994, p. 29-34.

2.3.1.2. Un Pasaje Bíblico.

Para algunos autores,⁶⁴ en la Biblia existe un pasaje, concretamente en el libro segundo de Samuel (capítulos 1, 9 y 10) que contiene una clara alusión a la práctica eutanásica. En dicho escrito aparece lo siguiente:

Aconteció después de la muerte de Saúl, que vuelto David de la derrota estuvo dos días en Siglag, al tercer día vino del campamento de Saúl un malecita y contó a David... casualmente vine del monte de Gilboa y hallé a Saúl que se apoyaba sobre su lanza, y mirando él hacia atrás, me vio y me llamó diciéndome: Te ruego que te pongas sobre mí y me mates, porque se ha apoderado de mí la angustia, pues mi vida está aún toda en mí. Yo entonces me puse sobre él y le maté porque sabía que no podía vivir después de su caída; y tomé la corona que tenía en su cabeza, y la argolla que tenía en el brazo y las he traído acá mi señor.

2.3.2. Eutanasia Medicalizada.

Esta etapa es la más larga y se extiende desde las civilizaciones antiguas más sobresalientes (La Griega, La Egipcia y La Romana, entre otras), hasta finales de la segunda guerra mundial, con el surgimiento de la llamada Eutanasia Nazi, momento en que, a decir de algunos autores, se “ensució” el término eutanasia. Se caracteriza principalmente por la tecnificación en el uso de procedimientos que acorten la vida del enfermo y por la casi total ausencia de consentimiento por parte de éste en la toma de decisiones, sobre todo en la parte final de este período.

2.3.2.1. Egipto.

Como lo indica la generalidad de los investigadores, en el antiguo Egipto no se realizaba la eutanasia o alguna práctica similar, sino que de hecho la rechazaban, puesto que ellos creían en la transmigración de las almas, lo cual implicaba un profundo respeto por la vida y su conservación, debido a la creencia de su origen

⁶⁴ Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op.Cit. y SOTELO SALGADO, Cipriano, Op.Cit.

divino. Sin embargo, a decir de Morselli,⁶⁵ Cleopatra y Marco Antonio fundaron en Egipto una “ACADEMIA”, cuyo principal objetivo se centraba en hacer todo tipo de experimentos sobre los medios menos dolorosos de morir.

2.3.2.2. Grecia.

Entre los griegos, al parecer, la práctica de la eutanasia o el suicidio por compasión eran plenamente reconocidos y su realización no estaba penada por el Estado, es más, en Atenas y otras ciudades importantes, el propio Estado era el encargado de suministrar el veneno (la cicuta) a aquellas personas que los solicitaran expresamente con el propósito de poner fin a sus sufrimientos. Diversos autores mencionan, entre otros personajes importantes que llevaron a cabo esta práctica, a Diógenes, Epicuro, Pomponio Atico, Cornelio Rufo, Erasítrato y Eratóstenes.⁶⁶

En contraste con lo anterior, en la misma Grecia encontramos dos opiniones opuestas a la realización de la eutanasia, provenientes del campo de la medicina. La primera y quizá, la más conocida, se refiere al juramento hipocrático que ha llegado hasta nuestros días, que señala “*No daré ningún tipo de droga mortal, aunque se me pida, ni aconsejaré tal...*”, en virtud del cual, la mayor de las veces los médicos emplean como medio para negarse a la práctica por cualquier medio de la eutanasia. El segundo se trata de un testimonio emitido por un médico griego establecido en Roma en el siglo II de nuestra era, llamado Areteo de Capadocia, quien escribió: “*Jamás es lícito a ningún médico procurar una muerte con el propósito de poner término a los mayores sufrimientos. Pero les está permitido, cuando no pueden mitigar la crueldad de un mal presente, obnubilar la mente del enfermo, con narcóticos y somníferos*”.⁶⁷

⁶⁵ SOTELO SALGADO, Cipriano, *Op.Cit.*, p. 52.

⁶⁶ Cfr. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Op.Cit.*, P. 94, 95 y 98.

⁶⁷ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Idem*. Citando a Paggini, A. El médico ante la moral, Barcelona, 1995, p. 257.

2.3.2.3. Roma.

Se dice que entre los romanos, igual que en el caso del pueblo griego, la práctica del suicidio para acabar con el sufrimiento de las personas era permitida. En tiempos de Valerio Máximo, en la ciudad de Marsella, existía un depósito de cicuta a disposición de quien demostrase ante la autoridad sus deseos de abandonar la vida.⁶⁸

2.3.2.4. La eutanasia en la Alemania Nazi.

Decidimos tocar este punto en nuestra investigación, debido a que, para diversos autores, con las prácticas eutanásicas realizadas por los Alemanes, principalmente durante la Segunda Guerra Mundial, el término *eutanasia* pierde su esencia, es decir, se “ensucia”, ya que, dentro de la mentalidad Nazi *“eutanasia era cualquier muerte dada por medios médicos o por personal calificado, ya fuera con el fin de eliminar un sufrimiento o la carga o indignidad de una vida que no merecía ser vivida (Lebensunwertes Leben), o por algún beneficio más evidentemente público, tales como la eugenesia (la pureza y la higiene racial), el llamado “espacio vital” para los alemanes (Lebensraum), o el ahorro de recursos que no debían ser desperdiciados en bocas inútiles.”*⁶⁹ Por ello, antes de continuar el tratamiento de lo que suele llamarse Eutanasia Nazi, decidimos hacer una aclaración en el sentido de que, a nuestro parecer, la Eutanasia Nazi (si es que puede llamarse así), poco o nada tiene que ver con el concepto de eutanasia que hemos manejado en apartados anteriores, ya que en realidad, con dicho término se trató de ocultar la verdadera intención de los Alemanes, pues más que provocar la muerte por motivos de piedad en enfermos o incapaces, se llevaron a cabo verdaderas prácticas de *genocidio* y

⁶⁸ Cfr. SOTELO SALGADO, Cipriano, *Op.Cit.*, p. 52.

⁶⁹ KEOWN, John (compilador), *La Eutanasia Examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*. Traducción de Esteban Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 49-50.

eugenesia, teniendo como finalidad la llamada higiene racial, para alcanzar la pureza de la raza Alemana.⁷⁰

Ahora bien, la Eutanasia Nazi fue practicada en Alemania desde poco antes de la Segunda Guerra Mundial y tuvo su origen, a decir de Víctor Manuel Pérez Valera, en la obra del psiquiatra Alfred Hoche y del jurista Karl Binding, denominada *La destrucción de la vida carente de valor*, publicada en 1920. En dicho libro, señala Pérez Valera, ambos autores destacaban las ventajas económicas que reportaría la supresión de determinados pacientes cuya vida, a su parecer, “carecía de valor”.⁷¹ Otro de los antecedentes que dieron origen a las políticas de exterminio practicadas por los Nazis, fue la promulgación, en 1933, de la *Ley de prevención de las enfermedades hereditarias*, mediante la cual se justificó la esterilización obligatoria de determinados individuos. Fundándose en dicha Ley, se llevó a cabo, aproximadamente, la esterilización de 375,000 personas, incluyendo obreros que habían perdido algún miembro en accidentes de trabajo. No se sabe exactamente como ocurrió el salto de estas acciones hasta iniciar el exterminio a gran escala que todos conocemos. Tampoco se conoce a ciencia cierta el número de personas que murieron durante éste período atroz, pero las cifras que manejan los estudiosos del tema son impactantes. Pérez Valera menciona que “...aproximadamente 25,000 hombres, mujeres y niños fueron eliminados por esta “muerte misericordiosa”. Fueron miles los niños asesinados en hospitales pediátricos... Los ancianos suplicaban, llorando, que no los enviaran a los hospitales. Sabían que después de los débiles mentales, los próximos “inútiles” y “parásitos” serían los viejos... De aquí se dio el brinco a los asesinatos genocidas de gitanos, judíos, polacos y rusos, en

⁷⁰ Al respecto, señala Fernando Cano Valle que uno de los fantasmas principales que ronda las discusiones sobre este tema es la política denominada *Gnudentad*, que significa “muerte dulce” y que fue empleada por los Nazis para camuflar una política de exterminio de los individuos que eran juzgados como incapaces de llevar una vida productiva y provechosa. CANO VALLE, Fernando, Op.Cit., p. 121.

⁷¹ Cfr. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, OP.Cit., p. 103.

ese orden...”.⁷² Por su parte, Fernando Cano Valle señala que como consecuencia de la puesta en marcha del programa eutanásico, por decreto del primero de septiembre de 1939, más de 275,000 personas murieron en cámaras de gas, mismas en las que más tarde se ejecutarían a miles de judíos.⁷³

De los conceptos vertidos con anterioridad, podemos desprender las circunstancias por las cuáles, en la actualidad, la mayoría de la gente rechaza tajantemente la aplicación de la eutanasia, pues en su nombre se trató de justificar, al menos al inicio, uno de los mayores genocidios en la historia de la humanidad, cuyas consecuencias siguen presentes en la memoria colectiva.

2.3.3. Eutanasia Autónoma.

Hasta este momento hemos revisado algunas de las formas de eutanasia que con mayor frecuencia se efectuaron en la antigüedad y, como se ha observado, la mayoría se refieren a las prácticas encaminadas a dar muerte a enfermos, ancianos y/o personas con discapacidad, sin distinguir alguna causa precedente que motive tal decisión, que no sea, al parecer, el simple hecho de no querer seguir viviendo. Sin embargo, podemos concluir que, a nuestro parecer, no pueden considerarse como auténticas prácticas eutanásicas, en virtud de que la realización de dichas prácticas atendía más bien a motivos de carácter religioso e incluso utilitario. Esta situación cambió con el surgimiento de la llamada Eutanasia Autónoma, durante la primera parte del siglo XX, caracterizada, principalmente, por la participación del paciente, cada vez más importante, en la toma de las decisiones respecto a su estado de salud y los medios o tratamientos a seguir que, si bien no van a curar su padecimiento, pueden reducir su sufrimiento de manera considerable.

Como ya lo comentamos, el problema de la eutanasia ha acompañado a la humanidad casi desde el inicio de su existencia, aunque, quizá, las situaciones que

⁷² *Ibid*, p. 103 y s.s.

⁷³ Cfr. CANO VALLE, Fernando, *Op.Cit.*, p. 121.

han motivado su práctica han sido distintas a través del tiempo. A pesar de ello, los antecedentes directos de la eutanasia son un tanto difusos. Salvador Urraca Martínez explica lo anterior de la siguiente manera:

La historia de la eutanasia nos es casi desconocida. Ello se debe a que ese tema sólo en los últimos años ha conseguido elevarse dese el nivel de lo que los anglosajones llaman “story”, que quizá podemos traducir por “historieta”, al de auténtica “history”, por tanto, al de la “historiografía” científica... a partir de los años sesenta, en efecto, ha surgido toda una nueva cultura de la muerte, o quizá mejor, del morir.⁷⁴

Lo anterior es comprensible, si tomamos en cuenta que las perspectivas en torno a la eutanasia varían de sociedad en sociedad, dependiendo, como es lógico, de las costumbres, valores, religión, filosofía, etcétera, de cada pueblo, pero sólo recientemente las ideas que promueven las prácticas eutanásicas, han retomado auge, a tal grado que se ha producido un movimiento a favor de la eutanasia que, poco a poco, ha provocado que alrededor del mundo surjan propuestas legislativas que pretenden regular la situación.

Tomando en cuenta lo anterior, en este apartado veremos algunos de los acontecimientos que, en nuestra opinión, fueron los más sobresalientes en torno al tema de la eutanasia durante el siglo XX (dejando de lado el terrible episodio de la eutanasia alemana). Aclaremos que, sólo haremos mención de los sucesos históricos en virtud de que la parte jurídica (antecedentes legislativos) será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

2.3.3.1. Resurgimiento del Problema.

Durante el siglo XX, es en Inglaterra donde surge nuevamente la polémica en torno a la eutanasia. En 1931, el doctor Killik Millard dirigió un discurso-manifiesto para legalizar la eutanasia en ese país, ante la Society of Medical Officers of Health.

⁷⁴ URRACA MARTINEZ, Salvador, Op.Cit., p. 67-68.

Años más tarde, en 1935, el propio Millard fundó la Sociedad para la Eutanasia.⁷⁵ Sin embargo, no fue sino hasta 1950 cuando en Inglaterra se volvió a debatir una nueva propuesta para legalizar la eutanasia, propuesta que, no obstante el apoyo de quienes la proponían, fue rechazada sin ser votada.⁷⁶

Por su parte, en Estados Unidos, Charles Potter, imitando el modelo Inglés, fundó en 1938 la Sociedad Eutanásica de América y, en ese mismo año, fue presentada ante la Asamblea de Nebraska, una propuesta de Ley a favor de la eutanasia, misma que, igual que en el caso de Inglaterra, fue rechazada.⁷⁷ También igual que en el caso de Inglaterra, en Estados Unidos tuvieron que varios años antes de que una propuesta legislativa fuera aprobada. Ello ocurrió hasta el año de 1994, cuando en el estado de Oregon se aprobó la “Ley Muerte con Dignidad”, pero tampoco entró en vigor, debido principalmente, a la enorme cantidad de protestas sociales. Sin embargo, tres años más tarde, en 1997, con algunas restricciones en su aplicación, finalmente volvió a ser aprobada con el sesenta por ciento de votos a favor.⁷⁸

Esta tendencia permisiva hacia la aceptación de la eutanasia, continuó en los años siguientes. Así, por ejemplo, en Suiza, concretamente en Zurich, el 25 de mayo de 1977 fue votado ad referéndum, un documento a favor de la eutanasia.⁷⁹ Posteriormente, en junio 1996, entró en vigor en el Norte de Australia *La Ley de los Derechos de los Enfermos Terminales*. Dicha Ley autorizaba al médico a dar muerte al enfermo con una acción positiva, como una inyección letal, pero, como en los

⁷⁵ Cfr. PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p102; y CANO VALLE, Fernando, Op.Cit., p. 102.

⁷⁶ PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p. 108.

⁷⁷ PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 103.

⁷⁸ CANO VALLE, Fernando, Op.Cit., p. 105.

⁷⁹ PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 114.

casos anteriores, unos meses más tarde, en marzo de 1997, fue derogada por el Parlamento.⁸⁰

Pero no todos los criterios recientes en torno a la eutanasia han sido en pro de su legalización. En 1953, la Convención Europea de Derechos Humanos declaró: *“El derecho a vivir de cada uno debe ser protegido por la ley. Nadie debe ser privado de la vida intencionalmente, sólo en el caso de pena capital decretada por una corte de acuerdo a las leyes.”*⁸¹ Igualmente, en 1976, el Consejo de Europa emitió a través de su Asamblea Parlamentaria, una Recomendación Relativa a los Derechos de los Enfermos y de los Moribundos (No. 779), misma que, entre otros puntos, se opone abiertamente a la eutanasia activa, pues señala que el médico no tiene derecho, incluso en los casos que le parezcan desesperados, a acortar intencionalmente el proceso natural de la muerte, sin embargo, los médicos deben respetar ante todo la voluntad del interesado, para lo cual debe ser informado de su estado. La prolongación de la vida no debe ser el fin exclusivo de la práctica médica, la cual debe dirigirse a aliviar el sufrimiento.⁸²

Este es un panorama general que, a manera de resumen, nos muestra que a lo largo del siglo pasado, la polémica en torno a la eutanasia resurgió con más fuerza. Los casos mencionados no son los únicos, pero consideramos conveniente tratarlos más a fondo en el capítulo siguiente al tratar los diversos proyectos legislativos que han surgido alrededor del mundo en torno el tema.

2.3.3.2. Las Sociedades Eutanásicas.

Otro de los puntos que quisimos tratar, dada la evolución que han tenido principalmente en la segunda mitad del siglo XX, es precisamente el de las

⁸⁰ CANO VALLE, Fernando, Ibid.

⁸¹ PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 263.

⁸² Cfr. URRACA MARTINEZ, Salvador, Op.Cit., p. 220-221.

sociedades eutanásicas. La primera de ellas fue fundada en Londres, en 1935 por el mencionado doctor Millard, su nombre era “Exit” (Salida),⁸³ y es considerada como una asociación pionera de las sociedades no lucrativas en pro de la llamada “muerte digna”.⁸⁴ En 1973 se fundó en Holanda la Sociedad para la Eutanasia Voluntaria, cuyos miembros son más de 25,000.⁸⁵ Más recientemente, en 1991, en Estados Unidos, Derek Humphry publicó su libro *Final Exit*, el cual es un manual que explica a los enfermos terminales cómo pueden suicidarse. Humphry es fundador de la Hemlock Society, sociedad que ha impulsado tres propuestas legislativas en los Estados Unidos, a favor de la eutanasia.⁸⁶

Actualmente se dice que existen más de trescientas organizaciones de este tipo alrededor del mundo, que conforman la World Federation of Right to Die Societies, quienes reconocen abiertamente la “contaminación” de la palabra eutanasia, por lo que la mayoría de ellas prefieren utilizar sinónimos.⁸⁷

2.3.3.3. La Tanatología y los Cuidados Paliativos.

No podemos negar los profundos avances que en el campo de la medicina hemos observado, principalmente en los últimos treinta años. Enfermedades que hasta hace unos años se consideraban incurables, actualmente ya no lo son, o por lo menos, ya son tratables y controlables mediante diversos tratamientos médicos. Ello ha provocado que la esperanza de vida en casi todo el mundo se haya duplicado en las últimas décadas. Sin embargo, esos mismos avances de la medicina que han

⁸³ PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 115.

⁸⁴ Para John Keown, *“La British Voluntary Euthanasia Society fue la primera organización de este tipo en el mundo. A parte de esta, la única sociedad eutanásica fundada antes de la Segunda Guerra Mundial es la Choice in Dying.”*. KEOWN, John, Op.Cit., p. 123.

⁸⁵ PEREZ VALERA, Idem.

⁸⁶ URRACA MARTINEZ, Salvador, Op.Cit., p. 163-164.

⁸⁷ KEOWN, John, Idem.

incrementado las expectativas de vida, paradójicamente son los mismos que han alargado la agonía de los pacientes más allá de lo que la mayoría considera sensato.⁸⁸ Esta prolongación innecesaria de la agonía y sufrimiento de los pacientes terminales, constituye lo que la doctrina denomina “medios extraordinarios” y/o “desproporcionados”, que finalmente derivan en el llamado “encarnizamiento terapéutico”. Se entiende por utilización de medios extraordinarios o desproporcionados, aquéllos tratamientos de tipo experimental, que no se están libres de peligro para el paciente, o los que por sus características, costo y posibles resultados, no son considerados como de uso común o habitual.⁸⁹ Se trata de prácticas médicas que, en realidad, no conducen a nada, es decir, no curan la enfermedad o padecimiento del moribundo, simplemente detienen el curso normal de la evolución de la enfermedad y, en caso extremos, prolongan la agonía, manteniendo artificialmente la vida del enfermo, mediante la instrumentación de tratamientos sin los cuales, irremediablemente el paciente moriría.

Como una nueva respuesta al problema de la eutanasia y, especialmente, al posible encarnizamiento terapéutico del que pueden ser objeto los enfermos moribundos, recientemente ha surgido una nueva rama de la medicina, encargada de brindar, tanto al paciente como a sus familiares, las atenciones y cuidados necesarios que requieren los enfermos en etapa terminal, que ayuden, en la medida de lo posible, a aliviar su sufrimiento y, en su caso, a hacer menos doloroso el tránsito hacia la muerte. Nos referimos a la Tanatología o tratado sobre la muerte. Esta nueva disciplina surge en la década de los cincuenta y, en realidad, se trata de una ciencia multidisciplinar que es enriquecida con los aportes de la antropología, la

⁸⁸Cfr. KEOWN, John, Op.Cit., p. 127-128.

⁸⁹ Cfr. ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 205-206. En contraposición a los tratamientos de carácter extraordinario, nos dice este autor que los tratamientos ordinarios son aquéllos normalmente aceptados y disponibles para la generalidad de las personas, de uso habitual, y que no suponen esfuerzos mayores, habiéndose considerado que los mismos son de aplicación moralmente obligatoria.

sociología, la filosofía, la teleología y la psicología.⁹⁰ Esta nueva ciencia se encuentra profundamente relacionada con los llamados *cuidados paliativos*, que consisten en *un cuidado total y continuado del paciente y de su familia por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica ya no es la curación. Su objetivo primario no es prolongar la supervivencia, sino conseguir la más alta calidad de vida presente para el paciente y su familia. Debe cubrir las necesidades físicas, psicológicas, sociales y, en su caso, espirituales. Si es necesario, el apoyo debe extenderse también al proceso del duelo.* Lo que se busca con la aplicación de estos procedimientos es tratar de evitar, en la medida de lo posible, el sufrimiento del moribundo en la etapa final de su enfermedad, así como brindar al enfermo y sus familiares, el apoyo necesario que se requiera para tratar de hacer menos pesada la carga que indudablemente genera en ellos, la aceptación del tránsito hacia la muerte, cuando las posibilidades de recuperación del paciente son nulas y no existe tratamiento posible a su padecimiento, manteniendo en todo momento la mejor calidad de vida en el paciente durante su enfermedad, proporcionándole todos aquéllos cuidados que requiera, como la higiene, hidratación, alimentación y sedación para aliviar los posibles dolores producto de su enfermedad, entre otros, sin adelantar en ninguna forma al desenlace irremediable de su padecimiento, pero tampoco prolongando de manera innecesaria su vida. Por ello, Eduardo Zambrizzi considera que:

Aún en el supuesto de que se considere irreversible en un período de tiempo mayor o menor la muerte de un enfermo terminal, no resulta moralmente admisible la discontinuación de la nutrición e hidratación artificiales, por cuanto ello constituye el soporte básico para la supervivencia, y su supresión contribuye a acelerar en forma innecesaria su muerte, sin beneficio para el paciente que se encuentra en un estado vegetativo, por lo que un acto de esa naturaleza constituye un claro acto de eutanasia omisiva, ya que el retiro de la nutrición y la hidratación causan en pocos días indefectiblemente la muerte del

⁹⁰ PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 178.

paciente. Hemos visto que la distanasia generalmente lleva un mayor sufrimiento del paciente, o a un sufrimiento innecesario por parte del mismo, agrediendo de tal manera su derecho a morir con dignidad, lo cual no ocurre cuando se prolonga su vida mediante la nutrición y la hidratación artificiales.⁹¹

⁹¹ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 211.

CAPITULO 3

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EUTANASIA Y DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES.

En el capítulo anterior expusimos algunos aspectos generales en torno a la eutanasia, su origen, desarrollo y evolución a través de la historia. Estos elementos sirven para comprender mejor la manera en que las actuales legislaciones alrededor del mundo tratan de regular el problema en cuestión. En el presente capítulo veremos los antecedentes legislativos de la eutanasia, hasta llegar al origen de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, que es el centro de nuestra investigación. Aclaremos desde este momento que la mayoría de los antecedentes que exponemos se refieren realmente a la eutanasia, en virtud de que la llamada ortotanasia (o eutanasia pasiva, objeto de regulación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal), no se encuentra regulada en dichas legislaciones. En primer lugar exponemos los antecedentes internacionales, ya que el origen de la regulación de la eutanasia en nuestro país es relativamente nuevo. Posteriormente veremos algunos antecedentes legislativos nacionales que, si bien no regulan expresamente la eutanasia, sirven de preámbulo para llegar al análisis de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

3.1.1. Inglaterra.

Como lo comentamos en el capítulo anterior, es en Inglaterra donde en los años treinta, surge nuevamente la polémica en torno a la eutanasia, cuando el doctor Killik Millard, a través de un discurso-manifiesto, propone legalizar la eutanasia en ese país, pero en realidad fue hasta 1950 cuando en Inglaterra se volvió a debatir sobre el tema en cuestión, sin embargo, en ninguno de los casos citados prosperó la propuesta presentada al Parlamento. No fue sino hasta 1968 que se presentó un nuevo proyecto de Ley, el cual, en palabras de Víctor Manuel Pérez Valera *“llevaba demasiadas formalidades al cuarto del enfermo y destruía la relación médico-paciente”*.⁹² Continúa diciendo dicho autor, que el proyecto de Ley en cuestión

⁹² PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p. 112-113.

“...propuso una fórmula --para aplicar la eutanasia-- sencilla: que los médicos no fueran considerados culpables si intencionalmente aceleraban la muerte de un paciente gravemente enfermo, a no ser que se probara que la acción no procediera de buena fe y fuera ejecutada sin el consentimiento del paciente...”⁹³ Un punto que vale la pena resaltar de este proyecto, consiste en que para poder aplicarle la eutanasia a un determinado enfermo, primero debería ser determinado como “paciente cualificado”, lo cual se hacía mediante la certificación por escrito emitida en ese sentido por 2 médicos. Una vez hecha la designación anterior, la eutanasia no podía realizarse sino hasta pasado un mes desde la emisión de la citada certificación, salvo que la misma fuera revocada. A pesar del enorme apoyo que recibió esta propuesta de Ley por parte de los partidarios de la eutanasia, el proyecto fue rechazado por el 60% de los miembros de la Cámara de los Lores.

3.1.2. Estados Unidos de América.

Los intentos por legalizar y regular la práctica de la eutanasia en este país se remontan a los primeros años del siglo XX.⁹⁴ El primero de ellos fue propuesto por Miss Ann Hall, ante el Parlamento de Ohio, en 1906 y algunos meses después, por iniciativa del Doctor Gregory, se presentó un proyecto similar ante el Parlamento de Iowa, sin embargo, ambos proyectos fueron rechazados por el Congreso de Washington.⁹⁵ Posteriormente hubo varios intentos en diversos estados que trataban de legalizar éstas prácticas, sin embargo, fue hasta el año de 1976, cuando en el estado de California se aprobó la primera Ley *acta de muerte natural* (Natural Death

⁹³ Idem.

⁹⁴ Debemos hacer una aclaración. En realidad, los proyectos que se han presentado en Estados Unidos, más que regular la eutanasia, lo que en realidad pretenden es evitar la práctica de la Adistanasia u obstinación terapéutica (encarnizamiento terapéutico), que consiste en la acción médica que utiliza terapias cuyos efectos son más perjudiciales que el mal que pretende curar, o cuando el empleo de la terapia resulta inútil, ya sea porque la curación se considere imposible o porque el beneficio que se espera es menor que los inconvenientes previsibles.

⁹⁵ PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p 109.

Acts), instaurando lo que en la actualidad se conoce como “Testamento Vital” o “Living Will”. El proyecto respectivo se elaboró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. En él se reconocía el derecho de las personas adultas y mentalmente sanas a dar instrucciones escritas a su médico (actual o futuro) para interrumpir o retirar procedimientos de mantenimiento de la vida en el evento de una situación terminal, es decir, de que la muerte va a producirse, de acuerdo con el razonable criterio del médico, y de que tales procedimientos sólo van a lograr posponer la muerte. En este caso, el médico quedará exculpado de responsabilidad penal o civil.⁹⁶ Este “Testamento Vital” tenía una duración máxima de 5 años (contados a partir de la suscripción del documento) y era revocable en cualquier momento.

Poco a poco diversos estados de la Unión Americana, siguiendo el modelo de California, aprobaron varias leyes en el mismo sentido, siendo aceptado, entre otros, por los estados de Arkansas, Idaho, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregon, Texas, Kansas, Washington y Alabama.⁹⁷ Para 1992, ya existía prácticamente en todos los estados del país alguna legislación similar, incluyendo el Distrito de Columbia y, en ese mismo año, entró en vigor el *Patient Self-Determination Act*, con la que se adoptó la declaración anticipada de voluntad a nivel federal.⁹⁸ Finalmente, en el año 2000, nuevamente en el estado de California, entró en vigor la Ley de Decisiones sobre Atención Médica (Health Care Decisions Law), que confiere a las personas adultas y capaces la facultad de decidir por adelantado, a través de la expedición de las instrucciones pertinentes, sobre cualquier aspecto de una incapacidad sobreviniente. En términos de esta Ley, el paciente puede designar un mandatario para que se ocupe de tomar decisiones al respecto, o de hacer

⁹⁶ URRACA MARTINEZ, Salvador, Eutanasia hoy. Un debate abierto, Madrid, España, Editorial Nosis, 1996, p. 264-266.

⁹⁷ Cfr. URRACA MARTINEZ, Salvador, Op.Cit., p. 266 y PEREZ VALERA, Op.Cit., p. 154.

⁹⁸ CARPIZO, JORGE y Diego Valadés, Op.Cit., p. 113.

cumplir las instrucciones previamente expresadas, no estando limitadas a que la enfermedad sea de carácter terminal, ni tampoco a que el suscriptor se encuentre en estado comatoso o vegetativo permanente.⁹⁹

Otra ley americana que vale la pena mencionar, es la aprobada en el estado de Oregon en 1997, conocida como *Oregon's Death With Dignity Act*. Dicha ley legaliza el suicidio asistido por médicos, en el caso de adultos capaces que padecen una enfermedad terminal (teniéndose como enfermedad terminal, aquella cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses) y siempre que sean residentes del estado. Dicha ley permite a los enfermos solicitar la prescripción de una dosis de sustancias letales para poner fin a su vida y así terminar con su sufrimiento.¹⁰⁰

En general, a este tipo de regulaciones se les conoce como *Living Will* (testamento vital), *Natural Death* (muerte natural) o *Right to Die* (derecho a morir). Pero además del *Living Will*, existen otras figuras¹⁰¹ que permiten a los pacientes prever las disposiciones que deben seguirse en caso de que él mismo devenga en una incapacidad. Pero sea cual sea la denominación que adopten las diversas legislaciones, lo que todas tienen en común es que, más que regular la práctica de la eutanasia, lo que buscan es evitar a toda costa la obstinación médica y el encarnizamiento terapéutico, mediante la suscripción de documentos que contienen

⁹⁹ SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 141-142.

¹⁰⁰ GARCIA VILLEGAS, Eduardo, La tutela de la propia incapacidad. Su regulación legal integral., México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2006, p. 17.

¹⁰¹ Las otras figuras jurídicas reguladas en Estados Unidos, a decir de Eduardo García Villegas, son: a) El Poder Durable de Abogado (*Durable Power of Attorney*); b) El fideicomiso (*Trust*); y c) El Poder para el cuidado de la salud (*Health Care Power of Attorney*), de los cuáles, los 2 primeros se refieren a disposiciones que surtirán efectos sobre el patrimonio del otorgante (y en el caso del *Durable Power of Attorney*, en ocasiones también sobre su persona), una vez que el mismo caiga en algún estado de incapacidad. La tercera opción (el poder para el cuidado de la salud), se encuentra destinado exclusivamente a los asuntos que tengan que ver con la salud del otorgante, por lo que se le conoce también como Poder de Salud o Poder para Cuidado Médico (*Health Care Proxy*), y se distingue del *Living Will*, principalmente, porque el último no requiere de la designación de un agente y, en algunos estados de la Unión Americana, sólo se aplica tratándose de enfermedades terminales o cuando el enfermo se encuentra en estado vegetativo. Cfr. GARCIA VILLEGAS, Eduardo, Op.Cit., p. 20-21.

las indicaciones a seguir por parte de médicos y familiares, principalmente, respecto de los medios, procedimientos o tratamientos a los que está dispuesto a someterse el paciente, en caso de caer en estado de inconsciencia.

3.1.3. Holanda.

La polémica en torno a la legalización de la eutanasia en Holanda comenzó en la década de los 70's, concretamente en 1973, cuando el Juzgado de Leeuwarden¹⁰² estableció que un acto de eutanasia sería aceptable si:

- a) El paciente padeciera una enfermedad incurable;
- b) El paciente experimentara un sufrimiento insoportable;
- c) El paciente solicitara la terminación de su vida; y
- d) El acto se realizara por el médico que trata al paciente o que es consultado por este.

De esta manera, durante mucho tiempo las prácticas eutanásicas se realizaron bajo el amparo de la sentencia de Leeuwarden. El procedimiento era sencillo, nos dice Urraca Martínez, *si se conocía un caso de eutanasia se abría un proceso criminal contra el sanitario, pero si se demostraba que había seguido los criterios de Leeuwarden, no era condenado.*¹⁰³

No obstante la sentencia de Leeuwarden de 1973, un año antes, el 18 de octubre de 1972, se formó en Holanda una comisión integrada por 15 miembros con el sólo propósito de estudiar la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en ese país. Dicho informe fue concluido por la Comisión el 19 de agosto de 1985.¹⁰⁴

¹⁰² URRACA MARTINEZ, Salvador, Op.Cit., p. 144.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Cfr. PEREZ VALERA, Op.Cit., p.289.

Años más tarde, en 1990, se formó una nueva Comisión a cargo del profesor Remmelink (prestigioso Procurador de la Corte Suprema Holandesa). Esta Comisión se encargó de redactar un nuevo informe sobre las prácticas eutanásicas en Holanda, con el propósito, nuevamente, de legalizar su realización. Los resultados de este informe se presentaron en septiembre de 1991 y, 2 meses más tarde, tomando como base el “Informe Remmelink”, en noviembre del mismo año se presentó una propuesta legislativa que se convirtió en el esquema básico de la Ley del 10 de abril de 1992.¹⁰⁵

Finalmente, tras más de 30 años de especulaciones y polémica en torno al tema, el 10 de abril de 2001 Holanda se convirtió en el primer país en el mundo en legalizar la eutanasia. Dicha legalización consistió, básicamente, en la promulgación de una nueva Ley denominada “*Ley sobre la comprobación de la terminación de la vida*”, así como diversas modificaciones al código penal. Conforme a las reformas citadas, en Holanda el homicidio por piedad así como el suicidio asistido (que dan origen a la eutanasia), regulados por los artículos 293 y 294 del Código Penal Holandés,¹⁰⁶ respectivamente, siguen siendo sancionados penalmente, con pena de

¹⁰⁵ Cfr. URRACA MARTINEZ, Op.Cit., p. 147, 157 y 158.

¹⁰⁶ Cfr. CANO VALLE, Op.Cit., p. 52.

Artículo 293. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta.

El supuesto a que se refiere el párrafo 1 no será aplicable en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2º. De la Ley Sobre Comprobación de la Terminación de la Vida...

Artículo 294. El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicara por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

Ley sobre la comprobación de la terminación de la vida.

Artículo 2º. Los requisitos de cuidado a que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:

- a) Ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada;

prisión además de una multa, que varían dependiendo de la situación específica de cada caso. Sin embargo, en determinadas circunstancias, existen excepciones que permiten al médico “ayudar” a un paciente que padece una enfermedad terminal y dolor insoportable, sin que le sea aplicable sanción alguna.¹⁰⁷ El procedimiento es más o menos el siguiente: El médico debe determinar que la petición del paciente, para que se le practique la eutanasia, sea voluntaria y bien meditada. Una vez cumplido lo anterior, debe obtener la confirmación de su evaluación, por escrito, emitida por otro médico. Posteriormente a la muerte del paciente, el médico debe notificar dicha circunstancia al forense municipal y a la Comisión Regional de Comprobación de la Eutanasia. Esta Comisión, integrada por un jurista, un médico y un experto en cuestiones éticas, se encarga de comprobar si la actuación del médico se ajusta a los requisitos exigidos por la Ley. Si la Comisión determina que el médico ha actuado con el cuidado y esmero profesional exigible, el expediente se declara concluido. En caso contrario, el mismo es turnado al ministerio fiscal para que se continúe el proceso contra el médico. En general, concluye Joanne Dornewaard, *“...la eutanasia sigue siendo castigada en los Países Bajos, pero los médicos que deseen prestar ayuda a pacientes con las características ya mencionadas, pueden hacerlo siempre y cuando se apeguen estrictamente a la Ley.”*¹⁰⁸

-
- b) Ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora;
 - c) Ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro;
 - d) Ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último;
 - e) Ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a al d; y
 - f) Ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posible.

¹⁰⁷ Cfr. DORNEWAARD, Joanne (Primera Secretaría de la Embajada de los Países Bajos), La Política de la Eutanasia en los Países Bajos, en Cano Valle, Fernando, Op.Cit., p. 51-56.

¹⁰⁸ Idem.

3.1.4. España.

En España, más que existir leyes que regulen la práctica de la eutanasia, existen ordenamientos que prevén la posibilidad de emitir documentos de voluntad anticipada, semejantes al “*Living Will*” americano. El primer antecedente lo encontramos en La Ley de Cataluña sobre los derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, del año 2000.¹⁰⁹ Conforme a esta Ley, el paciente puede suscribir un documento de voluntad anticipada, dirigido a su médico, que deberá otorgarse ante notario público, quien deberá asentar en el mismo que el documento fue otorgado por una persona mayor, capaz, consciente y libre de coacción. Un año más tarde, en 2001, fueron aprobadas las Leyes de Extremadura y Madrid. La primera de ellas, en términos generales, es muy similar a la de Cataluña. La segunda, conocida como Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, no obliga al paciente a suscribir el documento de voluntad anticipada ante notario. Cabe destacar que, en términos de esta ley, las instrucciones anticipadas no pueden contravenir la ética profesional, lo que permite al personal médico que asiste al paciente, ejercer su derecho a la objeción de conciencia. Finalmente, en el año 2003, surgió la Ley de Andalucía Sobre la Declaración de Voluntad Vital Anticipada. Lo más destacable de esta ley es que crea un Registro Especializado (de voluntades anticipadas), y la eficacia de la declaración anticipada de voluntad, queda sujeta a que los funcionarios de dicho Registro certifiquen la capacidad del autor de la declaración y a que la misma se encuentre inscrita en el propio Registro.¹¹⁰

A nivel nacional, en el año 2002, se aprobó en España la Ley de Autonomía del Paciente. Esta ley establece que todo paciente tiene derecho a negarse a recibir un tratamiento médico, excepto en los casos señalados por la ley. Establece las bases para que las personas dicten sus instrucciones previas, considerándolo como un derecho de las personas mayores de edad, capaces y libres. El documento en

¹⁰⁹ CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, Op.Cit., p.87-88.

¹¹⁰ Cfr. Ibid., p. 108-110.

cuestión es revocable en cualquier momento y puede contener instrucciones sobre el destino del cuerpo y órganos del enfermo, además de prever la posibilidad de nombrar a la persona o personas que actuarán como sus representantes.¹¹¹

3.1.5. Argentina.

En Argentina, la eutanasia pasiva no está regulada por la ley, sino prevista en el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina. Este código reconoce que el paciente terminal tiene derecho a una muerte digna, contando con asistencia terapéutica, con la finalidad de evitar el sufrimiento físico y psíquico, así como a evitar el ensañamiento terapéutico. Sin embargo, el suicidio asistido está prohibido terminantemente.¹¹² En general, Argentina no cuenta con una regulación uniforme en torno a la eutanasia. No obstante, existe un reconocimiento a la libertad de las personas para emitir algún documento similar a las instrucciones anticipadas o testamentos de vida, como en España. Así, por ejemplo, en Buenos Aires existe un Registro de Actos de Autoprotección, en el cual se inscriben las actas otorgadas en las escribanías (Notarías), en las que se establece la voluntad del otorgante, en caso de que en el futuro no pueda expresar su deseo, en relación con las terapias o tratamientos que le serían proporcionados, con motivo de su estado de salud.¹¹³

Por otra parte, en el año 2003 se presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de Ley sobre el Testamento Vital. Conforme a dicho proyecto, el paciente puede decidir sobre la aplicación de un determinado tratamiento durante el transcurso de su enfermedad, debiendo asentarse su decisión en su historia clínica, así como negarse a someterse a la aplicación de medios o tratamientos extraordinarios o desproporcionados. Ese mismo año, en la legislatura de Córdoba, se presentó un proyecto similar, con la diferencia de que en éste último, se prohibía

¹¹¹ Idem.

¹¹² Ibid., p. 108.

¹¹³ ZAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p.147.

expresamente al paciente la posibilidad de rechazar los cuidados paliativos así como los medios ordinarios. Es de resaltar que este proyecto define a la enfermedad terminal como aquella que, *según el juicio del médico, provocará la muerte del paciente dentro de un término no mayor de seis meses.*¹¹⁴

3.1.6. Otras Legislaciones.

A continuación haremos una reseña de algunas legislaciones relacionadas con la eutanasia en diferentes países. Estas no son las únicas que existen, sin embargo, sirven de preámbulo para conocer de forma genérica la manera en que se percibe, en la actualidad, la problemática sobre las prácticas eutanásicas alrededor del mundo.

3.1.6.1. Perú y Uruguay.

Se considera que el Código Penal de Perú (copiado su articulado del proyecto de Código Penal Suizo de 1918), fue el primero, en Hispanoamérica, en abordar al tema en cuestión. El artículo 157 del citado ordenamiento dice: “El que por un móvil egoísta instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría no mayor de cinco años.”. Por lo tanto, señala Cipriano Sotelo Salgado, *“cuando el móvil que ha guiado al auxiliador es un motivo altruista o de compasión, parece indudable que la penalidad no puede recaer sobre él.”*¹¹⁵

Por su parte, en Uruguay, conforme al artículo 37 del Código Penal de 1933, los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo alguno, al sujeto de “antecedentes honorables” que comete homicidio por motivos de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima. Para Sotelo Salgado, el consentimiento (de la

¹¹⁴ Cfr. Ibid., p. 148-149.

¹¹⁵ SOTELO SALGADO, Cipriano, Op.Cit., p.67.

víctima) no desvanece el delito ni suprime la pena. El fundamento para exonerar al sujeto activo del delito reside en la ausencia de peligrosidad del agente.¹¹⁶

3.1.6.2. Francia e Italia.

En Francia desde el año 2005, la Ley 2005-370 permite a los enfermos terminales emitir “directivas previas”, en virtud de las cuales, una persona mayor de edad puede establecer su voluntad en caso de caer en una enfermedad terminal y en estado de inconsciencia. El documento es revocable en cualquier momento, sin embargo, para que las disposiciones contenidas en el mismo se consideren válidas, el documento deberá haberse suscrito por lo menos 3 años antes de que el suscriptor caiga en estado de inconsciencia.¹¹⁷

El caso de Italia es peculiar. En este país no sólo no existe una disposición en torno al tema, sino que, además, en relación al “testamento vital”, “la doctrina (jurídica) niega valor a las directivas previas fundamentando su posición en la falta de actualidad de las mismas al momento en que deben tener eficacia, debido a que entonces el enfermo sería incapaz de querer y entender.”¹¹⁸ no obstante lo anterior, en 1992 el Consejo Italiano de Bioética aprobó la llamada *Carta de Autodeterminación*, en virtud de la cual, quien la suscribe declara que si en un momento dado se viera afectado por una enfermedad terminal, es su voluntad no ser tratado y solicite se le apliquen los tratamientos de carácter analgésico, aunque los mismos pudieran acelerar su muerte.¹¹⁹

¹¹⁶ Idem., p.68.

¹¹⁷ CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, Op.Cit., p.113.

¹¹⁸ SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Op.Cit., p. 144-146.

¹¹⁹ Idem.

3.1.6.3. Australia.

En 1995 se aprobó una Ley para la eutanasia, conocida como Ley de Derechos de los Enfermos Terminales, en la Legislatura del Territorio Norte de Australia. Más tarde otras 2 entidades siguieron el ejemplo, pero los proyectos de ley respectivos fueron aprobados por un escaso margen de diferencia. Esta ley permitía a las personas enfermas, mayores de 18 años, con plena capacidad y cuya esperanza de vida no superara los 6 meses, solicitar la asistencia médica necesaria para poner fin a su vida. El ordenamiento de referencia fue derogado en 1996 por una Ley Federal conocida como Ley de Leyes sobre Eutanasia (*Eutanasia Laws Bill*), mediante la cual se omite la facultad de las demás entidades para legislar sobre eutanasia e invalidó las normas locales que, con anterioridad a ella, se hubiesen expedido.¹²⁰

3.2. ANTECEDENTES NACIONALES.

En este apartado estudiaremos los antecedentes legislativos que han existido en nuestro país en relación con la eutanasia. Comenzaremos con un resumen de la manera en que los diversos Códigos Penales, del Distrito Federal, principalmente, han regulado las conductas eutanásicas. Posteriormente veremos la postura de los Códigos Penales de las demás entidades federativas, donde encontraremos que algunas de ellas ya regulan el tema en cuestión, bien sea como una modalidad del homicidio o bien, como inducción o ayuda al suicidio y, otras, por el contrario, son omisas al respecto. Asimismo encontramos que en algunos de los Estados de la República ya existen Leyes Especiales (todas posteriores a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, que es objeto del presente estudio), que regulan el tema de referencia. Desde este momento aclaramos que dichas Leyes Especiales, por las razones antes apuntadas, no pueden considerarse como antecedente de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Sin embargo, haremos referencia

¹²⁰ Cfr. Ibid., p. 75-76 y CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, Op.Cit., p. 118-119.

a ellas por tratarse de normas “novedosas”, a fin de determinar si siguieron como base a la Ley objeto de nuestra investigación y, en su caso, encontrar en ellas alguna propuesta para subsanar las deficiencias que pudiera tener dicha Ley, en caso de existir. Finalizaremos este Capítulo con el análisis de una propuesta legislativa a nivel Federal, para tratar de impulsar una Ley de Voluntad Anticipada para todo el país, y dos propuestas más en el Distrito Federal, que precedieron la creación de la Ley de Voluntad Anticipada.

3.2.1. La eutanasia en el Derecho Penal Mexicano.

Debido a la extensión del presente trabajo y al objetivo perseguido en el mismo, consideramos innecesario remontarnos a los orígenes del Derecho Penal en nuestro país, pues ello nos alejaría del tema que pretendemos exponer. Baste mencionar que la historia de nuestro derecho punitivo es tan vasta como la historia *in genere* de nuestra nación, pues resulta indudable que aún antes de la llegada de los españoles a este continente, ya existían “leyes” penales que sancionaban las conductas indeseables de los individuos del grupo social. Posteriormente, con la conquista de los pueblos “indígenas” que habitaban esta Nación, era evidente que fueran instauradas entre el pueblo vencido, los usos, costumbres y normas de conducta y jurídicas aceptadas por el conquistador. De esta manera, durante la Colonia fueron aplicadas la Legislación de Castilla o Leyes de Toro, así como El Fuero Real, Las Partidas; Las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, la Nueva y Novísima recopilación, entre otras.¹²¹

Por las razones expresadas, procederemos a resumir la evolución de nuestras leyes penales a partir de la Independencia de México, época en la que ve la luz el primer Código Penal Mexicano, hasta llegar a nuestras actuales legislaciones penales.

¹²¹ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Cuadragésima Tercera Edición, México, Porrúa, 2002, p.44.

3.2.1.1. Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal.

Como lo adelantamos, durante largo tiempo la regulación de la materia penal en nuestro país se rigió básicamente por las Leyes Españolas, con sus respectivas adecuaciones a la Nueva España, y no fue sino hasta después de la consumación de la Independencia, específicamente en el año de 1835, cuando en el estado de Veracruz se promulgó, por decreto del 8 de abril del mismo año, la primera codificación en materia penal de nuestro país.¹²² Dicha legislación, como era de esperarse, no regula explícitamente sobre eutanasia. El suicidio no estaba penalizado, lo que no significa que dicha conducta no se considerara como delito, sino más bien que, dada la naturaleza del acto, era mejor no penalizarlo.¹²³

Más tarde, durante la presidencia de Benito Juárez y por encargo de este, se formó una comisión con la intención de redactar un Código Penal aplicable en el Distrito Federal y territorio de Baja California, sin embargo, dicho esfuerzo no se concretó. Una nueva comisión, a cargo del licenciado Antonio Martínez de Castro, se creó en 1868, cuyo fruto se publicó el 7 de diciembre de 1971, creando un Código Penal aplicable en el Distrito Federal y Territorio de Baja California, en materia común, y para toda la República en el fuero federal.¹²⁴ Tampoco en este Código Penal existe alguna alusión expresa al tema de la eutanasia, sin embargo, el artículo 559 de dicho ordenamiento, hace referencia al homicidio realizado por voluntad y orden de la víctima.¹²⁵ Este ordenamiento permaneció en vigor hasta 1929, año en que una nueva Comisión, esta vez a cargo del licenciado José Almaraz, se encargó

¹²² Aclara Fernando Castellanos, al citar al maestro Celestino Porte Petit, que, si bien en el Estado de México se había redactado, desde 1831, un bosquejo de Código Penal, el mismo no llegó a tener vigencia. Agrega, además, que la creencia general considera que el primer Código Penal mexicano, lo es el del Estado de Veracruz, del 5 de mayo de 1869, lo cual es erróneo. CASTELLANOS, Fernando, Op.Cit., p.45 y 46; y PORTE PETIT, Celestino, *Evolución Legislativa Penal en México*, Editorial Jurídica mexicana, México, 1965, p. 10 y ss.

¹²³ Cfr. PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p. 239.

¹²⁴ CASTELLANOS, Fernando, Op.Cit., p. 46.

¹²⁵ PEREZ VALERA, Víctor Manuel, Op.Cit., p. 241.

de redactar un nuevo Código Penal. Al igual que su predecesor, tampoco existía una regulación expresa sobre eutanasia y básicamente hacía referencia, nuevamente, al homicidio cometido por voluntad y orden de la víctima (artículo 982), con la Novedad de que, tratándose de menores de edad o enajenados mentales, esta modalidad se consideraba como homicidio calificado (artículo 984).¹²⁶ Este código tuvo una escasa vigencia pues en 1931 fue promulgado el “Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”. En él tampoco se regula la eutanasia, pero en sus artículos 312 y 313 se establece la figura del auxilio o inducción al suicidio, aunque no menciona nada sobre la motivación del sujeto activo, lo cual, a juicio de Pérez Valera, “*es una importante carencia, pues no pueden recibir el mismo castigo el que indujo o ayudó al suicida por móviles egoístas o malévolos, que el que lo hizo movido por motivos altruistas.*”¹²⁷

Finalmente llegamos al Código Penal actual, conocido como *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002,¹²⁸ el cual abrogó el Código Penal de 1931, según lo dispone su artículo quinto transitorio. De este ordenamiento es importante señalar lo que establece el artículo ciento veintisiete, que a la letra dice: “*Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en*

¹²⁶ Ibid., p. 244.

¹²⁷ Ibid., p. 248.

¹²⁸ Vale la pena mencionar que antes de la promulgación de este ordenamiento, existió un proyecto de Código Penal en el año de 1949, elaborado por el Doctor Luis Garrido y otros notables penalistas mexicanos, que en su artículo 304 señalaba: “El que prestare auxilio o indujere a otro a que se suicide, será castigado con pena de uno a cinco años de prisión. Si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena será de cuatro a doce años de prisión. **Se le impondrá de uno a tres años de prisión cuando la privación de la vida se cometa por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida.**”. Cfr. PEREZ VALERA, Op.Cit., p 250, citando a Graeda Cantú, Irma Araceli, El Homicidio Piadoso, Tesis, Universidad Iberoamericana, México, 1970, p. 82-83.

fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.”. Como podemos apreciar, dicho artículo, sin mencionar para nada la eutanasia, hace referencia al homicidio cometido por móviles de piedad. Claramente se manifiesta que dicha legislación no permite de ninguna manera la práctica de la eutanasia, sin embargo, se castiga al sujeto activo con una pena menor que la que le correspondería por un homicidio en el que no concurriesen las circunstancias establecidas en el propio artículo ciento veintisiete. Sobre este ordenamiento volveremos más adelante, al tratar las reformas sufridas en diversos artículos, a consecuencia de la publicación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Por lo que respecta al Código Penal Federal, baste decir que, en la actualidad, no contempla la eutanasia o alguna figura similar dentro de su articulado.

3.2.1.2. La eutanasia en los Códigos Penales de las demás Entidades Federativas.

En este apartado haremos referencia a los códigos penales vigentes en la república mexicana. En general, podemos decir que dichos ordenamientos siguen la misma tendencia de los códigos penales de la capital del país. En la actualidad, de las treinta y un entidades federativas (restando al Distrito Federal), veintiuna de ellas no contienen alguna referencia expresa a la eutanasia u otra figura similar, dentro de sus respectivas legislaciones penales¹²⁹ y, por supuesto, tampoco cuentan con alguna Ley Especial que regule el tema en cuestión.

Por otra parte, en los restantes diez Estados de la República, sus respectivos códigos penales sí cuentan con alguna alusión, ya sea expresa o tácita, sobre la eutanasia. La generalidad de dichos ordenamientos contempla esta situación dentro

¹²⁹ Dichas entidades son: Baja California, Colima, Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas. Cfr. Al respecto los diversos enlaces que se mencionan al final de esta obra.

de la figura del homicidio cometido por móviles de piedad. Así, por ejemplo, el Código Penal del Estado de México¹³⁰ establece:

Artículo 243.- Son circunstancias que atenúan la penalidad en el delito de homicidio y se sancionarán de la siguiente forma:

...II. Cuando el delito se cometa bajo alguna de las siguientes circunstancias, se impondrán de cinco a veinte años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

...c) Por móviles de piedad, mediante súplicas notorias y reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida...

En este caso, la pena con la que se sanciona esta conducta es menor que la que le habría correspondido, tratándose de un homicidio simple (de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa) o de un homicidio calificado (de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa).

Los códigos penales de los estados de Aguascalientes, Durango, Hidalgo y Quintana Roo, emplean más o menos la misma fórmula, con algunas variantes entre ellos, considerando al homicidio cometido en estas circunstancias como una atenuante y, por tanto, sancionado con una penalidad menor que la que le correspondería al homicidio simple.

Por otra parte, el Nuevo Código Penal del Estado de Campeche¹³¹, regula el tema en cuestión desde dos perspectivas: como homicidio y como inducción o ayuda al suicidio. En primer lugar, el citado ordenamiento establece:

Artículo 163.- Se sancionará con la cuarta parte de las penas aplicables al homicidio doloso, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias siguientes:

¹³⁰ Fuente: <http://www.cddiputados.gob.mx/POLEMEX/leyes2006/pdf/65/.pdf>. 22 de Marzo de 2009, 12:18 hrs.

¹³¹ Fuente:

http://congresocam.gob.mx/LIX/index.php?option=com_docman&task=cat_view&id=92&Itemid=115. 4 de Abril de 2009, 18:05 hrs.

1.- Por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de la víctima, siempre que medien razones humanitarias o de salud comprobadas y no se trate de un menor o discapacitado.

Cabe aclarar que la pena correspondiente al homicidio doloso va de los diez a los veinticinco años de prisión.

Ahora bien, tratándose de la ayuda o inducción al suicidio, el ordenamiento en cuestión señala:

Artículo 169.- En caso de que el suicida a que se refiere el artículo anterior sufre una enfermedad grave que lo conduciría a su muerte o le produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, quien lo ayude al suicidio será castigado con prisión de uno a cuatro años y de ochenta a ciento sesenta días multa.

No obstante lo anterior, vale la pena preguntarnos, ¿En qué caso estaríamos en presencia de un homicidio cometido por móviles de piedad y cuándo se trataría de inducción o ayuda al suicidio? ¿Acaso la ayuda o inducción al suicidio no requiere de la petición de la víctima para su realización? En nuestra opinión, no existe una clara distinción entre ambas conductas delictivas que se pretendieron regular, como no sea lo relativo a que, no puede considerarse como homicidio piadoso tratándose de menores o discapacitados, por lo que en este caso el hecho típico y punible, siempre que cumpliera con los demás requisitos (enfermedad grave que lo conduciría a la muerte o graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar) encuadraría dentro de la inducción o ayuda al suicidio, pero tratándose de mayores de edad y personas capaces, aún y cuando existieran las condiciones mencionadas con anterioridad, alguien podría argüir la existencia de la *petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de la víctima*, así como *las razones humanitarias o de salud comprobadas*, y entonces, se estaría ante un homicidio piadoso, cuya penalidad, aún tomando en cuenta las atenuantes que establece el ordenamiento de referencia, sería mayor que si se encuadrara esta conducta como ayuda o inducción al suicidio. A nuestro parecer, en este caso, el tipo penal previsto por el citado

artículo 169 del código en comento podría englobar ambos supuestos que se pretendieron regular.

Por su parte, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Morelos y su equivalente en el Estado de Veracruz, regulan la figura de la eutanasia más o menos en los mismos términos que el Código Penal del Estado de Campeche. Sin embargo, ambas figuras tipifican esta conducta dentro del delito de homicidio.

El primero de los ordenamientos citados establece:

*Artículo III.- Al que prive de la vida a otro, por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, y con motivo de una enfermedad incurable o en fase terminal, se le impondrán de cuatro a doce años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.*¹³²

Y el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave¹³³, señala en su artículo 134, lo siguiente:

Artículo 134.- A quien prive de la vida a otra persona que padezca una enfermedad incurable y mortal en fase terminal, por petición expresa, libre, reiterada e inequívoca de la víctima, se le impondrán prisión de dos a cinco años y multa hasta de cien días de salario.

No se procederá en contra de quien, a petición del cónyuge, ascendiente, descendiente, concubina, concubinario, adoptado, adoptante o hermano del paciente con muerte cerebral comprobada, prescinda de los medios artificiales que lo mantengan con vida.

Como podemos apreciar, ambas legislaciones regulan el tema de referencia más o menos en términos similares, es decir, como un homicidio por móviles de piedad y, también en ambos casos, la penalidad con que se sanciona dicha conducta

¹³² Fuente: <http://www.compilación.ordenjurídico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=2694>. 4 de Abril de 2009, 18:38 hrs.

¹³³ Fuente: <http://www.compilación.ordenjurídico.gob.mx/Estatal/Veracruz/códigos/VERCOD08.pdf>. 4 de Abril de 2009, 18:56 hrs.

es menor a la que le correspondería tratándose de un homicidio simple y/o un homicidio calificado. Sin embargo, el párrafo segundo del último de los ordenamientos citados establece un verdadero caso de eutanasia, al menos de eutanasia pasiva, al contemplar la posibilidad de “desconectar” a una persona a la que se le ha determinado muerte cerebral, dejando impune la conducta del sujeto activo, cuando se cumplen los requisitos citados en el ordenamiento de mérito.

Finalmente, los Estado de Baja California Sur y Coahuila de Zaragoza son los únicos que contemplan expresamente, dentro de sus respectivas legislaciones penales, la figura de la eutanasia. El Código Penal para el Estado de Baja California Sur señala¹³⁴:

LIBRO SEGUNDO. DELITOS EN PARTICULAR. TÍTULO DÉCIMO SEGUNDO. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL. CAPÍTULO VI. INDUCCIÓN, AUXILIO AL SUICIDIO Y **EUTANASIA**.

Artículo 275.- Al que induzca o ayude a otro para que se prive de la vida y esto se consume, se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa hasta por doscientos días de salario mínimo vigente. Si esto no ocurre, la prisión será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de hasta cincuenta días de salario mínimo vigente...

*...El auxilio no puede extremarse hasta causar directamente la muerte del suicida, **pero en los casos de eutanasia debidamente comprobados**, el juez puede imponer al responsable de uno a ocho años de prisión.*

En este caso, la conducta eutanásica es sancionada con mayor severidad que la simple ayuda o inducción al suicidio, cuando no existe dicha conducta. Además, podríamos preguntarnos, ¿Cuáles son aquéllos casos de eutanasia debidamente comprobados? ¿Quedaría al arbitrio del juzgador determinar si se trata o no de eutanasia? ¿Qué criterios se toman en cuenta para considerar una conducta como eutanásica?

¹³⁴ Fuente: <http://www.compilación.ordenjurídico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA%20SUR/códigos/BCSOD05.pdf>. 4 de Abril de 2009, 21:35 hrs. Las negritas son nuestras.

Igualmente, el Código Penal para el estado de Coahuila de Zaragoza¹³⁵, establece:

APARTADO CUARTO. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. TITULO PRIMERO. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL. CAPITULO CUARTO. INDUCCION Y AYUDA AL SUICIDIO.

*ARTICULO 354. SANCIONES Y **FIGURA TIPICA DE EUTANASIA**. Se aplicará de tres meses a tres años de prisión: A quien con la voluntad del pasivo le causare la muerte sólo por motivos de piedad; que consistan en evitar que tenga una agonía dolorosa en extremo o porque se trate de un enfermo en fase terminal, sin posibilidad de sanar.*

*ARTICULO 354 BIS. En los casos a que se refieren los artículos anteriores, **la conducta no será punible cuando ocurra y haya sido realizada en términos de lo dispuesto por la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal, para el Estado de Coahuila.***

En términos de este artículo tenemos que, en principio, las conductas eutanásicas, realizadas por motivos de piedad, son consideradas por el legislador como delictuosas y, por lo tanto, punibles, pero cuando se realicen en términos de la Ley de referencia, dicha punibilidad es inexistente. Sobre este punto haremos alusión en el siguiente apartado.

3.2.2. Leyes Especiales.

En este apartado mencionaremos algunas generalidades de las dos únicas leyes (sin contar la del Distrito Federal) que regulan el tema en cuestión. No profundizamos demasiado en su estudio en virtud de que el objeto de nuestra investigación es la actividad del Notario en el marco de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, y un análisis de ambas legislaciones indudablemente rebasaría los límites de este trabajo. Sin embargo, al estudiar el último de los ordenamientos citados, en el capítulo siguiente, haremos referencia a las

¹³⁵Fuente: http://www.congresocoahuila.gob.mx/index.dfm/mod.legislación_archivo/dircódigos/index.coah. 4 de Abril de 2009, 22:05 hrs. Las negritas son nuestras.

semejanzas y diferencias existentes entre dichas legislaciones, tratando de comparar la manera en que el legislador dio solución al fondo del problema.

3.2.2.1. Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila de Zaragoza.¹³⁶

Esta Ley fue aprobada por el Congreso del Estado de Coahuila el día veinticuatro de junio de dos mil ocho y publicada en el periódico oficial de la entidad el dieciocho de julio del mismo año, en vigor al día siguiente. Consta de veintidós artículos y cuatro transitorios. Se trata de una Ley de orden público e interés social y tiene por objeto, según establece su artículo primero, regular el derecho de toda persona a decidir respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer una Enfermedad Terminal que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse ni gobernarse por sí mismo, a efecto de que se le garantice el “derecho a morir dignamente”, evitando el encarnizamiento terapéutico. Reconoce expresamente el derecho que tiene toda persona a la “ortotanasia” (Artículo segundo), a la cual ya hemos hecho alusión en el capítulo anterior. Dicho derecho se ejercita a través de la suscripción de lo que se denomina “Documento de Disposiciones Previsoras”, que consiste en el pronunciamiento escrito y previo por el cual una persona (a quien la Ley denomina “Autor”) da instrucciones respecto al tratamiento médico que desea o no recibir, en el supuesto de padecer un accidente o una Enfermedad Terminal irreversible que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse y valerse por sí mismo, con el propósito de que se le garantice su derecho a morir dignamente y se evite el encarnizamiento terapéutico, debiendo el “Autor” designar a un Representante para que haga valer su voluntad y decida en su nombre cuando él ya no lo pueda hacer. Este documento se formaliza ante notario público, mediante el levantamiento del acta respectiva, aunque, como veremos más

¹³⁶Fuente:http://www.congresocoahuila.gob.mx/index.cfm/mod.legislacion_archivo/dir,LeyesEstatalesVigentes/index.coah. 4 de Abril de 2009, 22:57 hrs.

adelante, existe una excepción, pudiendo otorgarse dicho documento ante el propio personal de salud.

En cuanto a la capacidad para otorgar el documento en cuestión, en principio, cualquier persona con capacidad de ejercicio así como los emancipados capaces, pueden hacerlo, sin embargo, esta Ley contempla algunos casos especiales. De esta manera, conforme al artículo quinto, una persona enferma puede otorgar el “Documento de Disposiciones Previsoras”, pero un médico debe certificar que dicha persona cuenta con lucidez al momento de otorgarlo ante la presencia del Notario Público, quien debe transcribir la certificación del médico, asentando además los datos generales y cédula profesional de éste. El acta que se levante al efecto deberá ser firmada por el Notario, el médico y, por supuesto, por el “Autor”, haciendo constar expresamente que éste último gozó de lucidez durante el otorgamiento. En caso de que faltaren éstos requisitos, el documento emitido será nulo. La excepción a que hicimos alusión en el párrafo anterior, se presenta cuando el Notario no pueda trasladarse al lugar donde se encuentre el enfermo, caso en que se podrá suscribir el “Documento” ante el personal de salud correspondiente y dos testigos, ello sin menoscabo de que posteriormente (señala la propia Ley), y si las circunstancias clínicas del enfermo lo permiten, se formalice el “Documento de Disposiciones Previsoras” ante Notario Público. Cabe preguntarnos, ¿Qué pasaría si “las circunstancias” no permiten que el “documento” en cuestión sea formalizado ante el Notario?, ¿La formalización del “documento” será optativa u obligatoria? Si es obligatoria, ¿Por qué el legislador permite que el “documento” sea otorgado ante el personal de salud y dos testigos?, ¿El documento carecería de validez por no haberse formalizado en la forma en que la Ley lo prevé? Además, según establece el artículo sexto, cuando el personal del Servicio Clínico responsable de la asistencia médica del enfermo cuestione la capacidad de quien otorgó la disposición previsoras ante el Notario, pondrá los hechos al conocimiento del Ministerio Público para que “proceda conforme a derecho”. Es de cuestionarse, ¿Qué debemos entender por “proceder conforme a derecho”?, ¿Cuál sería la sanción en caso de que dicha

autoridad “procediera conforme a derecho”? Por otra parte, este artículo señala que el personal médico puede cuestionar la capacidad de quien otorgue el documento ante Notario, pero ¿Qué pasaría con el documento otorgado ante el propio personal de salud?, ¿También podrá cuestionarse la capacidad de quien otorgue el “documento”?, ¿Sería posible que el propio personal encargado del cuidado de la salud cuestione la capacidad de quien otorgó el “documento” de esta manera?

Por lo que se refiere al contenido del “documento de disposiciones previsoras”, el artículo séptimo de la Ley en comento, prevé que el “Autor” podrá señalar, entre otras cuestiones, que no se le apliquen medios extraordinarios o desproporcionados, cuando padezca una Enfermedad Terminal e incurable, cuyo propósito sea únicamente el de prolongar artificialmente su vida, si su estado de inconsciencia se juzga irreversible o no existe ninguna expectativa razonable de recuperar la salud; protegiendo su “derecho a morir humanamente”, manteniendo, en lo posible, su calidad de vida y evitando en todo momento el ensañamiento terapéutico, aplicándose preferentemente los cuidados paliativos; que se respete al autor el derecho de estar debidamente informado de su padecimiento, a elegir su tratamiento y el empleo de los medios terapéuticos que desea le sean aplicados. El artículo en cuestión también señala que en el “documento de disposiciones previsoras” no se podrá proponer o autorizar la eutanasia, además de especificar que “se tendrán por no puestas las instrucciones relativas a las intervenciones médicas que el Autor desea recibir, cuando resulten contraindicadas para su patología”.

Como lo señalamos con antelación, al otorgar el “documento de disposiciones previsoras”, el autor debe designar un representante, cuyas facultades y obligaciones se precisan en los artículos octavo y noveno de la Ley. Dicho cargo puede recaer en cualquier persona, independientemente de que exista parentesco o no con el autor del documento, quien deberá actuar en nombre de éste último a efecto de asegurar la precisa aplicación o interpretación de las instrucciones consignadas en el Documento de Disposiciones Previsoras. La designación del representante contiene algunas reglas especiales:

- Si el Autor nombra a varios Representantes, desempeñará el cargo el primero de los nombrados y, en los casos de muerte, incapacidad, no aceptación o relevo del cargo, los demás actuarán para sustituirlo en el orden de su designación.
- La aceptación del cargo puede darse en el mismo momento del otorgamiento del “Documento”, aunque se entenderá aceptado el mismo al ejercerlo.
- En caso de que el representante designado deseara renunciar al cargo, deberá hacerlo del conocimiento del otorgante, mediante escrito privado o acta ante Notario, a fin de que éste pueda designar un sustituto (si no lo había contemplado así desde el inicio). Sin embargo, si al momento en que el Representante presente su renuncia, el autor se encuentra incapacitado para expresar su voluntad, quien pretenda renunciar el cargo debe informar su intención a los familiares más cercanos del Autor, para que éstos últimos garanticen la precisa aplicación o interpretación de las instrucciones consignadas en el Documento de Disposiciones Previsoras.

Los artículos décimo al décimo quinto contienen las reglas para el otorgamiento del “Documento de disposiciones previsoras”, el cual se formaliza mediante acta otorgada ante Notario (artículo décimo), quien debe expedir el documento por quintuplicado: uno para su archivo, otro para el “Autor”, uno más para el representante y los dos restantes deberá enviarlos, dentro de los diez días hábiles siguientes a su otorgamiento, a la Dirección General de Notarías del Estado (artículo décimo primero), quien enviará uno de los tantos a la Secretaría, dentro de los tres días hábiles siguientes, para su Registro. El artículo décimo tercero señala que el “Documento de Disposiciones Previsoras” surtirá sus efectos en el momento en que el “Autor” se encuentre en un estado de enfermedad terminal que le impida gobernarse por sí mismo y tomar decisiones acerca de su enfermedad. El “Documento de Disposiciones Previsoras” puede ser modificado o revocado en cualquier momento y el otorgamiento de un “Nuevo Documento” revoca los

anteriores, señalando la Ley una particularidad: Cuando se vaya a modificar se deben satisfacer los mismos requisitos de forma para su otorgamiento, en cambio, en el caso de revocación, no se requerirán dichas formalidades, ya que surtirá efectos cuando se realice mediante escrito privado ratificado ante el Notario y dos testigos. ¿Por qué cuando se otorga o modifica el “Documento de Disposiciones Previsoras” no se requieren testigos y para revocarlo sí?, ¿A qué se refiere la Ley cuando menciona que tratándose de la revocación, no serán necesarias las mismas formalidades, si finalmente requiere que se ratifique ante Notario? A no ser por el hecho de que en la revocación no es necesario el certificado médico sobre la capacidad del “Autor”, no comprendemos la necesidad de distinguir entre la formalidad al momento de otorgar, modificar o revocar el “Documento”. Por su parte, el artículo décimo quinto contiene las reglas tratándose de personas ciegas, sordas o que no sepan o no puedan firmar. Es de especial atención lo previsto por el artículo vigésimo primero de la Ley en cuestión, al establecer que cuando el “Autor” del documento sea una mujer embarazada y bajo ese estado devengue en una enfermedad terminal, se observará el contenido del “Documento de Disposiciones Previas”, pero velando ante todo por el bienestar del “ser” en gestación.

Como lo adelantamos, el “Documento” debe ser inscrito en el “Registro”, que está a cargo de la Secretaría de Salud del Estado. Cuando el personal médico atiende a una persona que padezca una enfermedad terminal, deberán obtener del “Registro” constancia sobre si el paciente otorgó o no algún “Documento de Disposiciones Previsoras” y, en caso afirmativo deberán actuar conforme al mismo (artículo décimo octavo). La parte final de la Ley en comento, establece que los médicos o instituciones de salud que incumplen las disposiciones contenidas en la misma Ley, serán responsables de los daños y perjuicios que generen con su conducta. Asimismo, quienes cumplan con su contenido, quedan eximidos de cualquier responsabilidad derivada del cumplimiento de las disposiciones previsoras.

3.2.2.2. Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Aguascalientes.

Esta Ley fue aprobada por el Congreso del Estado el día once de marzo de dos mil nueve, publicada en el periódico oficial de la entidad el día seis de abril del presente, en vigor al día siguiente.¹³⁷ Consta de cuarenta y siete artículos y siete transitorios. Prácticamente esta Ley es una reproducción de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, cuyo contenido y hasta numeración de su articulado son idénticos a ésta última. Aunque también existen algunas diferencias que procederemos a mencionar a continuación. Al igual que su similar del Distrito Federal y la del Estado de Coahuila, conforme a su artículo primero, este ordenamiento es una Ley de Orden Público e Interés Social, y tiene por objeto *“instituir y regular las condiciones y formas de la declaración de voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, emitida libremente, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar la agonía del enfermo terminal, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo.”* El artículo tercero contiene una lista de definiciones y conceptos para su correcta interpretación y aplicación. La fracción cuarta del mencionado artículo define al Documento de Voluntad Anticipada como *“el documento público suscrito ante Notario Público, sin generar costo alguno, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales y que se encuentre en etapa terminal, declara su voluntad, emitida libremente, a rechazar un determinado tratamiento médico, que propicie la Obstinación Terapéutica”*. De esta definición podemos destacar, en primer lugar, que la suscripción del mencionado “documento” no genera costo alguno (la del Distrito Federal no menciona ésta circunstancia). También señala que cualquier persona con

137

Fuente:<http://www.congresoags.gob.mx/docs/LegislaturaLX/LEGISLACION/LEYDEVOLUNTADANTICIPADA/TEXTOORIGINAL>.
6 de Abril de 2009, 19:05 hrs.

capacidad de ejercicio puede suscribir el documento en cuestión, sin embargo, pareciera que es un requisito que dicha persona padezca una enfermedad en etapa terminal. La fracción quinta del mismo artículo define al Enfermo en Etapa Terminal, como *“la persona que tiene una enfermedad avanzada, progresiva, degenerativa, incurable, irreversible y mortal en un plazo de 3 a 6 meses, en la que no existe una posibilidad real de curación recuperación de acuerdo a los estándares médicos establecidos”*. Como lo veremos en el capítulo siguiente, la Ley del Distrito Federal menciona que el enfermo terminal debe tener una esperanza de vida menor a seis meses. ¿Cuál habrá sido el criterio para que el legislador considerara dichos plazos?. En el caso de la Ley de Aguascalientes, ¿Qué pasaría si el enfermo muere antes de los tres meses?, ¿Y si fallece después de los seis meses?, ¿La enfermedad aún así se consideraría terminal? El artículo en cuestión también menciona conceptos como “Obstinación Terapéutica” y “Tanatología”, a las que ya nos hemos referido en puntos anteriores.

Por su parte los artículos séptimo al trigésimo quinto regulan los requisitos para el otorgamiento del “Documento de Voluntad Anticipada”, los cuales, como lo adelantamos, prácticamente son una reproducción a la letra de su similar para el Distrito Federal, sin embargo, a continuación realizamos algunas observaciones. Conforme al mencionado artículo séptimo, el “Documento” puede ser suscrito: i) Por cualquier persona con capacidad de ejercicio; ii) Por cualquier enfermo en etapa terminal; iii) Por los familiares, cuando el enfermo esté impedido para hacerlo por sí mismo; y iv) Por los padres y tutores, tratándose de menores o incapaces (en ambos casos, se deberá acreditar el parentesco con la correspondiente el Acta del Registro Civil). Recordando la fracción cuarta del artículo tercero de esta Ley, ¿Es o no requisito el padecer una enfermedad terminal, para poder suscribir el “Documento”? Al parecer no lo es, según el artículo séptimo en comento. El “Documento de Voluntad Anticipada” debe suscribirse por escrito, de manera personal, libre e inequívoca ante Notario (artículo octavo). Debe señalar el nombramiento de un representante, encargado de velar por su exacto cumplimiento, y puede contener la

manifestación del otorgante, respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados. El Notario ante quien se otorgue el “Documento” debe dar aviso a la “Unidad Especializada”. En caso de que el “Enfermo en etapa terminal” no pueda acudir ante el Notario a otorgar el “Documento de Voluntad Anticipada”, podrá suscribirlo ante el propio personal de salud autorizado y dos testigos que cubran los requerimientos del “formato” que emita el Instituto. ¿A qué formato se refiere este artículo? Si recordamos la definición del “Documento de Voluntad Anticipada”, el artículo relativo lo definía como *“el documento público suscrito ante Notario...”* ¿El “formato” y el “Documento” son sinónimos?, ¿Se trata de documentos distintos? Si es así, ¿Por qué habrá omitido el legislador mencionar el “formato” en el catálogo de conceptos señalados en artículo tercer?

Los artículos décimo segundo y décimo tercero contienen las prohibiciones para ser testigos y representante, respectivamente. De esta manera, no pueden serlo: los menores de dieciocho años; quienes no disfrutan de su cabal juicio; quienes no hablan el idioma del enfermo (salvo que se encuentre presente un intérprete); y adicionalmente, en el caso del representante, que no haya sido condenado por el delito de falsedad. El representante puede excusarse al momento de tener conocimiento de su designación (artículo décimo quinto), si existe alguna de las causas de excusa que señala el artículo décimo sexto. De esta manera pueden excusarse: los empleados o funcionarios públicos y militares en activo; los que por su estado de salud, por no saber leer o escribir o por caso fortuito o de fuerza mayor no puedan desempeñar el cargo; y quienes desempeñen otra representación.

El cargo de representante es gratuito (artículo décimo cuarto), y entre sus obligaciones se encuentra la de vigilar el cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el “Documento de Voluntad Anticipada”, así como la defensa dentro y fuera de juicio del mencionado documento (artículo décimo séptimo). El cargo de representante concluye por muerte del representante o del representado, por incapacidad legal, por excusa, revocación o remoción (artículo décimo octavo).

Finalmente, los artículos décimo noveno al cuadragésimo séptimo prácticamente son idénticos a los de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, por lo que reservamos su estudio para el capítulo siguiente.

3.2.3. Propuestas Legislativas.

A continuación haremos referencia a las propuestas que fueron analizadas en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, previa aprobación de la Ley de Voluntad Anticipada, así como la propuesta de creación de una Ley de Voluntad Anticipada a nivel Federal. Tratamos de destacar sus principales aspectos, pros y contras contenidos en cada una de ellas, para finalizar con un breve comentario sobre su discusión en el órgano legislativo de mérito, tratando de entender los motivos que llevaron al legislador capitalino a desechar las mismas, para dar paso a la Ley que motivó nuestra investigación. No pretendemos emitir juicio alguno sobre cuál de las propuestas discutidas en la Asamblea era la mejor opción para regular el tema que nos ocupa, simplemente tratamos de ampliar el panorama del lector, a fin de introducirlo más en el marco en que se discutió y aprobó la Ley en comento, pues consideramos que ello ayudará a entender mejor la problemática que pretende regular.

3.2.3.1. Primera Propuesta Legislativa.

Esta propuesta estuvo a cargo del Diputado local Armando Tonatiuh González Case, del Partido Revolucionario Institucional (PRI). El proyecto básicamente consistía en reformar y adicionar diversas disposiciones contenidas en la Ley de Salud, el Código Penal y el Código Civil, todos para el Distrito Federal. Fue presentado ante la Asamblea Legislativa el 23 de noviembre de 2006 y turnado el mismo día, para su análisis y dictamen, a las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Salud y Asistencia Social. Conforme a su exposición de motivos, esta iniciativa pretendía reconocer el derecho que tienen las personas que padecen una enfermedad terminal, a una “muerte digna”, mediante la aplicación legal

de la eutanasia, en determinadas condiciones, previa suscripción de lo que se denominaría “Testamento de Vida”, o bien, de la “Petición de Misericordia”.

Las reformas propuestas al Código Penal consistían en reformar los artículos 123 y 142, así como adicionar un párrafo segundo al artículo 127. Los primeros dos numerales se encuentran regulados dentro del apartado correspondiente al Capítulo de Homicidio del Ordenamiento en cuestión, mientras que el último regula la Ayuda o Inducción al suicidio. De esta manera, antes de la reforma propuesta, los artículos en cuestión señalaban lo siguiente:

“ARTÍCULO 123.- Al que prive de la vida a otro se le impondrá de 8 a 20 años de prisión.”.

“ARTÍCULO 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.”.

“ARTÍCULO 142. Al que ayude a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.

Al que induzca a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de tres a ocho años, si el suicidio se consuma.

Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate. Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo.”.

Con la reforma en comento,¹³⁸ dichos artículos quedarían redactados de la siguiente manera:

“Artículo 123.- Al que prive de la vida a otro se le impondrá de 8 a 20 años de prisión **salvo lo establecido en el artículo 127 segundo párrafo de este código.”**

¹³⁸Cfr.<http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=25361&nIdRef=34&nIdPL=3&cTitulo=CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL%20ANTES%20NUEVO%20CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL-&cFechaPub=07/01/2008&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS>. Las negritas son nuestras, con el propósito de enfatizar la propuesta de reforma. 6 de Abril de 2009, 20:38 hrs.

“Artículo 127.- Al que prive de la vida a otro por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste siempre que medien razones humanitarias y la víctima pareciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de 2 a 5 años de prisión.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, la conducta no será punible cuando la persona haya suscrito un Testamento de Vida o se haya hecho una Petición de Misericordia y que lo expresado en estos documentos haya sido aprobado por la Comisión de Ética y aplicado por el médico designado por dicha Comisión.”

“Artículo 142.- Al que ayude a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de 1 a 5 años si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de 4 a 10 años de prisión, **a excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 127 de este código.”**

Los comentarios a esta parte de la propuesta están de más. Los artículos 123 y 142 establecen que la conducta ilícita (homicidio o ayuda e inducción al suicidio, según sea el caso), no será punible cuando la víctima haya suscrito un “Testamento de Vida” o se haya hecho una “Petición de Misericordia” aprobada por la Comisión de Ética, siempre que se haya aplicado por el médico designado al efecto por dicha Comisión. Cabe hacer notar, que el artículo primero transitorio de esta propuesta de reforma al Código Penal, señalaba que debería llevarse a cabo un referéndum a fin de escuchar la voz de los ciudadanos y que, al final, fueran ellos quienes aceptaran o desearan dicha propuesta.

Por otra parte, la iniciativa en cuestión también planteaba adicionar las fracciones X, XI y XII del artículo 2, los artículos 15 bis, 15 ter, 15 quater, 15 quintus, 15 sextus, las fracciones III y IV del artículo 16 bis 1, la fracción III del artículo 16 bis 3 y el artículo 16 bis 8, todos de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Las fracciones X y XI del artículo dos que se adiciona, establecen lo que se entiende por “Testamento de Vida” y “Petición de Misericordia”, respectivamente. Se define al primero como *“el documento jurídico por el cual de manera libre y voluntaria una persona enferma, en estado terminal o física y mentalmente capaz expresa su voluntad para que en caso de enfermedad o accidente, y que su mal estado de salud*

sea irreversible, doloroso y mortal se le concedan los medios necesarios para interrumpir su vida a través del médico designado por la comisión de ética.”. En el mismo documento el autor podría establecer si desea o no donar sus órganos. En cuanto a la petición de misericordia, la propuesta señalaba que *“Es la Solicitud que hace uno o varios de los familiares de un paciente que se encuentra en fase terminal o con muerte cerebral y se realizara solamente cuando no se haya suscrito el Testamento de vida correspondiente.”.* Aunque, como ya lo adelantamos, esta propuesta legislativa no prosperó, al leer la última definición, en la parte que dice: *“Es la Solicitud que hace uno o varios de los familiares...”*, nos preguntamos, ¿Solitud de qué? Creo que la propuesta debería ser más específica en ese sentido.

Por su parte, la fracción XII adicionada del mencionado artículo 2, define la “Comisión de Ética”, y los artículos 15 bis, 15 ter, 15 quater y 15 quintus, señalan la forma en que se integraría dicha comisión, así como sus facultades y actuación, tratándose del “Testamento de Vida” o de la “Petición de Misericordia”, según sea el caso. Vale la pena hacer referencia a la fracción I (romano) del artículo 15 ter propuesto, el cual establece que una de las funciones de la Comisión de Ética es *“...Recibir y analizar la solicitud y el Testamento de Vida, **certificado ante un Notario Público** que presente cualquier paciente o su representante y que llene los requisitos establecidos por el Código Civil del Distrito Federal...”*. No sabemos a qué se refería el legislador al decir certificado ante notario público. Creo que era que la propuesta estableciera “otorgado en términos del Código Civil”, ya que en la parte relativa, esta reforma sí contemplaba la forma en que debía otorgarse el “Testamento de Vida”. Otro punto a destacar de la propuesta comentada, es el previsto por la fracción V del mismo artículo 15 ter,¹³⁹ misma que establecía como otra de las funciones de la Comisión de Ética, la de *“Aprobar la voluntad expresada en el Testamento de Vida que cumpla con los requisitos o en su caso rechazarla, resolución que deberá ser por mayoría de votos, **en un plazo no mayor a 90 días a***

¹³⁹ En el caso de la “Petición de Misericordia”, el artículo era la fracción III del artículo 15 quintus de la propuesta.

partir de que se haya hecho la solicitud. ¿Cuál habrá sido el criterio del legislador para establecer este plazo de noventa días? Porque, en nuestra opinión, tratándose de enfermos terminales cuya esperanza de vida es mínima o nula, probablemente hayan fallecido antes de que la Comisión resuelva sobre si se aprueba o no su “Testamento de Vida”. Tanto en el caso del Testamento de Vida como de la Petición de Misericordia, la resolución emitida por la Comisión tendría el carácter de irrevocable.

Por su parte, las fracciones III y IV del artículo 16 bis 1 y la fracción III del artículo 16 bis 3, también hacen referencia al llamado “Testamento de Vida”, en relación al derecho que tiene toda persona a suscribirlo, a establecer si desea o no donar su cuerpo u órganos susceptibles de ello y a que la Comisión de ética apruebe su decisión, lo cual nos parece repetitivo, pues todo ello ya se mencionaba en otras partes de la reforma. Por último, el artículo 16 bis 8 adicionado en la propuesta, establece lo que en doctrina se conoce como Objeción de Conciencia, para aquéllos miembros del personal de salud que no estén de acuerdo con la aplicación de las disposiciones contenidas en el Testamento de Vida, debido a sus ideas religiosas o morales.

Para finalizar esta parte de la propuesta comentada, señalamos lo relativo a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, las cuales sustancialmente pretendían: adicionar la fracción V al artículo 1501; proponiendo regular al Testamento de Vida como un nuevo tipo de testamento especial; agregar un Capítulo IX al Título Tercero, del Libro Tercero, que contendría la regulación de dicho Testamento de Vida, mediante la adición de los artículos 1598 bis, 1598 ter, 1598 quater, 1598 quintus y 1598 sextus. De esta manera, el artículo 1598 bis propuesto, en su primer párrafo, define al citado “Testamento de Vida”, en términos similares a la fracción X del artículo 2 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, ya comentada. Sobre este punto, creemos que era mejor definir en el Código Civil al testamento en cuestión y que la Ley de Salud sólo remitiera al artículo correspondiente de dicho ordenamiento, para no caer en la incongruencia presentada de tener definiciones

distintas. También es de destacar que la reforma al Código Civil sí limita el otorgamiento del Testamento de Vida a los mayores de 18 años, sin señalar causas de excepción.¹⁴⁰ Por lo que respecta al párrafo segundo del artículo 1598 bis en comento, textualmente señala: “...**En el testamento de vida la persona que lo firma, designará a un legatario para que en caso de no poder expresar por sí mismo su voluntad, la sustituya en los términos del artículo 1392 de este código.**”. Creo que el legislador no interpretó correctamente el sentido del artículo 1392 del Código Civil, el cual establece que: “*El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio*”, puesto que el legado consiste, originalmente, en instituir como heredero de un bien específico a una persona a la que se denomina legatario, quien se convierte en heredero a título particular y, por excepción, en la prestación de un bien o servicio, pero siempre en beneficio del legatario instituido. Sin embargo, en la reforma pretendida se impone al legatario, como una obligación, suplir la voluntad del testador en el caso señalado.¹⁴¹ Para finalizar el comentario al artículo 1598 bis, su párrafo tercero señalaba que “*El testamento de vida podrá ser revocado, solo por la persona que lo solicitó y firmó*

¹⁴⁰ Hay que recordar que, conforme al artículo 1306 del Código Civil, a contrario sensu, los mayores de dieciséis años pueden otorgar cualquiera de los testamentos regulados por dicho ordenamiento, salvo por lo que se refiere al testamento ológrafo, según lo dispone el propio artículo 1551.

¹⁴¹ Al respecto, el maestro Antonio de Ibarrola señala: “*LEGADO, como HERENCIA, tiene dos acepciones: el acto de transmisión a título particular de una cosa o de un derecho, y el objeto mismo transmitido... Podemos definir al LEGADO diciendo que es una disposición testamentaria por la cual el testador manda una cosa o una porción de bienes, a título singular, a una persona o a personas determinadas... El legado (RV, 71) consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, en favor de una persona y a cargo de una herencia, de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador... El legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable, que puede consistir en un derecho, en una cosa o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario o de la masa de la herencia... Todas las cosas susceptibles de propiedad particular y transmisibles pueden ser objeto de un legado... El legado puede consistir en la prestación de una cosa o de un servicio: hay legados de dar y de hacer. Los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o del goce de una cosa. Los de hacer implican una obligación impuesta a un heredero o a un legatario para cumplir un servicio a favor del legatario instituido...*”. DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 16ª. Ed., México, Porrúa, 2008, pág. 831 a 837. En el mismo sentido, Juan Manuel Asprón Pelayo, opina: “*El legado es la institución testamentaria mediante la cual el legatario adquiere a título particular el derecho a una prestación de dar o de hacer, sin más modalidades que las expresamente impuestas por el testador... El término legado tiene dos acepciones, en la primera significa el acto por el cual*

ante Notario Público, siempre y cuando sea de manera libre y voluntaria”, lo cual es ocioso, pues, siendo un acto personalísimo, es lógico que sólo pueda ser revocado por el propio testador y, además, si la formalidad requerida para su otorgamiento es la de ser otorgado ante el Notario (la reforma en cuestión señalaba “se formalizará ante Notario Público”, conforme al artículo 1598 ter propuesto), lógicamente sólo podría ser revocado de la misma manera. Por otro lado, el artículo 1598 quater establecía los requisitos que debía cumplir el Testamento de Vida, entre los cuales señalamos: haberse realizado ante Notario, firmado por el solicitante, el Notario Público (obviamente si se otorga ante el Notario, éste último debe firmarlo) y dos testigos.¹⁴² Finalmente, el artículo 1598 sextus señala que el Testamento de Vida deberá incorporarse al historial médico del paciente.

Hasta aquí los comentarios a la propuesta de reforma en cuestión. Volvemos a advertir que no se tocaron a fondo todos los puntos en ella contenidos, sino simplemente aquéllos que, en nuestra opinión, ameritaban un comentario especial, por tener mayor relación con el tema investigado.

se transmite a título particular por causa de muerte, y en el segundo se refiere a la cosa-objeto o hecho-objeto materia propiamente del legado...”. ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Sucesiones, 2ª. Ed., México, Editorial McGraw-Hill, pág. 86.

¹⁴² Ello nos resulta algo ilógico, pues, en principio, pueden otorgar testamento todas aquéllas personas no exceptuadas por la Ley (artículo 1305 del código Civil) sin la necesidad de testigos, salvo los casos especiales que el propio ordenamiento civil señala, como en el supuesto de que el testador no sepa o no pueda firmar el testamento (artículo 1514), de los enteramente sordos (artículo 1516), de los ciegos y de quienes no sepan o no puedan leer (artículo 1517), así como cuando el testador o el propio notario lo soliciten (artículo 1513), por lo que no entendemos por qué en el caso del Testamento de Vida, la reforma planteada requiere la comparecencia de 2 testigos, pues, fuera de los casos señalados, el Código Civil sólo requiere la existencia de testigos en los llamados “testamentos especiales”, dada su “especial” naturaleza (artículo 1524 para el testamento público cerrado, 1554 para el testamento ológrafo, 1567 para el testamento privado, 1579 para el testamento militar y 1584 para el testamento marítimo), pero tratándose de los testamentos otorgados ante Notario, es decir, el testamento público abierto y el testamento público simplificado, fuera de los casos mencionados, no se requiere la comparecencia de dichos testigos.

A manera de síntesis, nos permitimos transcribir, en lo conducente, la resolución de las Comisiones encargadas de evaluar la viabilidad de la propuesta en comento:

“...CUARTO. A respecto de la iniciativa del diputado Armando Tonatiuh González Case, cabe explicar que pretende, a través de diversas adecuaciones legales tanto al Código Penal, como al Código Civil y a la Ley de Salud, todos del Distrito Federal, la instauración de las figuras del testamento de vida y de la petición de misericordia, figuras cuyas implicaciones y alcances se encuentran referidas en la exposición de motivos de la iniciativa respectiva.

No obstante, después de analizar las mencionadas figuras, estas Comisiones Unidas consideran no atendible esta iniciativa en los términos que se ofrecen, porque de hacerlo, implicaría autorizar en el Distrito Federal la práctica de la eutanasia, tanto activa como pasiva.

QUINTO. En un mismo orden de ideas, no es conveniente utilizar la expresión testamento de vida, ya que el testamento es una figura jurídica cuya definición y efectos están perfectamente delimitados, siendo el principal que surte consecuencias legales después de fallecido el testador; además de que el propósito del mismo es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones; mientras que con el supuesto testamento de vida, no se transmite nada de lo anterior a la muerte de la persona que suscribió el documento.

Este razonamiento lleva a considerar también no atendibles las reformas que se proponen al Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de incluir en un capítulo especial la regulación del testamento de vida.

Asimismo, el Diputado proponente sugiere diversas modificaciones a la Ley de Salud para el Distrito Federal, persiguiendo con ellas la instauración de una Comisión de Ética, estableciendo para ello, las reglas para su integración, composición y funcionamiento. Esta Comisión tendría como principal actividad, según el autor de la iniciativa, autorizar o no la ejecución de los testamentos de vida y de las peticiones de misericordia; así como también, dentro de estas reformas propuestas, están las pautas procedimentales para llevar a la práctica los testamentos de vida y las peticiones de misericordia.

No obstante la intención del diputado promovente, tampoco es atendible en sus términos, la propuesta de reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal, puesto que ya existen comisiones de bioética en los hospitales, conformadas por médicos especialistas. Del mismo modo, el procedimiento que establece para la ejecución, tanto de los testamentos de vida como para las peticiones de misericordia, resulta complicado e inoperante. Por último, el que la voluntad expresada en un testamento de vida tenga que someterse a la autorización de un órgano gubernamental; puesto que la Comisión que propone estaría integrada principalmente, por diversos funcionarios, entre ellos el Secretario de Salud del Distrito Federal, implica una

vulneración al principio de autonomía de la voluntad del suscriptor del documento, que resulta contradictorio con la propia finalidad del testamento de vida, que representa la materialización de una decisión personalísima del autor de la misma.”.

3.2.3.2. Segunda Propuesta Legislativa.

Esta propuesta fue presentada ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por conducto de los Diputados locales Jorge Carlos Díaz Cuervo y Enrique Pérez Correa, integrantes de la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata, el día seis de marzo de dos mil siete, fecha en que, la Presidencia de la Comisión de Gobierno de la citada Asamblea Legislativa turnó la Iniciativa a las Comisiones de Administración y Procuración de Justicia y de Salud y Asistencia Social, para su análisis y posterior dictaminación.

La iniciativa en cuestión proponía derogar diversas disposiciones del Código Penal y del Código Civil, ambos del Distrito Federal. La exposición de motivos de esta propuesta pretendía reconocer el derecho de las personas a una “muerte digna” (igual que la anterior), calificando como “muerte indigna” aquella que *“prolonga sin misericordia la vida por medios artificiales, donde la vida se va agotando lentamente y sólo se atiende al cuerpo físico, al ser biológico, más no al ser humano”*; así como el derecho a disponer de la propia vida, en situaciones especiales, respetando ante todo la dignidad de la persona, mediante la aplicación de la “Voluntad Anticipada”, término que utiliza como sinónimo de eutanasia, probablemente para minimizar el impacto que produce esta última palabra.

De esta manera, la reforma planteada sustancialmente pretendía adicionar el artículo 143 bis al Código Penal para el Distrito Federal, para quedar redactado en los términos siguientes:

*“ARTICULO 143 bis.- En los casos a que se refieren los artículos anteriores, la conducta no será punible cuando ocurra y haya sido por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca del sujeto pasivo y sea aplicado por un médico y concurren **cualesquiera de las siguientes circunstancias:***

- a) *Que por más que se lleve a cabo un tratamiento la calidad de vida no mejore.*
- b) *Que el paciente haya decidido voluntariamente rechazar un tratamiento y si esto incluye suspender un apoyo artificial.*
- c) *Que el paciente acepte que los médicos dejen de aplicar un tratamiento que los médicos piensan inefectivo.”.*

Los artículos “anteriores” a que se refiere el primer párrafo del artículo adicionado, regulan el tipo penal de ayuda o inducción al suicidio.

La segunda parte de las reformas propuestas pretendía adicionar un capítulo IX al Título Tercero del Libro Tercero del Código Civil para el Distrito Federal, titulado “De la Voluntad Anticipada”.¹⁴³ Así, se pretendía adicionar un artículo 1598 bis, que en su primer párrafo definía a la Voluntad Anticipada como *“el documento jurídico revocable, unilateral, personalísimo; por medio del cual una persona física capaz, dispone sobre aquellos tratamientos tendientes a reanimar y/o prolongar su vida.”*¹⁴⁴

Los párrafos siguientes del mencionado artículo 1598 bis establecen que las personas enfermas en estado terminal, tienen derecho a expresar su voluntad en cualquier momento, respecto a los tratamientos tendientes a reanimar o prolongar su vida, así como a revocar totalmente y en cualquier momento, la “Voluntad Anticipada”, sin responsabilidad alguna de ningún tipo. Sobre este último punto nos preguntamos, ¿Por qué habría de tener responsabilidad de cualquier tipo, quien revoque el documento que contiene su “Voluntad Anticipada”, si se trata de un acto personalísimo?

Por su parte, los artículos 1598 ter y siguientes que se pretendían adicionar con la reforma planteada, establecen las condiciones y requisitos necesarios para el otorgamiento de la “Voluntad Anticipada”. No pretendemos comentar a fondo esta

¹⁴³ Cabe recordar que el Título Tercero en cuestión regula la parte relativa a la forma de los testamentos, por lo que el título adicionado se encontraría al final de los denominados Testamentos Especiales.

¹⁴⁴ El artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal, utiliza términos muy similares al definir al testamento.

parte de la propuesta, en virtud de que su contenido es similar a la propuesta de creación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, la cual será objeto de estudio en los apartados siguientes. Así lo reconocen los propios miembros de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Salud y Asistencia Social de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al señalar:

*“... la propuesta de los diputados Enrique Pérez Correa y Jorge Carlos Díaz Cuervo, de regular el derecho de una persona que padece de una enfermedad en fase terminal a rechazar tratamientos médicos, a través de la suscripción de un documento de voluntad anticipada es atendible en lo conducente, ya que ambos no pretenden autorizar la eutanasia activa o pasiva, sino la ortotanasia. En este sentido, la intención de los diputados promoventes es incluir la regulación legal de dicha figura en el Código Civil para el Distrito Federal. Empero, estas Comisiones Unidas consideran que dicha propuesta no es atendible, porque resulta más apropiado insertarla en el cuerpo de la propia Ley de Voluntad Anticipada que se propone. Sin embargo, se toma de aquella lo conducente. En cuanto a las adiciones que proponen a diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, éstas son atendibles en lo conducente, incorporándolas al texto de la Ley de Voluntad Anticipada...”*¹⁴⁵

3.2.3.3. Tercer Propuesta Legislativa.

La iniciativa en cuestión fue presentada en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por conducto de varios Diputados del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática y de la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata, el día 19 de junio de 2007 y turnada, con esa misma fecha, a las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Salud y Asistencia Social, para su análisis y posterior dictaminación.¹⁴⁶ La propuesta de mérito contenía la iniciativa de

¹⁴⁵ <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=25361&nIdRef=34&nIdPL=1&cTitulo=CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL%20ANTES%20NUEVO%20CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20DISTRITO%20FEDERAL-&cFechaPub=07/01/2008&cCateg=DECRETO&cDescPL=DICTAMEN/ORIGEN>. 9 de Abril de 2009, 19:35 hrs.

¹⁴⁶ Sin embargo, debemos aclarar que el día 7 de mayo de 2007, la Diputada Paula Adriana Soto Maldonado, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó ante la Comisión de Gobierno la iniciativa de Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, y de reformas y adiciones a la Ley de Salud y al Código Penal,

creación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, así como diversas reformas y adiciones al Código Penal y a la Ley de Salud, ambos para el Distrito Federal.

Como ya lo adelantábamos, esta iniciativa dio origen a la Ley que es objeto del presente trabajo, por lo que dedicamos el capítulo siguiente a su estudio, desde luego, poniendo énfasis en la intervención del Notario en su aplicación.

Por lo pronto transcribimos parte de las conclusiones expresadas por el legislador capitalino, que lo motivaron a aceptar la última de las propuestas planteadas, evitando hacer comentarios al respecto, pues ¿Quién mejor que el propio creador de la Ley, para señalar las causas que lo motivaron a proceder de determinada manera? Así, los representantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el dictamen de la discusión en torno a las iniciativas propuestas, señalaron:

“...estas Comisiones Unidas determinan que las tres iniciativas en cuestión coinciden esencialmente en el mismo propósito, es decir, el reconocimiento del derecho del paciente que padece una enfermedad en etapa terminal a rechazar medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida y que menoscaben la dignidad de su persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural... En este sentido, después de analizar las tres iniciativas presentadas relativas al tema, estas Comisiones Unidas concluyen que la propuesta del Partido de la Revolución Democrática, y de la Coalición Socialdemócrata, de crear una Ley de Voluntad Anticipada, acompañada de diversas reformas a los artículos, tanto del Código Penal, como de la Ley de Salud, ambos para el Distrito Federal; es la que reúne ventajas sólidas y ofrece un marco regulatorio más pleno, del derecho del paciente que padece una enfermedad en etapa terminal a rechazar un tratamiento médico, que sólo prolongue innecesariamente su vida. Práctica que traduciéndose en otras palabras, se le conoce como ortotanasia... Es oportuno precisar que la ortotanasia no hace referencia a, ni es sinónimo de eutanasia. A diferencia de ésta, que busca acelerar la pérdida de la vida de una persona, ya sea por una acción o una omisión, aquella distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles... Estos tratamientos infructíferos, sin sentido, han sido considerados como crueles y los han llevado a ser comprendidos dentro de la expresión encarnizamiento terapéutico, o también denominada

ambos para el Distrito Federal, misma que retiró, para posteriormente ser retomada y enriquecida por los Diputados señalados.

obstinación terapéutica, es decir, la utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo sin importar los posibles dolores que éstos le generen. Tratamientos que por pretender curar lo incurable desgarran, lastiman y debilitan al paciente. Es entonces cuando esta persona que padece de una enfermedad en etapa terminal, debe disponer del derecho a rechazar un tratamiento médico innecesario... Este derecho del enfermo en etapa terminal, a rechazar tratamientos médicos que busquen prolongar innecesaria e irremediablemente su vida, o cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, y que por añadidura, menoscaban o lastimen su dignidad como persona, es lo que esta Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal reconoce a través de la ortotanasia, cuya conceptualización y alcances son distintos a los propios de la eutanasia, activa y pasiva... dicha propuesta se acompaña de una serie de adiciones, tanto al Código Penal para el Distrito Federal, como a la Ley de Salud, también del Distrito Federal... Este proyecto de Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal es el resultado de una labor conjunta de diversos actores... Cada uno, desde su ámbito competencial, realizó aportaciones que se analizaron y tomaron en cuenta, siempre buscando el beneficio colectivo. Con base en este trabajo de consenso, se precisaron términos y conceptos de diversas figuras presentes en esta Ley. En tal orden de ideas, se eliminó del cuerpo de la misma toda referencia a la eutanasia, destacando que la voluntad anticipada tendrá como efecto siempre la ortotanasia. Asimismo, se delimitó el sentido de ésta última; además, se sustituyeron las expresiones encarnizamiento terapéutico y ensañamiento terapéutico por la de obstinación terapéutica, ya que aquellas resultaban ásperas y hasta altisonantes. Se incluyó también la figura de los cuidados mínimos ordinarios, que incluyen la alimentación, hidratación, oxigenación e higiene del paciente que padece una enfermedad en etapa terminal, y que son distintos a los cuidados paliativos, definidos ya en el articulado correspondiente... se suprimieron diversas figuras incluidas en el cuerpo original de la Ley, como autotanasia, distanasia, adistanasia, mistanasia; entre otras; con la finalidad de no provocar confusión e incertidumbre entre los actores involucrados en el goce, ejercicio y aplicación del contenido de aquella... se ajustaron los requisitos para formalizar el documento de voluntad anticipada... se modifica el capítulo relativo a la donación de órganos y tejidos manifestada en el documento de voluntad anticipada, indicándose que dicha donación se registrará primordialmente por la Ley General de Salud, lográndose con ello evitar toda posibilidad de invasión de competencias de las autoridades federales, específicamente la Secretaría de Salud,... se establecen las bases para la creación de la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada, que sustituye a la Coordinación Especial del Distrito Federal para la Procuración de Órganos y Transplantes original, y se enuncian sus principales atribuciones... Por lo anteriormente expuesto, estas Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia; y de Salud y Asistencia Social,... RESUELVEN ÚNICO. SE APRUEBAN, CON LAS MODIFICACIONES REALIZADAS POR ESTAS COMISIONES UNIDAS DE ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA; Y DE SALUD Y ASISTENCIA SOCIAL,... LA INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO, DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL, PRESENTADA POR VARIOS DIPUTADOS DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y DE LA COALICIÓN PARLAMENTARIA SOCIALDEMÓCRATA, PARA QUEDAR COMO SIGUE...”.

3.2.3.4. Proyectos de Ley Federal de Voluntad Anticipada.

Por lo que se refiere al ámbito Federal, en nuestro país, desde el mes de mayo de dos mil cinco, se presentó una propuesta en el Senado de la República, a cargo de la Diputada Federal Eliana García Luna, que proponía, básicamente, introducir de manera sutil la eutanasia activa *“porque eximía de responsabilidad penal a quien prestara auxilio para privarse de la vida a una persona que lo requiriera de manera expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca; incluía también una adición al Código Civil para establecer la figura del testamento de vida, y la creación de la Ley General para los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal...”*.¹⁴⁷ Como es sabido, dicha iniciativa no prosperó.

Dos años más tarde, en el mes de abril de dos mil siete, una nueva propuesta sobre el tema en cuestión fue presentada nuevamente en el Senado, esta vez por conducto del Senador Lázaro Monzón. Esta propuesta pretendía reformar el artículo trescientos doce del Código Penal Federal, así como crear la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo, aunque, los resultados fueron los mismos que en la propuesta anterior.¹⁴⁸ Posteriormente, en el mes de noviembre del mismo año, el Senador Federico Döring propuso una serie de reformas a diferentes ordenamientos, entre ellos el Código Penal Federal y la Ley General de Salud, así como la creación de una Ley Federal de Voluntad Anticipada.¹⁴⁹ Pese a los intentos por regular a nivel federal el tema en cuestión, ésta iniciativa tampoco ha tenido el éxito esperado y actualmente continúa debatiéndose en la Cámara, esperando su aprobación.

¹⁴⁷ CARPIZO, Jorge y Valadés, Diego, Op.Cit., pp. 127

¹⁴⁸ Ibid., pp. 128 y ss.

¹⁴⁹ Idem.

Con este punto concluimos el presente capítulo, dando paso al estudio de la actividad del Notario, en el marco de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

CAPITULO 4

LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL MARCO DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. PREAMBULO.

En el capítulo anterior señalamos los antecedentes históricos y legislativos de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, finalizando el mismo con la exposición de las diversas propuestas legislativas que fueron analizadas en la Asamblea del Distrito Federal, previa aprobación de la Ley en comento. El presente capítulo constituye la parte central de nuestra investigación. Iniciamos con el estudio de las reformas que, con motivo de la aprobación de la Ley de referencia, sufrieron el Código Penal y la Ley de Salud, ambas para el Distrito Federal, para culminar con el análisis de la Ley de Voluntad Anticipada, desde luego, desde el punto de vista de la intervención del Notario en su aplicación.

4.2. Decreto por el que se expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal; se adiciona el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal.

El Decreto en cuestión fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día siete de enero de dos mil ocho, en vigor al día siguiente, y es el que da origen a toda nuestra investigación. Además de crear la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, dicho Decreto reformó el artículo 127 (agregando los párrafos segundo y tercero) y adicionó los artículos 143 bis y 158 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal. Asimismo se adicionó la fracción III (tres romano) del artículo 16 bis de la Ley de Salud para el Distrito Federal. En este capítulo estudiamos las reformas en cuestión. En primer lugar, veremos los artículos relativos al Código Penal y a la Ley de Salud antes citados, para después analizar la Ley de Voluntad Anticipada, desde el punto de vista de la intervención del notario en su aplicación, y su Reglamento, publicado también en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 4 de abril de 2008. También haremos referencia, cuando lo consideremos necesario, a los LINEAMIENTOS para el cumplimiento de la Ley de Voluntad Anticipada en Instituciones Privadas de Salud del Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial

del Distrito Federal, el día 4 de julio de 2008, a efecto de llevar a cabo el correcto cumplimiento de la Ley en cuestión.

4.2.1. Exposición de motivos

Consideramos prudente hacer referencia a la exposición de motivos de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, pues creemos que es de suma importancia conocer las causas que motivaron al legislador a regular determinada materia, establecer los alcances que se pretendían con el ordenamiento propuesto y, finalmente, determinar si la legislación en cuestión cumple o no con el objetivo que le permitió nacer. Sin embargo, dada la extensión de dicho documento no es posible transcribirlo en su totalidad en este apartado, como era nuestra intención originalmente, por lo que durante el análisis de la Ley de referencia únicamente haremos alusión a la citada exposición de motivos cuando creamos conveniente aclarar algún concepto o comprender el sentido de alguna disposición en específico. Sin embargo, insistimos en la importancia de conocer el texto de dicho documento, pues ello resulta indispensable no sólo para comprender mejor el contenido de la Ley en comento, sino para vislumbrar los alcances de cada una de las disposiciones legales que existen en nuestra Nación, lo cual debería ser un hábito común entre quienes nos dedicamos a la práctica jurídica.

4.2.2. Reformas al Código Penal para el Distrito Federal.

Conforme al artículo segundo del Decreto señalado en el apartado que precede, esta parte de la propuesta consistió en adicionar los párrafos segundo y tercero al artículo 127 del Código Penal para el Distrito Federal, así como adicionar los artículos 143 bis y 158 bis del mismo ordenamiento. Los primeros dos artículos señalados se encuentran ubicados dentro del Libro Segundo, Parte Especial, Título Primero, Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, Capítulos Primero (Homicidio) y Cuarto (Ayuda o Inducción al Suicidio), respectivamente; el tercer artículo señalado se ubica dentro del mismo Libro Segundo, Parte Especial, pero en

el Título Tercero, Delitos de Peligro para la Vida o la Salud de las Personas, Capítulo Primero, Omisión de Auxilio o de Cuidado.

De esta manera, antes de la reforma, el artículo 127 en cuestión señalaba:

“ARTICULO 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima paderiere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.”

Según lo planteado en capítulos anteriores¹⁵⁰, este artículo sanciona la aplicación de la eutanasia activa (aunque no menciona expresamente dicha palabra). Así lo reconocen los legisladores capitalinos, en la exposición de motivos del Decreto en comento.¹⁵¹ Sin embargo, es importante resaltar que, si bien es cierto la eutanasia se encuentra tipificada como delito, dentro del Capítulo de Homicidio del citado Código Penal, también lo es que el legislador lo consideró como un delito menos grave, en comparación con el homicidio simple y, por supuesto, con el homicidio calificado, cuyas penas van de ocho a veinte años de prisión (Artículo 123) y de veinte a cincuenta años de prisión (Artículo 158), respectivamente.

Ahora bien, la reforma de mérito adicionó dos párrafos más al citado artículo 127, para quedar redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 127...

Los supuestos previstos en el párrafo anterior no integran los elementos del cuerpo del delito de homicidio, así como tampoco las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

¹⁵⁰ Ver los apartados 2.1.2. y 2.1.5. del Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁵¹ *“...La Eutanasia activa propiamente se encuentra tipificada como delito en el artículo 127 del mismo Código Penal, el cual, al igual que el artículo 123 se encuentra regulado en el Capítulo de "Homicidio"... Bajo el concepto genérico de Eutanasia anteriormente expuesto en el presente documento, así como sus conceptos específicos de Distanasia, Adistanasia y Sedación Terminal No Controlada, la Eutanasia como tal, se encuentra tipificada como una conducta ilícita que encuadra en el tipo penal en el artículo 127 del Código Penal para el Distrito Federal...”*. Cfr. Con el texto completo al final de esta obra.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previsto en el párrafo primero del presente artículo, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.”.

De lo anterior se desprende que la práctica de la eutanasia sigue siendo penada por nuestra legislación punitiva, sin embargo, cuando dichas conductas se ajusten a lo previsto por la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, dicha penalidad es inexistente.¹⁵²

Por su parte, los Artículos 143 bis y 158 bis adicionados, disponen:

“Artículo 143 Bis. En los supuestos previstos en los dos artículos anteriores no integran los elementos del cuerpo del delito de ayuda o inducción al suicidio, las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.”.

¹⁵² Al respecto, la exposición de motivos señala: “...Ahora bien, la derogación de un artículo o la inclusión de causales excluyentes de responsabilidad ante dicho tipo penal, pudieran generar en los casos específicos, permisiones incorrectas o excluyentes de responsabilidad que eximirían de ésta a personas que estén contempladas dentro del espíritu de la ley. El tipo penal contemplado en el artículo 127 no implica que se incurra en responsabilidad penal si se realiza bajo los términos y circunstancias de la Ortotanasia, los Cuidados Paliativos aunados a la utilización de las medidas mínimas extraordinarias, y la Sedación Terminal Controlada, ya que ello propiamente como conducta, no está induciendo, ni abandonando, ni dando muerte a nadie, sino que está dando curso a un estado terminal de manera natural simplemente auxiliando o evitando el Encarnizamiento Terapéutico Innecesario, y no integra el tipo penal contemplado por el numeral anteriormente evocado...”.

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

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.”.

Creo que los comentarios a esta parte de la reforma salen sobrando, pues resulta evidente que prácticamente son una reproducción de los párrafos adicionados al artículo 127 del Código Penal, si bien adecuados al tipo penal que en cada caso se trate (homicidio, inducción o ayuda al suicidio u omisión de auxilio o de cuidado, respectivamente), en los cuales, la pena prevista en cada caso por el tipo penal, queda sin efectos siempre que se realice en los términos previsto por la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Al respecto, en la exposición de motivos de la reforma comentada, el legislador aclara que ni el tipo penal previsto por los artículos 142 y 143 del ordenamiento penal (que regulan la Ayuda o Inducción al Suicidio) ni el previsto por los artículos 156 y 158 del mismo ordenamiento (que regulan la Omisión de auxilio o de Cuidado) hacen referencia a la eutanasia o a la ortotanasia. En el primer caso, se esgrimen las mismas razones que ya adelantamos para el caso del Homicidio, pues el legislador consideró que *“...la derogación o inclusión de causales excluyentes de responsabilidad en el presente tipo penal, podría generar conductas que no pretenden auspiciar y eximir de responsabilidad a la práctica de la Ortotanasia, y permitir por tanto conductas que sí debieran estar sancionadas, por no ser propiamente conductas que encuadren en la conducta contemplada por el tipo penal y que pretendan eximir a los médicos y familiares de enfermos terminales en cuanto a la decisión de dar término de manera legal, natural y sin encarnizamiento terapéutico, a una vida...”*¹⁵³ En segundo caso, el legislador

¹⁵³ Exposición de motivos, ver texto al final de esta obra.

argumenta la adición del artículo 158 bis previendo la posible concurrencia o concurso de delitos, tratando de evitar, en dicho caso, la posible confusión para determinar si una conducta sería punible o no, en términos de la Ley en comento.

A riesgo de adelantarnos a las conclusiones que se expondrán al respecto, al terminar este capítulo, finalizamos este apartado con un comentario del licenciado Tomás Lozano Molina, quien en relación al tema planteado, opina: *“Las reformas al código penal, son absurdas, ya que en ningún momento se está cometiendo un ilícito. Aún antes de la reforma se podía actuar en esta manera, ya que no se está matando a nadie, sólo se está impidiendo que se apliquen medidas extraordinarias, no se busca la muerte, se da curso a ella cuando la naturaleza así lo determina.”*¹⁵⁴

4.2.3. Reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal.

El artículo Tercero del Decreto que nos ocupa adiciona una fracción III (tres romano) al artículo 16 Bis 3, de la Ley de Salud para el Distrito Federal. Antes de la reforma en cuestión, el artículo citado establecía:

“Artículo 16 Bis 3. El usuario tendrá:

- I. El respeto a la dignidad, a su vida privada, a su cultura y valores, en todo momento durante la atención médica; y*
- II. Una atención terminal humanitaria y a recibir toda la ayuda disponible para morir lo más digna y aliviadamente posible.”*

Conforme a la exposición de motivos, este artículo hace referencia a la ortotanasia, pues, si bien no la menciona expresamente, al menos se refiere a ella en cuanto a la forma de ejecución de la conducta.

Ahora bien, la fracción III adicionada con la reforma, quedó redactada en los siguientes términos:

“Artículo 16 Bis 3...

¹⁵⁴ LOZANO MOLINA, Tomás, *Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada, Breviario número 44*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, p.16.

I...;

II...; y

III. *La obligación, por parte del Gobierno del Distrito Federal, del cumplimiento de los dispuesto en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, siempre y cuando se hayan cumplido con los requisitos establecidos en la misma.”.*

No entendemos el sentido de esta parte de la reforma, pues aunque no se hubiera agregado la fracción de referencia, obviamente el Gobierno del Distrito Federal (y en general, la autoridad estatal en cualquiera de sus 3 niveles) está obligado a respetar las disposiciones que de sus órganos legislativos emanen para asegurar la paz y estabilidad social que toda nación necesita. ¿A caso tendría sentido que la autoridad establezca alguna disposición determinada y sea la primera en incumplir con la norma?, y si no se establece expresamente que la propia autoridad deberá respetar las disposiciones que emita, ¿Ello le faculta a no respetar dichas disposiciones? Creemos que esta fracción no tenía razón de ser.

4.2.4. Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

El proyecto de Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal¹⁵⁵ fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la Capital del país, en sesión ordinaria, celebrada el día cuatro de diciembre de dos mil siete y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día siete de enero de dos mil ocho, en vigor al día siguiente de su publicación. Cuenta con cuarenta y siete artículos, divididos en cinco Capítulos, y nueve transitorios. El Capítulo Primero contiene disposiciones preliminares, en el que se establecen los alcances de la Ley, así como la definición de varios conceptos utilizados en el texto del ordenamiento de referencia, para su mejor comprensión. Los Capítulos Segundo, Tercero y Cuarto se refieren, respectivamente, a los requisitos, nulidad, revocación y cumplimiento de la Voluntad Anticipada y,

¹⁵⁵ En adelante, para efectos prácticos, al enunciar la palabra Ley, sin hacer ninguna otra aclaración, nos referimos a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal

finalmente, el Capítulo Quinto se encarga de regular las atribuciones de la denominada “Coordinación Especializada”.

Para efectos de nuestra investigación estudiaremos la Ley de referencia dividiéndola en dos partes: en la primera analizamos sus generalidades, refiriéndonos casi exclusivamente al capítulo primero enunciado en el apartado anterior; y en la segunda, examinamos lo relativo a la suscripción del Documento de Voluntad Anticipada, como fundamento de la intervención del Notario en el marco de la Ley en cuestión: desentrañamos su naturaleza jurídica, formalidades, requisitos y consecuencias de su otorgamiento, así como causas de nulidad. Así pues, entramos de lleno al estudio de la Ley en comento.

4.2.4.1. Disposiciones Generales.

El artículo primero de esta Ley señala que es una disposición de orden público e interés social, pero, ¿qué es el orden público?, ¿qué entendemos por interés social? Desafortunadamente, ni la legislación ni la doctrina proporcionan una definición clara de dichos conceptos. Diversos autores han tratado de explicarlo, sin éxito, pues, en ocasiones, sus definiciones resultan poco claras. El maestro Rafael de Pina, por ejemplo, en su Diccionario de Derecho, señala que Orden Público es el *“Estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador. Cuando se dice que tal o cual ley es de orden público, se ignora o se olvida que todas las leyes lo son, porque todas ellas tienen como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho. El orden público se perturba cuando el derecho no es respetado...”*¹⁵⁶ Asimismo, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, al citar a Don Ignacio Galindo Garfias, señala:

“El orden público es la expresión del interés social y aunque desde este punto de vista, el grupo social está interesado en que todas las normas jurídicas se cumplan, existen preceptos

¹⁵⁶ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Trigésima Primera Edición, México, Editorial Porrúa, pág. 391.

legales que no pertenecen al Derecho público sino que forman parte del Derecho privado, pero que tienden a garantizar los principios que se consideran básicos, esenciales para la organización del grupo social. En efecto, las leyes de orden público, tienen una fuerza imperativa absoluta (Jus cogens), son irrenunciables por voluntad de los particulares y los sujetos destinatarios de una norma contenida en la ley, no gozan de la libertad que les permita, en la celebración de un acto jurídico, prescindir de la aplicación de un cierto precepto legal cuando éste es de orden público. Los preceptos de orden público se imponen inexorablemente a los destinatarios de la norma por encima de la voluntad de éstos, bien prohibiendo o bien ordenando, sin posibilidad de eludir esa orden, la celebración de un acto o la forma en que éste ha de ser realizado y ejecutado. En la aplicación a casos concretos de las leyes de interés privado, tiene particular importancia la voluntad de los particulares. En ellas éstos gozan de libertad, de autonomía, para ajustar los actos y negocios jurídicos que celebren, a una determinada disposición legal o a la norma contenida en otro precepto de ley, aplicables ambos a elección del particular, al negocio o al acto que éstos celebren. Las leyes de orden público forman un conjunto en razón de su imperatividad absoluta, que se denomina jus cogens. Las leyes de orden privado, constituyen lo que se conoce como jus dispositivum. En éstas últimas la voluntad de los particulares o autonomía privada, encuentra un ámbito de libertad para crear las normas aplicables a los negocios jurídicos que realicen sus autores.”¹⁵⁷

Por su parte, los Tribunales nacionales han intentado resolver esa situación, mediante diversas tesis en las que señalan, entre otras cosas, que dichos conceptos son demasiado subjetivos, por lo que deben interpretarse a la luz de las circunstancias que rodean la situación jurídica o de hecho que se pretende valorar. Así lo ha sostenido el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la Tesis identificada con el rubro: “ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL”, al señalar que:

“El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso

¹⁵⁷ DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez, Novena Edición, México, Editorial Porrúa, pág. 86.

*concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.”*¹⁵⁸

En ese orden de ideas, si bien es cierto que todas las leyes son de Orden Público, pues todas regulan la conducta del hombre dentro del grupo social, también lo es que existen dentro de ellas, algunas cuyo ámbito de aplicación puede ampliarse o restringirse, al contemplar algunos derechos renunciables, siempre que con dicha acción no se perjudiquen los derechos de terceros. Lo anterior se materializa aún más tratándose de ordenamientos destinados a regular, principalmente, los actos entre particulares, como es el caso del Código Civil para el Distrito Federal¹⁵⁹, de aplicación supletoria a la Ley en comento, según lo establece el artículo cuarto de ésta última¹⁶⁰. Ello se encuentra reconocido expresamente por dicho ordenamiento, el cual, en su artículo sexto dispone:

*“Artículo 6º. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. **Sólo pueden renunciarse los derechos***

¹⁵⁸ Registro No. 177560. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII, Agosto de 2005. Página: 1956. Tesis: I.4o.A.63 K. Tesis Aislada. Amparo directo 312/2004. Alberto Salmerón Pineda. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González. Amparo directo 453/2004. Hospital Ángeles del Pedregal, S.A. de C.V. 23 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Indira Martínez Fernández.

¹⁵⁹ En lo sucesivo al referirnos simplemente al Código, se entiende que hacemos alusión al Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁶⁰ *“Artículo 4º En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros o contravenga otras disposiciones legales vigentes.”.*

privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique directamente derechos de terceros.”

Así pues, podemos afirmar que, cuando el legislador capitalino calificó nuestra Ley como de Orden Público e Interés Social, consideró que, dada la importancia de los preceptos contenidos en ella, tienen el carácter de irrenunciables, es decir, que las personas no pueden aumentar o restringir a su libre albedrío, el alcance legal de sus disposiciones, quedando así limitada la autonomía de la voluntad de los particulares, so pena de nulidad, en caso contrario, según lo dispone el propio Código Civil, en su artículo octavo.¹⁶¹

Continuando con nuestro estudio, el objeto de la Ley es “...establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de **cualquier persona con capacidad de ejercicio**, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida...” (Artículo primero). Conforme lo expuesto en éste Artículo, nos preguntamos: ¿Sólo las personas con capacidad de ejercicio pueden actuar en términos de esta Ley? Como veremos más adelante ello es erróneo, pues la misma Ley contempla casos en los que, por no poder expresar el propio individuo de manera directa su voluntad, permite la intervención de ciertas personas que lo ayuden a exteriorizarla (padres, tutor, cónyuge, etcétera), por lo que consideramos que esta parte del artículo primero debería ser modificada, suprimiendo de su texto la alusión a la capacidad de ejercicio.

El artículo segundo establece los alcances de esta Ley, al limitar su aplicación a la Ortotanasia, término definido por la fracción VIII del artículo tercero, aclarando que no faculta la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida, es decir, no autoriza la realización de la eutanasia en ninguna de sus formas, aún y cuando entre la eutanasia pasiva y la

¹⁶¹ “Artículo 8º. **Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”.**

ortotanasia existan mínimas o casi nulas diferencias, según lo expresado en capítulos anteriores.

Por su parte, el artículo tercero de la Ley contiene un catálogo de definiciones y conceptos utilizados a lo largo de su texto, entre los que destacamos la fracción V que define el Documento de Voluntad Anticipada (al cual nos referiremos más adelante). La fracción VI de este artículo nos da el concepto de enfermo en etapa terminal, al cual precisa como “...*el que tiene un padecimiento mortal o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses...*”. ¿Cuáles habrán sido las razones del legislador para establecer este plazo? ¿Habrán realizado estudios en esta materia para determinarlo? Nosotros podemos señalar como antecedente en ese sentido, la “*Oregon’s Death With Dignity Act*”, a la cual hicimos referencia en el capítulo anterior, misma que señala como enfermedad terminal, aquélla cuyo pronóstico de vida es inferior a seis meses.¹⁶² Sin embargo, en ninguna de las tres propuestas legislativas estudiadas con anterioridad ni en la exposición de motivos de la Ley en comento, encontramos referencia alguna al respecto. La fracción XIII define la Ortotanasia, que significa “...*muerte correcta. Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles...*”. Al respecto, ya establecimos que, en nuestra opinión, no existe diferencia alguna entre la eutanasia pasiva y la ortotanasia, como no sea que en la eutanasia pasiva algunos autores consideran que simplemente se deja morir al enfermo, mientras que en la ortotanasia, si bien la muerte es el resultado natural de la evolución de la enfermedad o padecimiento que aqueja al individuo, también lo es que en ésta no se le deja morir a su suerte, sino que se le procuran los medios o atenciones adecuados, según sus circunstancias, que hagan menos trágico el camino hacia la muerte.¹⁶³ La fracción XIV precisa el

¹⁶² Ver punto 3.1.2 del Capítulo anterior.

¹⁶³ Vid. Supra. punto 2.1.5 del Capítulo Segundo.

concepto de “Personal de Salud”, el cual, en nuestra opinión, es demasiado amplio, pues en él incluye a “...*los profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud...*”, pues ¿qué debemos entender por “*demás trabajadores*”? ¿Acaso dentro de dicho concepto podemos englobar al personal de intendencia, mantenimiento, limpieza, entre otros, que laboran dentro de una institución de salud? Creemos que la Ley pudo ser más específica al respecto. Al revisar las diversas fracciones del artículo tercero en comento, salta a la vista la fracción XV que se refiere a la llamada Coordinación Especializada, en virtud de que las restantes fracciones se encuentran enunciadas en orden alfabético y ésta no. Ello se debe, probablemente, a que dentro de la iniciativa de Ley presentada a la Asamblea dicho concepto no estaba contemplado y fue adicionado con posterioridad, por lo que el legislador pasó por alto este detalle. Finalizamos nuestro comentario al artículo tercero señalando que originalmente el catálogo de conceptos y definiciones se encontraba dentro del artículo segundo de la propuesta. Además, dicho artículo contemplaba veintiocho fracciones, muchas de las cuales fueron suprimidas por la Asamblea Legislativa, para quedar el artículo tercero con sólo diecinueve fracciones.

Por su parte, los artículos quinto y sexto regulan, respectivamente, el ámbito espacial de aplicación de la Ley, siendo este el territorio del Distrito Federal, y la ausencia de responsabilidad, ya sea civil, penal o administrativa, a quienes actúen de acuerdo con lo dispuesto por la propia Ley, según se desprende de la lectura del primer párrafo del artículo sexto, a contrario sensu, afirmando, además, en su párrafo segundo, que “*Ningún **solicitante**... que haya actuado en concordancia con las disposiciones establecidas en la presente Ley, estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa.*”. Lo anterior es de resaltarse pues, como veremos en el siguiente apartado, la Ley se refiere en reiteradas ocasiones al *solicitante*¹⁶⁴, sin

¹⁶⁴ Podemos mencionar en ese sentido el artículo 6 en su segundo párrafo, ya transcrito; el artículo 25; el artículo 27, en sus párrafos primero y tercero; así como los artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 35.

embargo, en ninguna parte de su texto encontramos qué debemos entender por dicho concepto.

Hasta aquí con las generalidades. Pasemos pues al estudio del documento de voluntad anticipada, fuente de la intervención del Notario en la aplicación de la Ley analizada.

4.2.4.2. El Documento de Voluntad Anticipada, como acto generador de la intervención del Notario en la aplicación de la Ley en comento.

Iniciamos este apartado con una observación. La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal regula dos instrumentos mediante los cuales se puede realizar su objeto. El primero es el ya enunciado documento de voluntad anticipada; el otro es el formato de voluntad anticipada. Ambos son el vehículo idóneo para que las personas expresen su voluntad en términos de la Ley de referencia, sin embargo, centramos nuestra atención en el primero, pues éste requiere la intervención del Notario en su otorgamiento, mientras que el segundo se otorga únicamente ante el “*personal de salud*”. Por lo anterior y como lo habíamos adelantado, nuestro estudio tiene por objeto el Documento de Voluntad Anticipada, cuyas características, naturaleza jurídica, requisitos, formas de suscripción y demás elementos serán desarrollados a lo largo de este apartado únicamente haremos referencia al formato de voluntad anticipada cuando lo consideremos necesario. Iniciemos pues con la definición que del citado documento nos ofrece la Ley en cuestión.

4.2.4.2.1. Documento de Voluntad Anticipada. Definición.

La fracción V del artículo tercero de la Ley define al Documento de Voluntad Anticipada como “**...el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica.**”. Al respecto, podemos hacer diversas

observaciones. La definición comienza diciendo que el documento de voluntad anticipada es un documento público suscrito ante Notario, por ello la pregunta obligada: ¿Qué es un documento público? Pues bien, documento es una especie del género “instrumento” (del latín *instruere*, que significa, instruir, enseñar, dar constancia) y se refiere a todo aquello que sirve para conocer o fijar un acontecimiento, mediante la utilización de signos escritos.¹⁶⁵ Según el carácter que ostente la persona que emita un documento, se clasifican en dos tipos: Documentos Públicos y Documentos Privados. Los primeros emanan, según la doctrina, de toda persona o autoridad que se encuentre investida de fe pública, mientras que los segundos provienen de los particulares. En el caso del Distrito Federal, ninguno de sus ordenamientos señala el concepto de documento público, sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles de la entidad enuncia, en su artículo 327, diversos documentos a los que se les atribuye el carácter de públicos, entre los que se encuentran, según la fracción primera del citado artículo, las escrituras y actas otorgadas ante Notario, así como los testimonios y copias certificadas de los mismos. Por su parte, el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala que *“Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público investido de la fe pública...”*. De esta manera, el documento de voluntad anticipada es un documento público precisamente por la necesidad de otorgarse ante un Notario Público, que es un funcionario investido de fe pública por el Estado, según lo vertido en el capítulo primero de este trabajo.

Continuando con el análisis de la definición en comento, la misma señala que el documento de voluntad anticipada puede ser suscrito por ***“cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales”***. Parece que el legislador consideró de suma importancia este punto, pues los artículos primero y séptimo lo reiteran, en los términos siguientes:

¹⁶⁵ Cfr. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Op.Cit., pág. 87.

*“Artículo 1. La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de **cualquier persona con capacidad de ejercicio...**”.*

“Artículo 7. El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:

I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio...”.

Respecto a este punto, por el momento sólo adelantamos que consideramos necesario reformar todos los artículos que hagan referencia a la capacidad de ejercicio, suprimiéndola del texto legal. Sin embargo, el análisis de dichas disposiciones y razones de nuestro parecer, los desarrollamos líneas adelante, al tratar la suscripción del documento de voluntad anticipada como acto jurídico.

La definición en cuestión establece que la voluntad de las personas que suscriban el documento de voluntad anticipada debe manifestarse mediante la *petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada*. Expliquemos dichos calificativos. “Petición” es sinónimo de solicitud, la cual debe realizarse de forma “libre”, esto es, sin que exista coacción, presión o intimidación de cualquier tipo, por lo que la persona debe realizarlo de forma voluntaria. La suscripción del documento de voluntad anticipada efectuada bajo alguna de las circunstancias mencionadas, acarrea la nulidad, ya sea absoluta o relativa, del mismo, según lo dispone la fracción II del artículo 36 de la Ley, el cual analizaremos en otro apartado. Además, la petición debe ser “consciente”. El Diccionario de la Real Academia Española, define la consciencia como “*Conocimiento inmediato que el sujeto tiene de sí mismo, de sus actos y reflexiones*”¹⁶⁶. En otras palabras, al emitir el documento de voluntad anticipada, el suscriptor debe tener conocimiento de los alcances y efectos jurídicos de su proceder, para poder determinar las posibles consecuencias que con ello se generarían¹⁶⁷, máxime cuando sus decisiones tienen que ver con su propia vida y

¹⁶⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Fuente: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consciencia. 15 de Julio de 2009, 22:30 hrs.

¹⁶⁷ Esta situación se hace más patente cuando el suscriptor es un enfermo en etapa terminal, pues en esas condiciones, indudablemente el paciente se encuentra afectado por situaciones de carácter psicológico y emocional, que en determinado momento pudieran influir en sus decisiones, por lo que tanto él como sus

que muy probablemente “su voluntad” surtirá efecto cuando él ya no pueda manifestarse por sí mismo. La definición también señala que la petición debe ser “*seria*”, pero no comprendemos la razón de ser de dicho calificativo. ¿En qué consiste la seriedad? ¿Cómo saber cuando una persona actúa de forma seria? Además, recordemos que el documento de voluntad anticipada debe suscribirse ante Notario, ¿podría alguien otorgar un documento ante el Notario y no actuar en forma seria? Creemos que dicho calificativo está de más. Por otra parte la petición debe ser “*inequívoca*”, es decir, el suscriptor debe saber exactamente en qué consiste su solicitud y estar seguro de que los efectos que producirá la suscripción del documento de voluntad anticipada son los que realmente desea y no otros. Dicho concepto se encuentra íntimamente ligado con el de *consciencia*, y su contravención también está sancionada con la nulidad del documento, según lo dispone la fracción IV del mencionado artículo 36 de la Ley. Por último, ¿A qué se refiere la Ley cuando menciona que la petición debe ser “*reiterada*”? ¿A caso se debe manifestar el consentimiento en diversas ocasiones? De ser así, ¿Cuántas veces se necesita exteriorizar el consentimiento para considerar que la petición es reiterada? Las afirmaciones anteriores pueden resultar absurdas, sin embargo, ello es consecuencia de la falta de precisión o el uso inadecuado de ciertos vocablos en el texto legal. Creemos que el calificativo de “*reiterada*” deriva del tratamiento que históricamente ha tenido la eutanasia, pues casi siempre se ha fijado como un requisito que el enfermo que la solicita lo haga de manera reiterada, a efecto de tratar de justificar el proceder de quien la practique, situación que no ha sido ajena a nuestras legislaciones, pues los Códigos Penales nacionales que contemplan la eutanasia o alguna figura similar también utilizan ese vocablo.¹⁶⁸

familiares (cuando el propio paciente no pueda manifestar su voluntad por sí mismo) deben estar perfectamente informados de la situación que guarda la enfermedad, tratamientos, medicamentos, posibles alternativas, etcétera, así como los pros y contras de todos ellos, a efecto de poder tomar una decisión lo más meditada posible, procurando siempre el bienestar del enfermo.

¹⁶⁸ Cfr. Numeral 3.2.1.2. del capítulo anterior.

Finalmente, la última parte de la definición comentada contiene el objeto y alcances de la Ley, que consiste en ***no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica***. Los comentarios al respecto los desarrollamos dentro de los elementos de existencia del acto de suscripción del documento de voluntad anticipada, líneas adelante.

4.2.4.2.2. Naturaleza Jurídica del Documento de Voluntad Anticipada.

La naturaleza jurídica de una institución consiste en desentrañar su esencia, es decir, determinar sus características y elementos propios que la hacen distinta de otras figuras jurídicas. De esta manera, consideramos que la naturaleza jurídica de la suscripción del Documento de Voluntad Anticipada, consiste en un acto jurídico unilateral. Explicamos nuestro razonamiento:

Para determinar que la suscripción del Documento de Voluntad Anticipada es un acto jurídico fundamos nuestra reflexión en la Teoría Clásica del Acto y del Hecho Jurídico y no en la Teoría Alemana o Italiana del Negocio Jurídico¹⁶⁹, en virtud de

¹⁶⁹ La teoría clásica o francesa, también conocida como bipartita, divide los hechos jurídicos en sentido amplio, en hechos jurídicos stricto sensu y actos jurídicos. A su vez, los hechos jurídicos stricto sensu pueden ser naturales (involuntarios) o humanos (voluntarios). Los primeros se caracterizan por la ausencia total de voluntad, tanto para su realización como para la obtención de las consecuencias jurídicas derivadas de ello, mientras que en los segundos, si bien existe la voluntad del sujeto en la realización del hecho, dicha voluntad no está encaminada a la obtención de los efectos jurídicos atribuibles a dicha conducta por el marco legal. Por su parte, la teoría alemana o tripartita, divide los hechos jurídicos en sentido amplio, en hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos. Al respecto, el maestro Fausto Rico Alvarez, señala: *“La diferencia esencial que guarda esta doctrina con la anterior es respecto de los acontecimientos que producen consecuencias de derecho precisamente por la voluntad del autor o las partes del acto. La escuela Alemana los ha dividido en dos especies: el acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico. En el acto jurídico en sentido estricto, la voluntad de las partes determina el nacimiento de las consecuencias de derecho, pero no su contenido. Lo anterior implica que las consecuencias están previamente definidas por el ordenamiento positivo, y la libertad de las partes radica exclusivamente en decidir que un estatuto jurídico existente se les aplique, sin poder modificarlo o alterarlo. Por otro lado, la libertad jurídica de los participantes en el negocio jurídico no se limita a la creación de las consecuencias de derecho, sino que por el contrario es de tal amplitud, que permite definir el contenido de esas consecuencias, de tal suerte que pueden alterar o modificar dichas consecuencias e incluso crear un contenido nuevo y distinto del tipo existente. En síntesis, lo que diferencia al acto jurídico en sentido estricto de negocio jurídico es el papel que juega la autonomía de la voluntad de las partes, en un caso, limitado a la decisión de*

que la primera es la que tradicionalmente se ha desarrollado en nuestro sistema jurídico¹⁷⁰. Así, conforme a la teoría clásica o francesa, hecho jurídico (en sentido

aplicar un régimen existente, y en otro, a definir el contenido del régimen aplicable.”. RICO ALVAREZ, Fausto y Patricio Garza Bandala, Teoría General de las obligaciones, México, Editorial Porrúa, pág. 31.

¹⁷⁰ Al respecto, el Doctor Domínguez Martínez comenta: *“La influencia ejercida en nuestro medio tanto por la legislación como por la doctrina francesas ha propiciado que la mayoría de de los tratadistas mexicanos omitan referirse al negocio jurídico; excepcionalmente hay quien lo estudia.” “La influencia directa recibida tanto del Código Napoleón como de la doctrina francesa, se ha reflejado y ha cristalizado en los diversos ordenamientos civiles sucesivamente vigentes en el Distrito Federal. Particularmente, el Código Civil actual omite cualquier alusión al negocio jurídico y por el contrario la referencia expresa al acto o a los actos jurídicos es constante en su contenido”*. DOMINGUEZ Martínez, Op.Cit. pág. 510 y 518.

En un sentido similar, el maestro Fausto Rico Alvarez: *“El Código civil para el Distrito federal recoge la doctrina del hecho y del acto jurídicos, a pesar de no contener un apartado expreso al respecto, pues en el artículo 1859 se establece lo siguiente: “Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”. Esto porque... el contrato es la principal especie de los actos jurídicos.”*. RICO ALVAREZ, Fausto y Patricio Garza Bandala, Op.Cit., pág. 34.

Por el contrario, existen quienes opinan que el Código Civil para el Distrito Federal acepta la teoría alemana del negocio jurídico. Así, el licenciado Carlos de Pablo Serna, opina: *“Por lo que se refiere al derecho civil mexicano, no puede estarse en desacuerdo con lo señalado por Galindo Garfias y Ortiz Urquidi en cuanto a que el derecho positivo no recibe la terminología negocio jurídico. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el mismísimo Código Napoleónico, según lo señalado por Bonecasse, tampoco define ni hecho ni acto jurídico por un lado, y también tener en cuenta lo reconocido en cuanto a que el concepto de negocio jurídico se ha impuesto sin necesidad de textos legales. Un análisis tradicionalista y poco profundo nos llevaría a concluir que el Código Civil vigente, por descender, a través de los códigos de 70y 84 del Código Napoleónico, necesariamente adopta la teoría bipartita. Sin embargo, puede afirmarse que el Código vigente acepta, contiene y regula la doctrina del negocio jurídico, atento en los siguientes argumentos: Histórico: al llevarse a cabo los trabajos para la redacción de los códigos de 70 y 84 la doctrina del negocio jurídico ya había sido expuesta y difundida. Desde luego los autores del código de 28 debieron tenerla en cuenta. La inclusión en el código de 28 del artículo 1859 que amplía las reglas de los contratos a todos los actos, sin que haya habido antecedentes de él en la legislación anterior, denota la intención del legislador de 1928 de adoptar la teoría del negocio jurídico. Terminológico: si bien es cierto que el código de 28 hace referencia expresa al término acto jurídico y no al de negocio jurídico hay que tener en cuenta que las más de las referencias del código al término acto jurídico no están hechas en sentido propio; que siguiendo la técnica imperante en la época de la redacción del código, el propio código generalmente no contiene definiciones sino alusiones, referencias o descripciones, y tampoco da a los términos que usa una connotación determinada coincidente con la de la doctrina y, que la aceptación y regulación de una institución por un cuerpo normativo no depende del empleo de ciertos términos sino del reconocimiento que de ella haga. Por último, téngase en cuenta que sin necesidad de referencia expresa en el derecho positivo, a la manera de otros derechos el mexicano, en cuanto a que regula los contenidos del negocio jurídico, si lo admite. El argumento verdaderamente importante consiste en que el código, en su contenido sí reconoce, acepta y*

amplio) es cualquier acontecimiento, natural o humano, que produce consecuencias en el campo del derecho. Los hechos jurídicos, a su vez, se dividen en hechos jurídicos stricto sensu y actos jurídicos. Los primeros suelen definirse como *“todo aquél acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias”*.¹⁷¹ Los hechos jurídicos *stricto sensu* pueden ser involuntarios o naturales (si en ellos no interviene la voluntad del hombre), o bien, voluntarios (cuando dicha voluntad interviene en la realización del hecho, más no en la generación de las consecuencias derivadas del mismo), los que a su vez se clasifican en hechos jurídicos voluntarios lícitos (cuasicontratos) y hechos jurídicos voluntarios ilícitos (cuasidelitos). Por otra parte, el acto jurídico (conforme a la teoría francesa), *“es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o de varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.”*¹⁷² En otras palabras, en el acto jurídico existe la voluntad tanto para realizar el acto como para las consecuencias jurídicas que el mismo acarrea (a diferencia del hecho jurídico en el que, como ya lo indicamos, no existe manifestación de voluntad o bien, cuando ésta se presenta, únicamente se desea la realización del hecho, más no las consecuencias que el ordenamiento legal le atribuye a tal conducta. Finalmente, los actos jurídicos se dividen en unilaterales (cuando su realización sólo requiere de una sola voluntad) y bilaterales o plurilaterales (cuando el mismo requiere de la manifestación de dos o más voluntades). En resumen, la suscripción del documento de voluntad anticipada es un

reglamenta la figura del negocio jurídico...”. DE PABLO SERNA, Carlos, El contrato, un negocio jurídico, México, Editorial Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, Breviario número 15, 2002, pág. 50-51.

¹⁷¹ DOMINGUEZ Martínez, Op.Cit. pág. 501.

¹⁷² BONNECASE, citado por Domínguez Martínez, Op.Cit., pág. 503.

acto jurídico en virtud de que al momento de suscribir el mismo, el autor manifiesta su voluntad con la intención de obtener las consecuencias atribuidas a su actuación por el ordenamiento jurídico, es decir, desea suscribir el documento por que desea las consecuencias derivadas de ello, que en el caso que nos ocupa, se trata de evitar el sometimiento a medios, tratamientos o procedimientos que tengan por objeto mantener su vida de manera artificial, evadiendo también el denominado encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica, cuando por causas fortuitas o derivado de algún padecimiento, le sea imposible seguir viviendo de manera natural. De esta manera, vemos que la voluntad del suscriptor no puede ir más allá de lo que el propio ordenamiento jurídico señala (por ejemplo, no puede efectuar disposiciones testamentarias o donatarias al momento de emitir el documento de voluntad anticipada, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 38 de la Ley), sino que dicha voluntad únicamente se adhiere a los efectos permitidos por el cuerpo legal. Además, dicho acto jurídico es unilateral, es decir, únicamente se requiere de una sola voluntad (la del suscriptor, en este caso) para que el acto surta plenamente sus efectos jurídicos.

4.2.4.2.3. El Documento de Voluntad Anticipada como acto jurídico. Requisitos de fondo y forma en su otorgamiento.

Una vez que determinamos que la suscripción del documento de voluntad anticipada consiste en un acto jurídico unilateral, corresponde analizar los diferentes elementos que lo integran. Iniciamos con los elementos personales del mismo para después hacer un estudio de los elementos de existencia y requisitos de validez que, como acto jurídico, debe cumplir el documento en cuestión, para considerarse como un acto jurídico eficaz.

4.2.4.2.3.1. Elementos personales.

Al utilizar el término elemento personal, dentro de un acto jurídico, nos referimos a la persona o personas que lo celebran, y en las que, de manera directa o

indirecta, recaerán los efectos derivados del mismo. Así, por ejemplo, dentro del contrato de compraventa encontramos como elementos personales al vendedor y al comprador; en el matrimonio, a los cónyuges; en el arrendamiento, al arrendador y al arrendatario, por citar algunos casos. En otras palabras, se trata de las “partes” que intervienen en el acto.

Doctrinalmente y, concretamente refiriéndonos a la materia notarial, existen dos tipos de “partes” o sujetos que intervienen en un acto jurídico: Parte en sentido material, es decir, el sujeto en quien repercuten directamente los efectos del acto en su persona; y Parte en sentido formal, que es el sujeto en quien no repercuten directamente los efectos del acto en su persona, pero que interviene en su formación.¹⁷³ Apliquemos pues el criterio anterior, en el caso que nos ocupa.

Conforme al artículo 7 de la Ley, el documento de voluntad anticipada podrá suscribirlo:

- “...I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio;*
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal;*
- III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; y*
- IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuándo éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado...”*

De la lectura del artículo en cuestión podemos desprender que el documento de voluntad anticipada puede ser suscrito, según la fracción primera, por cualquier persona con capacidad de ejercicio, independientemente de que padezca o no una enfermedad terminal. Ello resulta lógico pues es indudable que cualquier acto jurídico

¹⁷³ El maestro Jorge Ríos Hellig señala al respecto: *“Otorgante; es quien físicamente acude a otorgar el acto (ya sea en representación de otro o en nombre propio, es decir, ya sea con el carácter de parte en sentido formal o material). Compareciente: es quien celebra el acto y en quien repercuten los efectos de éste (parte en sentido material).”*. RIOS HELLIG, Jorge, Op.Cit., pág. 169-170.

debe ser realizado por personas perfectamente capaces o, en su caso, por medio de sus representantes (Situación prevista por las fracciones III y IV del artículo en comento). Sin embargo, la fracción segunda señala que el documento puede suscribirlo cualquier enfermo en etapa terminal, pero sin mencionar el requisito de la capacidad de ejercicio. Por ello nos preguntamos ¿Sólo las personas sanas requieren contar con capacidad de ejercicio para suscribir el citado documento? ¿Los enfermos terminales, dada su condición, pueden ser eximidos de contar con dicha capacidad de ejercicio? Una respuesta afirmativa a las anteriores interrogantes resultaría absurda, pues en ambos casos se requiere que el otorgante cuente con capacidad de ejercicio al momento de celebrar el acto. Esta es la regla en cualquier acto jurídico. La excepción, en el caso que nos ocupa, se encuentra prevista por las fracciones III y IV, en donde, los familiares, padres o tutores del enfermo en etapa terminal, suplen la voluntad de éste al no poderla exteriorizar por sí mismo, bien sea porque se encuentra impedido de manera inequívoca para manifestar su voluntad (en el caso del enfermo terminal mayor de edad), o bien porque el enfermo terminal es menor de edad o incapaz legalmente declarado.

De esta manera, en el caso de las fracciones I y II, nos encontramos con que la persona que suscriba el documento de voluntad anticipada es, dentro de dicho acto jurídico, a la vez parte en sentido formal y parte en sentido material, es decir, al mismo tiempo se constituye como otorgante, por ser él quien acude físicamente ante el Notario a la celebración del acto, y compareciente, pues es en él mismo en quien recaerán los efectos del otorgamiento en cuestión.

Por su parte, en las fracciones III y IV sí existe diferencia entre la parte en sentido formal y parte en sentido material. En el primero caso, los familiares, padres o tutores del enfermo en etapa terminal son parte en sentido formal en virtud de que ellos serán quienes acudan físicamente ante el Notario a celebrar el acto (otorgantes), mientras que el enfermo terminal que no pueda exteriorizar por sí mismo su voluntad, sea mayor o menor de edad, será parte en sentido material (compareciente), por ser él en quien recaerán los efectos del acto celebrado.

Como podemos ver, en la suscripción del documento de voluntad anticipada encontramos ambos elementos: otorgante y compareciente (partes en sentido formal o material). Sin embargo, los términos que utiliza la Ley al referirse a ellos, resultan algo confusos. La Ley a lo largo de su texto emplea indistintamente términos como solicitante y signatario, para referirse a la persona que suscribe por sí mismo el documento de voluntad anticipada, es decir, al otorgante-compareciente, pero no define dichos conceptos. Esta situación se intentó remediar con la publicación del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo el Reglamento), que en su artículo segundo establece:

“Artículo 2º.- Para efectos del Presente Reglamento se entenderá por:...

XIV.- Signatario: Es el enfermo en etapa terminal o suscriptor que suscribe (así) el Formato de Voluntad Anticipada”; y

XV.- Suscriptor: Es la persona autorizada por la Ley, que suscribe el Formato de Voluntad Anticipada, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.”.

Pues bien, en términos del artículo parcialmente transcrito y conforme lo establecido en párrafos anteriores, el *signatario* es a la vez parte en sentido formal y material, en virtud de que él es quien físicamente otorga el acto y, además, en él mismo recaerán los efectos jurídicos correspondientes, por lo que dicho término es aplicable a las fracciones I y II del artículo 7 de la Ley; mientras que el *suscriptor* solamente es parte en sentido material, pues simplemente comparecerá a celebrar el acto en representación de quien, por estar impedido para manifestar su voluntad por sí mismo o debido a su minoría edad o a su incapacidad legalmente declarada, no puede hacerlo, recayendo los efectos del acto en éstos últimos, según el caso, siendo aplicable esta definición a las fracciones III y IV del citado artículo 7. Sin embargo, cuando decimos que la situación se “intento remediar”, nos referimos al hecho de que ambas fracciones del artículo segundo del Reglamento, se refieren a la

suscripción del *formato de voluntad anticipada* (el cual, como veremos más adelante, no se otorga ante Notario sino simplemente ante el Personal de Salud designado al efecto) y no al documento de voluntad anticipada, además de que dichas definiciones se encuentran, como ya lo dijimos, en el texto del Reglamento, cuando lo correcto habría sido que aparecieran dentro del texto de la Ley, para una mejor interpretación, por lo que es necesario corregir esta circunstancia.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos conveniente reformar las fracciones I y II del artículo 7 de la Ley, en el sentido de unir las en una sola fracción, redactada más o menos en los siguientes términos:

“Artículo 7º.- El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:

I.- Cualquier persona con capacidad de ejercicio, padezca o no una enfermedad terminal...”

O bien, se podría adicionar, ya sea al artículo 3º de la Ley, ó al artículo 2º del Reglamento, una fracción que contenga el concepto de “Otorgante”, término que nos parece más idóneo que el de *signatario*, por las razones antes expuestas, el cual podría definirse como “*la persona física con capacidad de ejercicio, que padeciendo o no una enfermedad terminal, suscribe el documento de voluntad anticipada o el formato de voluntad anticipada, cuyos efectos recaerán en él mismo*”, por lo que el mencionado artículo 7º también podría quedar así:

“Artículo 7º.- El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:

I.- El otorgante...”

Hasta aquí el estudio de los elementos personales, pasemos pues al análisis de los elementos de existencia del acto de suscripción del documento de voluntad anticipada.

4.2.4.2.3.2. Elementos de existencia.

Los actos jurídicos, como todas las cosas que conforman el universo, se componen de diversos elementos. Así, llamamos elementos de existencia, básicos, fundamentales o constitutivos¹⁷⁴, a aquéllos elementos que dan sustancia a cualquier acto jurídico, sin los cuales, simplemente no podría existir. La doctrina nacional, basándose en lo estipulado por el Código Civil,¹⁷⁵ suele enunciar como elementos de existencia de cualquier acto jurídico: el Consentimiento, el Objeto y, en algunos casos, la Solemnidad. Así lo establece el artículo 1794 citado ordenamiento:

“Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento:

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.”.

Pues bien, el artículo mencionado regula la teoría general de los contratos. Sin embargo, el propio Código Civil, establece en su artículo 1859 que *“Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”.*

El artículo antes transcrito menciona los primeros dos elementos que señalábamos: Consentimiento y Objeto, pero en él no aparece la Solemnidad. Ello se debe a que no todos los actos jurídicos requieren de éste elemento. La solemnidad consiste en una formalidad considerada como esencial para la existencia de un acto jurídico determinado, por lo que su falta traerá como consecuencia no la invalidez del acto, sino, valga la redundancia, su inexistencia por carecer de dicho elemento. Tradicionalmente suelen enunciarse como actos jurídicos solemnes: el matrimonio, el reconocimiento de hijo y el testamento. Lo anterior obedece a que en el otorgamiento

¹⁷⁴ Cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, Op.Cit., Pág. 519 y siguientes.

¹⁷⁵ De aplicación supletoria a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, según lo establece el artículo cuarto de ésta última, antes comentado.

de dichos actos, el ordenamiento legal prevé ciertas formalidades insuperables, consideradas como necesarias para la existencia del acto en cuestión.

El estudio de cada uno de éstos elementos lo realizaremos en los siguientes apartados, aplicados, desde luego, al acto que estamos analizando.

4.2.4.2.3.2.1. Manifestación de la Voluntad.

En el punto anterior señalamos que el primer elemento de existencia de los actos jurídicos es el consentimiento. Pues bien, el consentimiento no es otra cosa que la manifestación de la voluntad. La voluntad equivale a querer algo, en el caso de los actos jurídicos, desear su realización, con las consecuencias derivadas de su otorgamiento. Pero hasta este momento, ese querer sólo se presenta en el fuero interno de cada individuo, no es más que un deseo de obrar. La exteriorización de ese querer equivale precisamente a la manifestación de la voluntad. El deseo interno de querer del individuo carece de importancia para el ordenamiento legal. Lo que realmente le interesa a éste último es precisamente la exteriorización de dicha voluntad, pues en virtud de ella se desprenden las consecuencias jurídicas derivadas del acto.

Según señalamos en apartados anteriores, los actos jurídicos pueden ser unilaterales (cuando para su realización únicamente se requiere una sola manifestación de voluntad, que puede provenir de un solo individuo o de varios, siempre y cuando se emitan en el mismo sentido), o bilaterales (cuando para el otorgamiento de dicho acto se requiere de dos o más voluntades). En el primer caso estamos ante una simple manifestación de voluntad. En el segundo, al existir dos o más voluntades, dicha manifestación toma el nombre de consentimiento, definido usualmente como un acuerdo de voluntades.

Ahora bien, la voluntad puede exteriorizarse en forma expresa, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; o bien en forma tácita,

cuando resulta de actos o hechos que autoricen a presumirlo. Así lo dispone el artículo 1803 del Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”.

En el otorgamiento del documento de voluntad anticipada y conforme a lo planteado por el artículo anterior, la manifestación de voluntad debe otorgarse de manera expresa, pero además, debe manifestarse por escrito, según se desprende de la fracción primera del artículo 8 de la Ley:

“Artículo 8.- El Documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

I.- Realizarse por escrito...”

De esta manera, la Ley es clara al determinar que la voluntad deba manifestarse de manera expresa y por escrito, por lo tanto, no es potestativo para el sujeto decidir la forma en que emitirá su voluntad en términos de la Ley en cuestión, es decir, en este caso, la Ley no admite el consentimiento tácito. Lo mismo ocurre en el caso de la suscripción del formato de voluntad anticipada.¹⁷⁶ Así se desprende de los artículos 10, 25 y 27 de la Ley, que disponen:

¹⁷⁶ Es importante aclarar que la Ley no define el Formato de Voluntad Anticipada, lo cual consideramos que es un error, pues debería encontrarse dicho concepto enunciado en una de las fracciones del artículo 3º de la Ley. El Reglamento subsanó esta situación, definiendo el citado Formato en los términos siguientes:

“Artículo 2º.- Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por:
...V.- Formato de Voluntad Anticipada: Es el Formato oficial emitido por la Secretaría en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica...”.

“Artículo 10.- en caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el personal de salud correspondiente y dos testigos en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la secretaría...”.

“Artículo 25.- En caso de que el Documento de Voluntad Anticipada sea suscrito en los términos del artículo 10 de la presente Ley, igualmente deberá darse lectura en voz alta, a efecto de que el solicitante asiente que es su voluntad la que propiamente se encuentra manifiesta en dicho documento...”.

“Artículo 27.- El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario o a las personas facultadas para los efectos por la Secretaría según sea el caso, quienes redactarán por escrito las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente, sujetándose estrictamente a la voluntad del solicitante y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme.

Si lo estuviere, lo firmarán el solicitante, el Notario, los testigos y el intérprete, según el caso...”.

Pues bien, queda manifiesto que, tanto en la suscripción del documento de voluntad anticipada ante el Notario, como la suscripción en términos del *formato* ante el personal de salud correspondiente, la manifestación de voluntad del suscriptor debe realizarse de manera expresa, asentándose la firma del suscriptor, además de otras formalidades previstas por la Ley, a las que nos referiremos más adelante. Pasemos pues al segundo elemento de existencia del acto jurídico.

4.2.4.2.3.2.2. Objeto.

El objeto es el segundo elemento de existencia de los actos jurídicos. El objeto es la razón de ser de la celebración de cualquier acto jurídico. Es la expresión del “querer”, el motivo determinante de la manifestación de voluntad. Doctrinalmente se ha considerado que todo acto jurídico tiene un doble objeto: Un Objeto Directo y un Objeto Indirecto. El Objeto Directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones¹⁷⁷; es decir, consiste en una obligación, vista como relación jurídica, como un vínculo entre las partes; y el Objeto Indirecto consiste en la cosa o el hecho materia del acto. A su vez las obligaciones generadas por el acto pueden consistir en un dar, hacer o no hacer (y hay quienes incluyen además una cuarta categoría, la de tolerar, lo cual en sí mismo constituye una obligación de no hacer), por lo que a su vez, cada obligación tiene su propio objeto. Este objeto directo de la obligación es a su vez el objeto indirecto del acto jurídico.¹⁷⁸ Para el maestro Gutiérrez y González, señala el doctor Domínguez Martínez¹⁷⁹, el vocablo objeto, en el contexto que nos ocupa, tiene tres significados:

“...1. Objeto directo del contrato, que de acuerdo con la definición de lo que es el contrato, resulta ser el crear y transmitir derechos y obligaciones... 2. Objeto indirecto del contrato, que es el objeto directo de la obligación, que como ya se explicó, es una conducta de dar, hacer o no hacer... 3. Finalmente se

¹⁷⁷ Esos son los efectos creados por un convenio *lato sensu*, según se desprende del artículo 1792 del Código Civil (aplicado de manera supletoria en términos del citado artículo 4º de la Ley de Voluntad Anticipada), así como de la aplicación del artículo 1859 del citado Código (conforme al cual, las disposiciones relativas a los contratos son aplicables a los convenios y demás actos jurídicos, mientras no se opongan a su naturaleza), que a la letra dice:

“Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”.

¹⁷⁸ Cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, Op.Cit., pág. 531, citando al maestro Rojina Villegas.

¹⁷⁹ Ibid, pág. 538 y 539.

considera también objeto del contrato por el Código, la cosa material que la persona deba entregar...”.

La acepción 3 del párrafo antes transcrito se fundamenta en artículo 1824 del Código Civil, que prescribe:

“Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”.

Ahora bien, la cosa o el hecho u abstención del acto jurídico debe reunir determinadas características, mismas que se encuentran reguladas por el propio ordenamiento civil. Así, la cosa objeto del contrato debe: existir en la naturaleza; ser determinada o determinable y estar en el comercio (artículo 1825 del Código Civil). A su vez, según el artículo 1827 del citado ordenamiento, el hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser: posible y lícito. Por el momento dejaremos de lado lo relativo a la cosa objeto del contrato (y por extensión, del acto jurídico), en virtud de que para efectos del presente trabajo, sólo nos importa el hecho materia del acto de suscripción del documento de voluntad anticipada, pues de su otorgamiento sólo se generan obligaciones de hacer y, en su caso, de no hacer. Sólo haremos un comentario al respecto, en el sentido de que, conforme al artículo 1825 del Código, el último requisito de la cosa objeto del contrato consiste en que ésta debe estar dentro del comercio. Ello es aplicable a la materia de los contratos y no podría ser de otra manera, dado el carácter eminentemente económico de dicha especie de acto jurídico. Sin embargo, según lo establecimos líneas atrás, el propio Código Civil, en su artículo 1859, al señalar que las disposiciones relativas a los contratos son aplicables a los demás actos jurídicos, también deja la salvedad de que ello es así siempre que dichas disposiciones no se opongan a la propia naturaleza del acto, razón por la cual consideramos que tal requisito puede no existir en actos jurídicos diversos a los contratos.

Así, los artículos 1827 a 1831 del Código Civil establecen los requisitos que deben cumplir el hecho u abstención materia del contrato (como acto jurídico). De esta manera, conforme al artículo 1827, el hecho positivo o negativo materia del contrato debe ser posible y lícito. Dicha posibilidad debe ser tanto física como jurídica, según señala el artículo 1828 del Código, según el cual *“es imposible que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y constituye un obstáculo insuperable para su realización.”* De esta manera, por ejemplo, sería físicamente imposible el objeto del contrato consistente en evitar la Ley de la Gravedad; y jurídicamente imposible aquél que tuviera por objeto someterse a la esclavitud.¹⁸⁰ Sobre la licitud, el artículo 1830 dispone que: *“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”*; y el artículo 1831 agrega que el motivo o fin determinante de la voluntad de quienes contratan, tampoco puede ser contrario a esas disposiciones. El tema de la licitud lo abordaremos con mayor amplitud al estudiar los requisitos de validez del acto jurídico.

Conforme a lo planteado, la suscripción del documento de voluntad anticipada tiene por objeto evitar el sometimiento a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria la vida de una persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural (Artículo 1º de la Ley). Esta es la razón de ser de la suscripción del documento de voluntad anticipada, es lo que motiva a una persona a manifestar su voluntad en términos de la Ley de referencia. Sin embargo, la suscripción del documento de voluntad anticipada, como acto jurídico, engendra obligaciones de hacer y de no hacer, a cargo, entre otras personas, del *personal de salud*, del *Notario* y, especialmente, del *Representante*. Las obligaciones derivadas de la suscripción del citado documento, a cargo del personal de salud y del notario las reservamos para otro apartado, comentando en este momento las obligaciones a

¹⁸⁰ Cfr. DOMINGEZ Martínez, Op.Cit., pág. 548 y 549.

cargo del Representante, en virtud de que su función es de suma importancia para el cumplimiento de la voluntad anticipada y la Ley destina una considerable cantidad de artículos a su regulación. En este apartado sólo haremos referencia a las funciones u obligaciones del *representante*, en virtud de que las cuestiones relativas a su designación, excusas, impedimentos y término de su función, serán analizadas en otro apartado.

Pero antes de comentar las funciones del representante, hagamos una observación. Las relaciones jurídicas sólo pueden presentarse entre personas y, la obligación, como relación jurídica, no es ajena a ese principio. En otras palabras, no existe relación jurídica entre personas y objetos. De esta manera, en la compraventa, por ejemplo, el vínculo jurídico que une al vendedor y al comprador, obliga al primero, entre otras cuestiones, a entregar la cosa materia de la venta, y al segundo a entregar el precio cierto y en dinero pactado por ella. Lo mismo sucede en el caso del arrendamiento, en donde el arrendador debe permitir el uso y goce pacífico del bien objeto del contrato al arrendatario y éste debe entregar a cambio el pago de la renta convenida. En el caso que nos ocupa, la relación jurídica se da entre el suscriptor y el “representante”, término definido por el Reglamento, según la fracción XI de su artículo segundo, como *“la persona designada por el enfermo en etapa terminal o suscriptor para la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, la verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de los establecido en el mismo, la validez, la integración y notificación de los cambios que realcen los mismos”*. Este representante debe ser nombrado por el suscriptor¹⁸¹, y será el encargado de corroborar la realización y cumplimiento del documento de voluntad anticipada, en los términos y circunstancias determinadas en él (artículo 8, fracción III de la Ley), además de las obligaciones a su cargo, contempladas en el artículo 17, que a la letra dice:

¹⁸¹ Salvo en el caso de los familiares, padres, tutores y demás personas autorizadas por la Ley a suplir la voluntad del enfermo terminal, cuando a éste le sea imposible manifestarla por sí mismo, pues la Ley establece que quien suscriba el documento en esas condiciones, fungirá al mismo tiempo como “representante”, para los efectos correspondientes (artículos 19 y 20).

Artículo 17. Son obligaciones del representante:

- I. La revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el signatario en el Documento de Voluntad Anticipada;*
- II. La verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento de Voluntad Anticipada;*
- III. La verificación, cuando tenga conocimiento por escrito, de la integración de los cambios y/o modificaciones que realice el signatario al Documento de Voluntad Anticipada;*
- IV. La defensa del Documento de Voluntad Anticipada, en juicio y fuera de él, así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del signatario y de la validez del mismo; y,*
- V. Las demás que le imponga la ley”.*

Como se puede apreciar, las funciones u obligaciones del representante se centran básicamente en verificar el cumplimiento oportuno de las disposiciones manifestadas por el suscriptor en el documento o en el formato de voluntad anticipada, así como realizar todos los actos tendientes a la consecución de dicho fin. Pero, ¿A caso las “obligaciones” que nacen de la suscripción del documento o del formato de voluntad anticipada, a cargo del representante, constituyen un vínculo jurídico entre éste y el suscriptor? ¿Existe una verdadera obligación o simplemente de un deber jurídico? Si aceptamos que se trata de una obligación, en caso de incumplimiento, ¿Podría el suscriptor o sus familiares reclamar una indemnización o el pago de daños y perjuicios al representante? Si en verdad existe un vínculo obligacional entre representante y suscriptor, entonces ¿El representante constituye un segundo elemento personal dentro del acto jurídico de suscripción del documento de voluntad anticipada? El representante debe aceptar el cargo conferido, es decir, debe otorgar su consentimiento, ya sea en el momento de suscripción del documento de voluntad anticipada¹⁸², o bien, posteriormente, cuando tenga conocimiento de su nombramiento, pero en todo caso, quien sea designado como representante tiene el deber de cumplir con el encargo y sólo podrá excusarse en los casos y condiciones

¹⁸² “Artículo 27... El solicitante **preferentemente** asistirá al acto acompañado de aquél que haya de nombrar como representante a efecto de asentar en el Documento de Voluntad Anticipada, la aceptación del cargo”.

establecidas por la propia Ley (artículo 16).¹⁸³ Sin embargo, existe aquí otro inconveniente: ¿Qué pasaría si el representante designado en el documento o en el formato de voluntad anticipada no acepta su nombramiento, es decir, presenta alguna de las excusas previstas por el propio ordenamiento? Ni la Ley ni el Reglamento prevén esta situación, lo cual nos parece arriesgado, pues éste último sólo señala que cuando el representante se excusa de vigilar el exacto cumplimiento de las disposiciones del documento de voluntad anticipada, el enfermo en etapa terminal podrá optar por el formato de voluntad anticipada y nombrar otro representante (artículo 26). Pero ¿Y si el enfermo en etapa terminal, dado el avanzado estado de su enfermedad o debido a cualquier otra circunstancia, ya no puede manifestar su voluntad para suscribir un nuevo documento o formato de voluntad anticipada y, en consecuencia, designar otro representante? ¿Quedaría sin efectos el documento de voluntad anticipada por carecer de representante que vigile su cumplimiento? Creemos que esta situación podría remediarse al prever la Ley o su Reglamento la posibilidad de designación de representantes sucesivos o sustitutos y, en última instancia, quizá la posibilidad de que algún representante de la coordinación especializada de cada unidad de salud fungiera como representante sustituto, para el sólo efecto de vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el documento o en el formato de voluntad anticipada, pues sería una pena que dichos documentos no se cumplieran por falta de la persona designada por el suscriptor para ello, máxime cuando ha quedado establecido en capítulos anteriores que la ortotanasia no implica la privación de la vida de persona alguna, sino simplemente posibilitar el tránsito lo menos gravoso posible del enfermo terminal hacia el fin natural de su existencia, y sobre todo cuando éste ha manifestado su

¹⁸³ “Artículo 16.- Pueden excusarse de ser representantes:

I.- Los empleados y funcionarios públicos;

II.- Los militares en servicio activo;

III.- Los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente su representación;

IV.- Cuando por caso fortuito o fuerza mayor no pueda realizar el cargo conferido; y

V.- Los que tenga a su cargo otra representación en los términos de la presente Ley.”.

voluntad de manera contundente, mediante la suscripción del alguno de los instrumentos de referencia.

4.2.4.2.3.2.3. ¿Solemnidad?

Hasta ahora hemos analizado los dos elementos de existencia del contrato (y por extensión de los actos jurídicos) que contempla nuestro Código Civil en su artículo 1794: La Voluntad o Consentimiento y el Objeto. Estos son los elementos materiales de todo acto jurídico. Son la esencia del mismo. Sin embargo, en ocasiones suele considerarse un tercer elemento de existencia, éste de carácter formal, presente en algunos actos jurídicos: la Solemnidad. Pero antes de entrar en materia, hagamos una pequeña introducción.

La forma de todo acto jurídico, es decir, la manera en que se exterioriza el consentimiento, es un requisito de validez del mismo, un requisito sin el cual el acto sería nulo. De esta manera, los actos jurídicos suelen clasificarse, de acuerdo a su forma, en consensuales, formales y solemnes. Son consensuales aquéllos actos jurídicos para cuyo otorgamiento la Ley no prevé formalidad alguna, por lo que el consentimiento puede manifestarse de cualquier manera; son formales los actos que requieren la forma escrita, bien sea en escrito privado o en escritura pública, para considerarse como válidamente otorgados; y en ocasiones, cuando la Ley establece una forma determinada para la celebración de un acto jurídico y esa forma resulta de tal manera relevante en su realización, como para considerar que su falta entrañaría necesariamente la inexistencia del acto jurídico de que se trate, estamos ante la presencia de la solemnidad. La diferencia entre la forma, como requisito de validez de todo acto jurídico, y la solemnidad, estriba en que la falta de la primera acarrea la nulidad relativa del acto de que se trate, mientras que en la segunda, su ausencia implica la inexistencia de dicho acto.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, Op.Cit., pág. 548-562.

Doctrinalmente existen posturas tanto a favor como en contra de considerar la solemnidad como un elemento de existencia de los actos jurídicos. Quienes la niegan aducen, principalmente, que el propio artículo 1794 del Código Civil no contempla como elemento de existencia de los contratos y/o de los actos jurídicos, a la solemnidad, agregando, además, que dicho elemento únicamente se presenta en algunos actos del registro civil, como el matrimonio y el reconocimiento de hijos, así como en algunos del derecho de familia, como es el caso del testamento. Por su parte, quienes se pronuncian a favor de considerar la solemnidad como elemento de existencia del acto jurídico, advierten que dicho elemento es una formalidad, pero una formalidad indispensable en determinados actos jurídicos y que la falta de enunciación de dicho elemento dentro del texto del artículo 1794 antes citado, se debe simplemente a que el mismo no es una constante en todos los actos jurídicos, sino que únicamente se presenta en aquéllos casos en que la Ley expresamente lo determina.¹⁸⁵

Ahora bien, en cuanto a la Ley comentada, consideramos que tanto la suscripción del documento de voluntad anticipada como del formato de voluntad anticipada son actos jurídicos solemnes en virtud de que, para su otorgamiento, la Ley prevé ciertas formalidades que son esenciales, no para la validez del acto, sino para la existencia del mismo. Lo anterior se desprende, en el caso del documento de voluntad anticipada, del contenido de los artículos 8, 22, 23, 24, 27, 28, 29,30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley. El artículo 8 establece:

*“Artículo 8.- El documento de voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes **formalidades** y requisitos:*

- I.- Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario;*
- II.- Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo...”.*

Conforme al artículo parcialmente transcrito, el documento de voluntad anticipada debe suscribirse ante Notario de manera personal, es decir, no puede ser

¹⁸⁵ Idem.

otorgado por medio de algún representante. Sin embargo, la propia Ley admite casos de excepción en los cuales dicho documento puede ser otorgado por persona diversa del signatario, según lo establecen las fracciones III y IV del artículo 7, mismas que se enuncian en los artículos 19 y 20 del ordenamiento en cita, por lo tanto, creemos que podría eliminarse dicho calificativo, por no cumplirse cabalmente. Por otra parte, la fracción I del artículo 8 analizado, también señala que el documento de voluntad anticipada debe suscribirse de manera libre e inequívoca.¹⁸⁶ Así, libre significa que no exista coacción hacia el individuo para la celebración del acto en cuestión, pues su contravención acarrea la nulidad del documento de voluntad anticipada (fracción II del artículo 36 de la Ley), según se verá en el apartado correspondiente de este trabajo. Por último, de manera inequívoca, como lo señalamos al inicio del presente capítulo, implica que el compareciente o suscriptor conozca cuáles serán los efectos del acto celebrado y de que esté seguro que dichos efectos son los que él desea y no otros. Además, conforme a la fracción IV del artículo 36 de la Ley, el documento se suscribe de manera inequívoca cuando el suscriptor únicamente responde con señales o monosílabos a las preguntas que se le formulan.

Por su parte, los artículos 22 al 36 de la Ley establecen diversas formalidades que se deben cumplir en el otorgamiento del documento de voluntad anticipada. Así, el Notario ante quien se otorgue el documento de voluntad anticipada debe leerlo en voz alta al signatario, para que éste manifieste que es su voluntad la que se contiene en el mismo (Artículo 22) así como asegurarse de la identidad del solicitante y que éste se halla en su cabal juicio y libre de coacción (Artículo 23).¹⁸⁷ Los artículos 26 al

¹⁸⁶ Como lo señalamos en el numeral 4.2.4.2.1., la fracción V del artículo tercero de la Ley al definir el Documento de Voluntad Anticipada, señala que es “...el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica.”. Como se observa, la definición en cuestión contempla otros calificativos que ya no se incluyeron en la fracción I del artículo 8 comentado, tal vez por descuido del legislador, pues no encontramos alguna otra razón para ello.

¹⁸⁷ El artículo 25 de la Ley es de contenido similar a los citados, sólo que se refiere al otorgamiento del Formato de Voluntad Anticipada.

33 contienen diversas formalidades que deberán cumplirse en el otorgamiento del documento en cuestión, relacionadas con la actividad notarial, mismas que analizaremos en otro apartado. Por su parte, el artículo 34 señala que las “formalidades” se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del documento de voluntad anticipada o el formato de voluntad anticipada y el Notario o la “persona facultada” dará fe de haberse llenado aquellas.¹⁸⁸ El artículo 36 señala que el documento de voluntad anticipada será nulo, entre otras causas, cuando sea realizado en documento diverso al documento de voluntad anticipada o al formato de voluntad anticipada (fracción I), así como el otorgado en contravención a las formas prescritas por la Ley (fracción V).¹⁸⁹ De este precepto así como del artículo 34 antes comentado, podemos desprender que el otorgamiento del documento de voluntad anticipada o del formato de voluntad anticipada es un acto solemne, en virtud de todas las formalidades requeridas por la Ley para su otorgamiento. Sin embargo, el artículo 37 de la misma señala que el signatario que se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas por el artículo 36 (causas de nulidad) podrá, al cesar dicha circunstancia, revalidar al documento de voluntad anticipada o del formato de voluntad anticipada, con las mismas “solemnidades” que si lo signara de nuevo. Pensamos que ello es un error del legislador pues no se trata de una simple revalidación o convalidación del documento, ni mucho menos de un nuevo otorgamiento, pues en realidad nunca hubo un otorgamiento anterior. Este sería el primero que se efectúa porque, en el caso anterior, nunca se celebró el acto de la forma en que lo prescribe la Ley, por lo tanto el acto era inexistente. Sus efectos comienzan a partir de su otorgamiento en términos de Ley. Si se tratara de una

¹⁸⁸ El artículo 1519 del Código Civil para el Distrito Federal es de contenido idéntico al artículo 34 comentado, sólo que el primero aplicado al Testamento Público Abierto. Además el artículo 1520 del citado Código establece que faltando alguna de esas “solemnidades”, el testamento quedará sin efectos y el notario será responsable de los daños y perjuicios y además sufrirá la pérdida de oficio.

¹⁸⁹ El artículo 1520 del citado Código establece que faltando alguna de las “solemnidades” establecidas para el otorgamiento del testamento, éste quedará sin efectos y el notario será responsable de los daños y perjuicios y además sufrirá la pérdida de oficio.

revalidación o convalidación, los efectos del acto revalidado se retrotraerían al momento en que se celebró el acto que no cumplía con todos los requisitos de Ley, lo cual equivaldría a decir que el acto estaba afectado de nulidad relativa. Esta cuestión la abordaremos en el apartado correspondiente. Por sólo afirmamos que la suscripción del documento de voluntad anticipada o del formato de voluntad anticipada es un acto solemne, por las razones expresadas.¹⁹⁰

4.2.4.2.3.3. Requisitos de validez.

Cuando hacíamos referencia al acto jurídico señalamos que éste se compone de diversos elementos de existencia (la voluntad o consentimiento, el objeto y la solemnidad, en algunos casos), mismos que ya estudiamos en apartados anteriores. Ahora toca el turno comentar los requisitos de validez que todo acto jurídico debe satisfacer, para que surta plenamente los efectos legales deseados. Dichos requisitos se encuentran enunciados por el artículo 1,795 del Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 1,795.- El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.”

A contrario sensu, el artículo transcrito podría interpretarse diciendo que, para que el contrato (y por extensión, cualquier acto jurídico) sea válido, se requiere

¹⁹⁰ El Reglamento, por su parte, establece que el documento de voluntad anticipada suscrito ante notario, deberá contener las “formalidades” y requisitos que señalan el Código Civil, la Ley del Notariado, la propia Ley de Voluntad Anticipada y su Reglamento. Adicionalmente, tratándose del Formato de Voluntad Anticipada, los artículos 15 al 24 del reglamento, contienen las formalidades que deben cumplirse en la suscripción del citado Formato, cuyo contenido es similar a las disposiciones que la Ley establece para el Documento de Voluntad Anticipada. Además, el artículo 30 del Reglamento contiene las causas de nulidad del Formato de Voluntad Anticipada, casi en los mismos términos que el artículo 36 de la Ley, en lo referente al Documento.

capacidad de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto, motivo o fin y la forma prescrita por la Ley. Dichos requisitos los analizamos a continuación, en el orden propuesto por el legislador.

4.2.4.2.3.3.1. Capacidad.

La capacidad en general es un atributo de la personalidad y usualmente se le define como “...la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.”¹⁹¹. Suele dividirse en dos especies: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera es inherente a la persona misma, es decir, se tiene capacidad de goce por el sólo hecho de ser persona, y consiste precisamente en la aptitud para ser sujeto de derechos u obligaciones. No se requiere ninguna otra calidad, por lo que todos los seres humanos la tienen. Por otra parte, la capacidad de ejercicio consiste en la posibilidad de ejercitar esos derechos y cumplir esas obligaciones por sí mismo, es decir, de manera personal, por lo que requiere de ciertos requisitos que el individuo debe reunir para poder ejercerla.¹⁹² Sin embargo, la capacidad de ejercicio, en algunas ocasiones, sufre ciertas limitaciones contempladas por el ordenamiento jurídico. Dichas limitaciones se conocen como incapacidad, la cual puede tener diferentes grados que, dependiendo de la situación específica de que se trate, pueden ir desde una incapacidad mínima hasta una plena incapacidad de ejercicio.¹⁹³ Pero aun en estos

¹⁹¹ DOMINGEZ Martínez, Op.Cit., pág. 166.

¹⁹² Cfr. Ibid. Pág. 166 y ss.

¹⁹³ De esta manera, por ejemplo, el concebido pero no nacido, tiene una incapacidad plena, total y definitiva, es decir, no tiene posibilidad de obrar directamente en la vida jurídica. Por su parte, el menor de edad no emancipado tiene diversas limitaciones a su capacidad de ejercicio, verbigracia, las relacionadas con los actos de administración o de dominio, sobre los bienes de su propiedad. Situaciones similares ocurren con los menores emancipados y los mayores de edad disminuidos de sus facultades mentales. Todos ellos tienen, en mayor o menor medida, cierto grado de incapacidad de ejercicio, lo cual impide que en determinadas circunstancias puedan obrar jurídicamente por sí mismos.

casos, donde hay una ausencia total de capacidad de ejercicio, el ordenamiento jurídico permite a las personas afectadas por tal circunstancia actuar en el campo del derecho, mediante la institución jurídica de la representación.¹⁹⁴

Hasta aquí cualquier comentario parece estar de más, pues resulta indudable que cualquier acto jurídico requiere, para su validez, de la capacidad del otorgante y, por supuesto, el mismo deberá estar en pleno uso de sus facultades físicas y mentales al momento del otorgamiento. Pero, ¿Sólo las personas con plena capacidad de ejercicio pueden suscribir el documento de voluntad anticipada? De los conceptos vertidos con anterioridad pareciera desprenderse una respuesta positiva, es decir, que dicho documento debe ser otorgado de manera personal, pues la capacidad de ejercicio consiste en la facultad de ejecutar los derechos de que se es titular, precisamente de esa manera. Además, el artículo octavo de la Ley, en su fracción primera, menciona entre otras “formalidades”, que el documento de voluntad anticipada deberá realizarse de manera “*personal*”.¹⁹⁵

No obstante lo anterior, la aseveración en torno a que el documento de voluntad anticipada debe ser suscrito de manera personal y, por tanto, se trata de un acto personalísimo, es errónea. El establecer que un acto es personalísimo implica que el mismo sólo puede ser realizado por el sujeto en cuya esfera jurídica recaerán los efectos del otorgamiento o celebración de dicho acto, es decir, no admite, sin excepción, la figura jurídica de la representación. Tal es el caso, por ejemplo, del testamento, según lo dispone el artículo mil doscientos noventa y cinco del Código Civil para el Distrito Federal.¹⁹⁶ En cuanto al documento de voluntad anticipada, a

¹⁹⁴ No profundizaremos más en el estudio de la capacidad de goce y de ejercicio, pues ello sobrepasaría indudablemente los límites del presente trabajo, por lo que su enunciación únicamente es con el fin de ampliar el panorama sobre los comentarios vertidos al respecto en la Ley en cuestión.

¹⁹⁵ “Artículo 8. El documento de voluntad anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:
I. Realizarse por escrito de manera *personal*...”.

¹⁹⁶ Respecto al carácter personalísimo del testamento, el licenciado Juan Manuel Asprón Pelayo señala: “El testamento es un acto personalísimo debido a dos aspectos. Por una parte significa que el testamento debe ser otorgado personalmente por el testador, sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia

pesar de que el propio artículo octavo de la Ley dispone que debe otorgarse de manera personal, diversos artículos de la misma establecen excepciones en las que el documento puede ser otorgado por persona diversa al suscriptor, por ejemplo, los familiares del enfermo en etapa terminal, cuando este se encuentra impedido para manifestar por sí mismo su voluntad (fracción III del artículo 7 de la Ley), o bien, los padres o tutores del enfermo en etapa terminal, cuando el mismo es menor de edad o incapaz legalmente declarado (fracción IV del artículo 7). Por lo anterior, concluimos que la suscripción del documento de voluntad anticipada no es un acto personalísimo, como lo califica la Ley. Probablemente la confusión se originó desde el estudio de las diversas propuestas legislativas que fueron analizadas en la Asamblea Legislativa, previa aprobación del ordenamiento que nos ocupa. Ello debido a que la propuesta presentada por el diputado Armando Tonatiuh González Case¹⁹⁷, pretendía crear el llamado “Testamento de Vida”, con efectos similares al documento de voluntad anticipada, por lo que dicha característica del testamento (como acto personalísimo), pudo ser una reminiscencia de la citada propuesta, que por descuido continuó en el proyecto aprobado.

Esta situación, creemos, podría remediarse si se reformaran parcialmente los artículos planteados, suprimiendo, en el caso del artículo primero de la Ley; la alusión a la capacidad de ejercicio; y en el caso de los artículos tercero fracción V y séptimo fracción I, que el documento de voluntad anticipada puede ser suscrito “*por cualquier persona, por sí o por conducto de las personas autorizadas en términos de la presente Ley...*”. Asimismo, consideramos que debe suprimirse la palabra “*personal*”, de la fracción I del artículo 8 de la Ley, para lograr mayor coherencia en ella.

de voluntad... Por otra parte, el hecho de que el testamento sea un acto personalísimo indica que el mismo debe contener la voluntad de una sola persona; esto es lógico si pensamos que el testamento es un acto jurídico y, por tanto, aunque dos o más personas otorgasen testamento en un mismo lugar, estarían otorgando tantos testamentos como personas fueran...”. ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Sucesiones, 2ª Ed., México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2002, pp. 44.

¹⁹⁷ Cfr. el numeral 3.2.3.1., del capítulo anterior.

4.2.4.2.3.3.2. Ausencia de Vicios de la voluntad.

La voluntad o consentimiento, como elemento de existencia del acto jurídico, requiere para su validez que sea exteriorizada con absoluta libertad y consciencia. Su fundamento lo encontramos en el ya citado artículo 1793 del Código Civil, que en su fracción segunda señala *“El contrato puede ser invalidado... por vicios del consentimiento.”*¹⁹⁸

El tema en comento se encuentra regulado en los artículos del 1812 al 1823 del Código Civil. Así, conforme al primero de los preceptos citados, *“El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”* (Artículo 1812). De este artículo parece desprenderse que los vicios del consentimiento son el erro, la violencia y el dolo, sin embargo, como veremos a continuación, ello es erróneo.

Como ocurre con otras figuras jurídicas, en la Doctrina nacional no existe un criterio generalizado sobre cuáles son esos vicios del consentimiento, de tal suerte que existen diversidad de criterios al respecto. Así, podemos enumerar entre tales vicios: el error, el dolo, la mala fe, la ignorancia, la reticencia, el temor, el miedo, la violencia y la lesión, principalmente. No obstante lo anterior, debemos decir que los verdaderos vicios del consentimiento lo son únicamente el error (en sus diversas manifestaciones) y el miedo¹⁹⁹, en virtud de que el dolo, la mala fe, la ignorancia y la reticencia (ésta última como una especie de mala fe), pueden conducir al error como vicio de la voluntad; en tanto que el temor y la violencia pueden conducir al miedo,

¹⁹⁸ Al respecto, los licenciados Fausto Rico Alvarez y Patricio Garza Bandala señalan: *“Aunque la redacción negativa del artículo no es la más apropiada, el legislador mexicano acierta al hablar de vicios del consentimiento y no de la voluntad, como hacen algunos doctrinarios, pues el consentimiento supone el encuentro de cuando menos dos actos volitivos, en los que existe tanto una inteligencia que representa un bien que debe ser alcanzado, y una voluntad encaminada a conseguirlo...”*. RICO ALVAREZ, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2005, pp. 115.

¹⁹⁹ Cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, pp. 580, 587 y s.s.

que es el auténtico vicio.²⁰⁰ Respecto a la lesión, debemos señalar que, doctrinalmente, ha sido considerada como un vicio objetivo (del contrato), como un vicio subjetivo (del consentimiento) y como un vicio objetivo-subjetivo. Así, como vicio objetivo del contrato, la lesión implica una desproporción exagerada entre las prestaciones de los contratantes y, como tal, no se trata de un vicio del consentimiento, pues la anulación del acto celebrado depende de dicha desproporción en las prestaciones, no de un vicio del consentimiento en sí. Por otra parte, como vicio subjetivo del consentimiento (o de la voluntad), la lesión existe cuando una persona se aprovecha de la ignorancia, inexperiencia o miseria, así como del abuso del estado de necesidad de su contraparte, para obtener el provecho propio, por lo que al recaer sobre la voluntad, ésta se encuentra viciada. Finalmente, la concepción objetiva-subjetiva de la lesión como vicio del consentimiento o de la voluntad, consiste en una postura ecléctica entre las dos citadas con anterioridad y es la que adopta el Código Civil en su artículo 17, al establecer:

“Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

La crítica que los doctrinarios hacen al artículo transcrito consiste, principalmente, en que dicho precepto señala como requisitos para que exista la lesión, que además del lucro excesivo y desproporcionado, este provenga de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, situaciones subjetivas que, en la práctica, sería sumamente difícil determinar.²⁰¹

²⁰⁰ Sobre este punto y debido a la extensión del presente trabajo, es imposible hacer un estudio más detallado de los vicios del consentimiento aquí señalados. Para ello, consultar DOMINGUEZ, Op.Cit., pp. 577-586.

²⁰¹ Sobre la lesión, consultar DOMINGUEZ MARTINEZ, Op.Cit., pp. 583- 586 y RICO ALVAREZ, Op.Cit., pp. 127-131.

Retomando los vicios de la voluntad señalados al inicio de este apartado (el error y el miedo), hacemos los siguientes comentarios.

Respecto al error, tradicionalmente se le ha definido como *“una falsa apreciación de la realidad”*, es decir, como una concepción errónea respecto al objeto, a los sujetos o al derecho mismo, en la celebración de un acto jurídico, y como tal implica que la voluntad así manifiesta se encuentra viciada. Este vicio del consentimiento, Doctrinalmente suele dividirse en tres especies: Error Obstáculo, que consiste en una disparidad entre la voluntad y la declaración y constituye un impedimento en la formación del consentimiento, por lo tanto, al no estar presente dicho elemento, el acto celebrado es inexistente; Error Nulidad, que es aquél que recae sobre el motivo determinante de la voluntad y que debe ser declarado expresamente en el acto celebrado, para poder hacerlo valer; y Error Indiferente, que es el que no afecta en nada la voluntad manifestada. El artículo 1813 del Código Civil regula el Error Nulidad, que es el que naturalmente vicia el consentimiento, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”.

Asimismo, el Error Nulidad suele dividirse, según el artículo transcrito, en error de hecho, que consiste en una falsa concepción del hecho material, y en error de derecho, que es un juicio equivocado sobre el alcance o interpretación de un precepto jurídico, o de las consecuencias del contrato como norma individual.²⁰²

²⁰² Cfr. RICO ALVAREZ, Fausto y Garza Bandala Patricio, Op. Cit., pp.116-117. Dichos autores señalan, además, que el error también suele dividirse en error relevante, en contraposición al error incidental o irrelevante. El primero puede ocasionar la nulidad del acto celebrado mientras que el segundo no genera consecuencias de derecho. Asimismo, existe el error de cálculo contemplado por el artículo 1814 del Código Civil, que conforme al texto legal, *sólo da lugar a rectificación*. Sin embargo, señalan los autores citados, aunque dicho error no vicia el consentimiento, sí produce un efecto, consistente en que se rectifique el error. Por el contrario, Domínguez

Respecto al Dolo y la Mala Fe, los artículos 1815 del Código Civil disponen:

“Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

“Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”

De los preceptos transcritos se desprende que el Dolo consiste en una conducta activa (sugestión o artificios) por parte de uno de los que intervienen en el acto celebrado, mientras que la mala fe implica una conducta pasiva (disimular), pero ambas producen el error, como vicio de la voluntad. Además, el Dolo puede provenir tanto de un tercero como de cualquiera de las partes, mientras que la mala fe sólo puede provenir de las partes que celebran el acto jurídico. El Código Civil también regula lo que Doctrinalmente se conoce como Dolo Bueno (Artículo 1821) que consiste en la estimación que hacen las partes respecto de la cosa objeto del acto celebrado, sobresaltando las cualidades de la misma, lo cual se acepta como una práctica generalizada en el comercio²⁰³; para distinguirlo del dolo Malo, que es el que provoca la ineficacia del acto. Finalmente, el artículo 1817 del Código Civil dispone que *“si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.”*

Por su parte, el artículo 1818 del citado ordenamiento establece:

“Artículo 1818. Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato.”

Martínez distingue entre error de cálculo y error de cuenta, señalando que el citado artículo 1814 realmente regula éste último. Cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Op.Cit., pp.602-603.

²⁰³ *“Artículo 1821. Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia.”*

Como ya lo señalamos, la violencia no es un vicio de la voluntad por sí misma, sino que produce miedo, el cual es el auténtico vicio. El Código distingue entre violencia física y moral, la cual consiste en el empleo de las amenazas.²⁰⁴ Respecto al miedo, Doctrinalmente hay quien distingue entre el temor y el miedo en sí. El temor consiste en una perturbación o inquietud mental respecto de un mal futuro, de realización incierta, mientras que el miedo consiste en una perturbación o inquietud mental respecto un mal futuro, pero inminente e injusto.²⁰⁵ Asimismo, existe el llamado temor reverencial, definido como *“el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto”*, el cual no basta para viciar el consentimiento (artículo 1820). Por su parte, el artículo 1822 establece que *“No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia.”*

Finalmente, los vicios del consentimiento antes señalados, de existir en el acto celebrado, producen la nulidad relativa del mismo. Así lo dispone el propio artículo 1823 del Código.²⁰⁶ Respecto a la nulidad del documento de voluntad anticipada haremos referencia más adelante, en el apartado correspondiente.

4.2.4.2.3.3.3. Licitud en el objeto, motivo o fin.

El tercer requisito de validez es la licitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico. Pero, ¿Qué es la licitud? Para el doctor Domínguez Martínez, *“...por licitud debe entenderse legalidad, es decir, apego a lo establecido por la ley; consecuentemente, lo lícito es lo legal, lo ajustado a la ley, lo que no contraría sino que respeta lo ordenado o prohibido por aquélla.”*²⁰⁷

²⁰⁴ “Artículo 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

²⁰⁵ Ver DOMINGUEZ MARTINEZ, Op.Cit., pp. 582.

²⁰⁶ “Artículo 1823. Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.”

²⁰⁷ Ibid., pp. 568.

En términos generales, la regulación de la licitud en los actos jurídicos se contiene en los artículos 1795, 1827, 1830, 1831, 1943, 2225 y 8, todos del Código Civil, que en la parte relativa señalan lo siguiente:

“Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado... III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito...”.

“Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser... II.- Lícito.”.

“Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”.

“Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”.

“Artículo 1943.- Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o las que sean contrarias a las buenas costumbres anulan la obligación que de ellas dependa...”.

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley.”.

“Artículo 8.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos...”.

De los preceptos transcritos parcialmente se desprende que la falta de licitud en el otorgamiento del acto jurídico de que se trate, así como en el motivo o fin determinante del negocio, o bien, en la condición (cuando ésta exista), acarreará invariablemente la nulidad del acto en cuestión. Pero para que el acto realizado fuera del marco legal, sea sancionado con la nulidad de que hablan los artículos anteriores, se requiere que el mismo contraríe lo establecido por las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Así, según lo asentamos cuando iniciamos el estudio de la Ley en cuestión, indicamos que, si bien todas las leyes son de orden público, pues todas están destinadas a regular la conducta del hombre en sociedad, también aclaramos que cuando la doctrina hace especial mención a las leyes de orden público, refiérase a

aquéllas normas que resaltan la importancia del interés colectivo por sobre el interés particular, es decir, aquéllas cuya inobservancia, además de afectar a éste último, también menoscabaría el interés general. Por su parte, entendemos por buenas costumbres *“el conjunto de hábitos generalizados que son aprobados por el núcleo social de una época y un lugar determinados.”*²⁰⁸ Dichos hábitos generalizados son característicos de cada época y lugar, por lo que no son constantes, es decir, lo que un tiempo es socialmente aceptado en otra época y lugar podría no serlo, por lo que la calificación de aquello que se debe considerar como adecuado a las buenas costumbre del lugar, se deja al arbitrio judicial.

De esta manera, cualquier trasgresión a lo establecido por las leyes de orden público o las buenas costumbres, acarreará indudablemente la nulidad del acto en cuestión. Dicha nulidad es absoluta, pues como veremos en el capítulo respectivo, la falta de legalidad o licitud en el otorgamiento del acto jurídico no es subsanable de manera alguna, así como tampoco prescribe por el simple transcurso del tiempo.

Dentro del marco de la Ley que nos ocupa, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto de suscripción del documento de voluntad anticipada, se refiere a que la voluntad del suscriptor no puede ir más allá de los límites establecidos por el ordenamiento en cuestión. Así, por ejemplo, el suscriptor no podría solicitar en el documento de voluntad anticipada que, llegado el momento, se pusiera fin a su vida de manera intencional y directa (eutanasia) con el propósito de evitar su sufrimiento, pues la Ley comentada, lo único que autoriza es la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que tengan como único propósito prolongar su vida (o su agonía) de manera innecesaria, cuando sea imposible mantener su vida de manera natural (artículo 1º de la Ley). Igualmente, el suscriptor del documento de voluntad anticipada tampoco podría disponer de sus bienes (ya sea instituyendo herederos o legatarios o bien, haciendo donación de dichos bienes) dentro del texto del documento en cuestión, por estar prohibido expresamente por la Ley (artículo 38,

²⁰⁸ Ibid., pp. 572.

segundo párrafo). Podríamos continuar comentando situaciones análogas a las expresadas. Los ejemplos mencionados basten para resaltar que cualquier contravención a las disposiciones anteriores, así como aquellas que rebasen los límites establecidos por la Ley, tendrán como consecuencia la nulidad de los mismos, pero a ello nos referiremos en otro apartado.

4.2.4.2.3.3.4. Forma.

El último elemento o requisito de validez del acto jurídico, es la forma. Cuando estudiamos el apartado relativo a la solemnidad, mencionamos que la voluntad, como elemento de existencia, debe manifestarse de la manera que la propia Ley determine. Así mismo señalamos que los actos jurídicos, por su forma, se clasifican en consensuales, formales y solemnes, dependiendo de la menor o mayor formalidad exigida por la Ley para su otorgamiento y, apuntábamos que, cuando dichas formalidades se consideran esenciales en la realización del acto jurídico de que se trate, las mismas lo elevan al rango de solemnidad.

De esta manera, establecimos que la suscripción del documento de voluntad anticipada es un acto jurídico solemne. La forma exigida por la Ley para su otorgamiento es la escritura pública ante Notario.²⁰⁹ Así se desprende del artículo 3º fracción V y del artículo 8 fracción I, de la Ley de la materia, los cuales señalan en lo conducente lo siguiente:

*“Artículo 3.- Para los efectos de esta ley se define y entiende por:... V.- Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el **documento público suscrito ante Notario...**”.*

²⁰⁹ Como lo adelantamos, es objeto de nuestro estudio la participación del Notario en términos de la Ley en comento, cuya actividad se centra en el otorgamiento del documento de voluntad anticipada, por ello no realizamos comentarios en torno a la suscripción del formato de voluntad anticipada. Sin embargo, baste decir que dicho formato requiere la forma escrita, otorgándose ante el personal de salud correspondiente y 2 testigos y firmarse por triplicado (artículo 10 de la Ley y 15 del Reglamento).

“Artículo 8.- El documento de voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I.- Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario...”.

Dicha situación es reafirmada por el Reglamento de la Ley en cuestión, en su artículo 2º fracción IV y en su artículo 3º fracción I. El primero de los preceptos mencionados es de contenido idéntico a la fracción V del artículo 3º de la Ley, transcrito con anterioridad. El segundo de los artículos mencionados señala:

“Artículo 3º.- La Voluntad Anticipada puede suscribirse:

*I.- Por cualquier persona **ante Notario Público mediante el Documento de Voluntad Anticipada...**”.*

Hasta aquí con los comentarios respecto a la forma, como requisito de validez en la suscripción del documento de voluntad anticipada, pues como ya lo apuntábamos, consideramos que, en este caso, las formalidades establecidas por la Ley para el otorgamiento del documento en cuestión, lo convierten en un acto solemne, por lo que remitimos al lector al capítulo respectivo.

Por lo que respecta al otorgamiento ante Notario del documento en cuestión, estudiaremos los diversos supuestos previstos por la Ley de la materia en el apartado siguiente.

4.2.4.2.3.3.4.1. Sobre la seguridad del otorgamiento del Documento de Voluntad Anticipada ante Notario.

Al inicio de este trabajo sosteníamos que, dada la importancia de determinados actos jurídicos, en ocasiones era necesario que los mismos cumplieran con ciertos requisitos o formalidades, a efecto de brindar certeza jurídica de su otorgamiento, tanto frente a las partes que en ellos intervienen como frente a terceros y posibles destinatarios del acto celebrado. En ese sentido, la función del notario como fedatario público consiste, precisamente, en conferir la autenticidad y certeza jurídica que requieren determinados actos jurídicos. Ello ocurre, por ejemplo,

en el otorgamiento del testamento público abierto; en operaciones traslativas de dominio de inmuebles (cuando exceden el importe que señala el propio Código Civil); entre otros ejemplos.

En el caso del documento de voluntad anticipada, las citadas formalidades consisten, entre otras, en que su otorgamiento debe realizarse por escrito, ante notario público. Esta es la regla y, como excepción, la voluntad anticipada podrá suscribirse en el “formato” autorizado para tal efecto por la Secretaría de Salud. Sin embargo, el licenciado Tomás Lozano Molina opina lo contrario. Dicho autor, al comentar la Ley en cuestión, señala:

“...El formato de voluntad anticipada se define hasta el reglamento, cuando la ley debió referirse en forma primordial a este documento, que es el que en la práctica va a operar, y que es el que, los enfermos en fase terminal, llenarán cuando se encuentren en los centros de salud. El documento de declaración anticipada, ante notario, será la excepción y se llevará a cabo generalmente a petición de cualquier persona, que se encuentre en salud, previendo que pueda caer en un padecimiento terminal...”²¹⁰

Estamos de acuerdo, parcialmente, con lo que señala el licenciado Lozano Molina, en el sentido que, cuando no se haya suscrito el documento de voluntad anticipada ante notario, en términos de Ley, y no sea posible su otorgamiento en esta forma, la única alternativa es su suscripción ante el personal de salud, en el formato autorizado para ello. Pero aún así, consideramos que la regla sigue siendo el otorgamiento del documento de voluntad anticipada ante notario público. Basamos nuestra opinión en los siguientes criterios:

- La Ley de Voluntad Anticipada, al definir diversos conceptos utilizados a lo largo de su texto, no hace referencia al formato de voluntad anticipada, situación que sí ocurre con el documento de voluntad anticipada, pues la

²¹⁰ LOZANO MOLINA, Tomás, Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada, Breviario número 44, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, pp. 14-15.

fracción V de su artículo tercero, señala que dicho documento *“...consiste en el documento público suscrito ante Notario...”*.

- El Capítulo Segundo de la Ley se intitula *“De los requisitos del Documento de Voluntad Anticipada”*. Creemos que ello es así, en virtud de que la intención del legislador era regular primordialmente dicho documento. Si el legislador se hubiese querido referir al otorgamiento de la voluntad anticipada, bien sea ante Notario o bien en el formato citado con anterioridad, hubiera omitido la referencia al documento de voluntad anticipada y titulado dicho Capítulo como *“Del Otorgamiento de la Voluntad Anticipada”*, como sí lo hizo en los Capítulos Tercero, Cuarto y Quinto, a los cuales denominó, *“De la Nulidad y Revocación de la Voluntad Anticipada”*, *“Del Cumplimiento de la Voluntad Anticipada”* y *“De la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada”*, respectivamente.
- El artículo 10 de la Ley señala que: *“En caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el Personal de Salud correspondiente y dos testigos en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la Secretaría...”*. Del texto del artículo parcialmente transcrito se desprende que la forma normal de realizar la voluntad anticipada es mediante su suscripción ante Notario Público y, por excepción, sólo cuando el enfermo terminal no pueda manifestar su voluntad ante dicho fedatario, podrá realizarlo a través del formato correspondiente ante el personal de salud.
- La situación comentada en el primer punto se intentó enmendar a través del Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada, en cuyo texto se establece el procedimiento a seguir en el caso de la suscripción del formato de voluntad anticipada, que también es definido por el propio Reglamento. Si el legislador hubiera querido que la suscripción del formato fuera la regla, habría normado

su otorgamiento desde el texto de la Ley. Más bien pareciera que quiso enmendar su falta de regulación en la Ley pues la mayoría de los artículos del Reglamento se refieren a la regulación del formato.

4.2.4.2.3.3.4.2. Obligaciones del Notario.

En este apartado analizaremos propiamente la actividad notarial en el marco de la Ley de Voluntad Anticipada. Para efectos prácticos, realizamos su estudio en lo que denominamos “Obligaciones del Notario”. Cabe advertir que no se trata propiamente de obligaciones en el sentido jurídico del vocablo, más bien, con dicho término quisimos referirnos a la actividad del mencionado fedatario y resaltar su importancia en el otorgamiento del documento de voluntad anticipada, como perito en materia jurídica y fedatario encargado de velar por el exacto cumplimiento de lo dispuesto por el ordenamiento legal en comento. De esta manera, a continuación señalamos diversas obligaciones a cargo del notario, mismas que deberá cumplir, principalmente, durante el otorgamiento del documento de voluntad anticipada. Para ello, seguimos el orden en que se presentan a lo largo del texto legal y de su reglamento, como se enuncian a continuación:

- Acreditar el Parentesco. El artículo séptimo de la Ley, que se encuentra dentro del Capítulo Segundo, “De los Requisitos del Documento de Voluntad Anticipada”, establece en su último párrafo que, para los efectos señalados en las fracciones III y IV del mismo artículo, el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar. Dichas fracciones se refieren a los supuestos en que los *familiares* del enfermo terminal pueden suscribir el citado documento, cuando éste se encuentre impedido para hacerlo por sí mismo, así como a los casos en que los padres o tutores pueden efectuar dicha suscripción, cuando el enfermo en etapa terminal sea menor o incapaz legalmente declarado. Respecto al concepto de *familiares* utilizado por la Ley, el artículo 19 del propio ordenamiento establece quiénes

se encuentran comprendidos dentro del mismo. De esta manera, el citado precepto establece:

“Artículo 19.- Podrán suscribir el Documento de Voluntad Anticipada en los términos establecidos por la fracción III del artículo 7 de la presente Ley, por orden subsecuente y a falta de:

I.- El o la cónyuge;

II.- El concubinario o la concubina; o el o la conviviente;

III.- Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados;

IV.- Los padres o adoptantes;

V.- Los nietos mayores de edad; y

VI.- Los hermanos mayores de edad o emancipados...”.

Respecto al artículo antes transcrito y recordando que la Ley, en el último párrafo del artículo 7, señala que para los efectos de las fracciones III y IV, el signatario deberá acreditar el parentesco a que haya lugar con el acta correspondiente, nos cuestionamos, ¿Cómo acreditarán el parentesco los concubinos y los convivientes? En el caso de los concubinos, es obvio que cuando hayan procreado hijos en común y éstos hayan sido reconocidos por ambos, se podría acreditar el citado parentesco con el acta de nacimiento correspondiente. Pero, ¿Qué pasaría si no han procreado hijos? Por lo que se refiere a los convivientes, si bien es cierto que no existe acta del registro civil que acredite la convivencia, también lo es que la Ley de la materia establece que la citada sociedad se constituye mediante la ratificación de un escrito presentado por los solicitantes ante la “autoridad registradora” y depositado en el Archivo General de Notarías, por lo que sí sería posible obtener constancia de la existencia de la citada sociedad en convivencia. Sin embargo, ¿Dicho documento podría hacer las veces del acta para acreditar el parentesco? Recordemos que nuestra legislación sólo reconoce como parentesco el de consanguinidad, el de afinidad y el civil (artículo 292 del Código Civil). El de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo

tronco común (artículo 293 del Código); el de afinidad es el que se da entre los cónyuges y concubinos y sus respectivos parientes consanguíneos (artículo 294 del Código); y el civil es el que nace de la adopción (artículo 295 del Código), por lo tanto, es claro que no existe parentesco entre los convivientes. No obstante los comentarios anteriores, la Ley de Voluntad Anticipada equipara a los convivientes con los concubinos y aún con los cónyuges, pero sólo para los efectos de la Ley en cuestión, por lo que consideramos que el documento en que se constituya la sociedad en convivencia sí podría ser utilizado para acreditar su existencia. Las demás fracciones del artículo 19 de la Ley no ameritan comentario especial al respecto.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley señala quiénes podrán suscribir el documento de voluntad anticipada, cuando el enfermo en etapa terminal sea menor o incapaz legalmente declarado. El texto del citado precepto es el siguiente:

“Artículo 20.- Podrán suscribir el Documento o Formato de Voluntad Anticipada en los términos establecidos por la fracción IV del artículo 7 de la presente Ley, por orden e importancia de prelación y a falta de y de manera subsecuente:

I.- Los padres o adoptantes;

II.- Los familiares o personas que ejerzan la patria potestad del menor; o

III.- Los hermanos mayores de edad o emancipados...”²¹¹

Este último precepto también amerita algunos comentarios. En primer lugar, el artículo 7 de la Ley señala que podrán suscribir el documento de voluntad anticipada, en el caso de los menores o incapaces, los padres o tutores. Sin embargo, el artículo 20 antes transcrito no hace referencia a los tutores. Tal vez fue una omisión del legislador, por lo que debería haberse

²¹¹ Los artículos 19 y 20 del Reglamento son de contenido idéntico a los comentados en este apartado, sólo que con referencia a la suscripción del Formato de Voluntad Anticipada, por lo que no haremos comentarios adicionales al respecto.

incluido en la fracción III al tutor, y la actual fracción III se convertiría en IV. Además, la tutela no genera ninguna clase de parentesco entre el tutor y el pupilo, por lo que la redacción del último párrafo del artículo 7 de la Ley, relativa a la acreditación del parentesco, podría adicionarse más o menos en los siguientes términos: “...Para los efectos de las fracciones III y IV del presente artículo el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar, **o bien, su calidad de tutor del enfermo en etapa terminal.**”

- Realizarse por escrito. Como apuntábamos al analizar la forma del acto jurídico de suscripción del documento de voluntad anticipada, éste debe realizarse por escrito. Así lo establecen las fracciones primera y segunda del artículo 8 de la Ley, que en su parte conducente dispone:

“Artículo 8.- El Documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

I.- Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante notario;

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

Así, al tratarse de un acto celebrado ante Notario, resulta evidente que su forma debe ser la escrita. La Ley del Notariado para el Distrito Federal²¹² regula dos tipos de instrumentos notariales: la escritura y el acta. En la primera se hacen constar los actos jurídicos y en la segunda los hechos jurídicos o materiales (artículos 100 y 125 de la Ley del Notariado, respectivamente).²¹³

²¹² En adelante, para efectos prácticos, al enunciar Ley del Notariado, nos referimos a la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

²¹³ “Artículo 100.- Escritura es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma.”

“Artículo 125.- Acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relaciona, para, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello.”

De esta manera, el otorgamiento del documento de voluntad anticipada, al ser un acto jurídico, según quedó asentado en apartados anteriores, deberá asentarse en una escritura pública. Asimismo, recordando lo analizado al comentar la definición que del documento de voluntad anticipada proporciona la Ley (fracción V del artículo tercero), apuntábamos que “...*consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada...*”. Si revisamos la fracción I del artículo 8 de la Ley arriba transcrito, señala que el documento de voluntad anticipada, además de suscribirse por escrito, debe realizarse “...*de manera personal, libre e inequívoca...*”. Dichas características ya quedaron explicadas al analizar la definición del documento de voluntad anticipada, sin embargo, ¿Por qué el legislador omitió algunos calificativos en el artículo 8? ¿Existirá alguna diferencia de fondo que haya tomado en cuenta para hacer dicha distinción o simplemente se trata de un error? Finalmente, por lo que se refiere a la fracción II del citado artículo 8 de la Ley, también es lógico que la manera de exteriorizar la voluntad del solicitante o suscriptor y dejar constancia de su otorgamiento, sea a través de la firma del mismo.²¹⁴ Lo anterior se corrobora por el artículo 100 de la Ley del Notariado (ver nota 55 en la página anterior) así como por el inciso e), fracción XX del artículo 102 de la misma Ley, que obliga al notario a hacer constar bajo su fe, que la o las personas que celebran un acto jurídico determinado han manifestado ante él su conformidad con el mismo, mediante su firma en la escritura o acta correspondiente.²¹⁵

²¹⁴ El artículo 27 de la Ley, en su segundo párrafo, también establece que si el solicitante está de acuerdo con el contenido del documento o el formato de voluntad anticipada, deberá firmarlo.

²¹⁵ “Artículo 102.- El Notario redactará las escrituras en español... y observará las reglas siguientes:

...XX.- Hará constar bajo su fe:

...e) Que quien o quienes otorgaron la escritura, mediante la manifestación de su conformidad, así como mediante su firma...”.

- Dar lectura en voz alta y asentar lugar, año, mes y día del otorgamiento. Conforme al artículo 22 de la Ley, en su primer párrafo, el Notario debe dar lectura en voz alta al documento de voluntad anticipada, para que el signatario manifieste si es su voluntad la que se encuentra plasmada en dicho documento.²¹⁶ Ello es reiterado por el artículo 27 de la propia Ley, que en su primer párrafo señala:

“Artículo 27.- El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario o a las personas facultadas para los efectos por la Secretaría según sea el caso, quienes redactarán por escrito las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente, sujetándose estrictamente a la voluntad del solicitante y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme.

Si lo estuviere, lo firmarán el solicitante, el Notario, los testigos y el intérprete, según el caso, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado...”:

De la lectura del precepto arriba transcrito, notamos inmediatamente que el legislador consideró el otorgamiento del documento de voluntad anticipada como un acto jurídico solemne o al menos intentó dotarlo de dicha solemnidad, pues como lo veremos a lo largo de este apartado, varias de sus disposiciones son una reproducción de diversos artículos del Código Civil, destinados a regular el testamento público abierto. Ello ocurre con el numeral en comento, pues el artículo 1512 del Código Civil, es de contenido idéntico al antes transcrito.²¹⁷ Por su parte, la Ley del Notariado, en su artículo 102, fracción XX, incisos b) y c), disponen, respectivamente, que el notario hará constar bajo su fe que hizo saber a los otorgantes el derecho que tienen de leer personalmente la escritura y de que su contenido les sea explicado por el

²¹⁶ El artículo 25 de la Ley es de contenido similar al artículo 22 aquí comentado, sólo que con referencia al Formato de voluntad anticipada.

²¹⁷ *“Artículo 1512.- El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido otorgado.”.*

notario, o bien que les fue leída la escritura a los otorgantes o que ellos mismos la leyeron y manifestaron todos y cada uno la comprensión plena del contenido del instrumento otorgado. Por lo que respecta a la fecha y hora del otorgamiento, la Ley del Notariado establece, respecto de las escrituras, que el Notario asentará el lugar y fecha de su otorgamiento, así como la hora, en los casos en que la Ley lo ordene, situación que ocurre con el Documento de Voluntad Anticipada (Artículo 102 fracciones I y II de la Ley del Notariado).

- Nombrar un intérprete. El artículo 22 de la Ley, en su párrafo segundo, señala que *“...Cuando el solicitante del Documento de Voluntad Anticipada ignore el idioma del país, el Notario deberá nombrar a costa del solicitante un intérprete que sea perito traductor, quien concurrirá al acto y explicará totalmente al solicitante los términos y condiciones en que se suscribe el Documento de Voluntad Anticipada.”*²¹⁸ Ello es reiterado por el artículo 33 de la propia Ley, que a la letra dice:

“Artículo 33. Cuando el solicitante ignore el idioma del país, si puede, manifestará su voluntad, que será traducida al español por el intérprete a que se refiere el artículo 22, párrafo segundo.

La traducción se transcribirá como Documento de Voluntad Anticipada y tanto el suscrito en el idioma original como el traducido, serán firmados por el solicitante, el intérprete y el Notario, integrándose como un solo documento.

*Si el solicitante no puede o no sabe leer, dictará en su idioma su voluntad, al intérprete; traducida ésta, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo.”*²¹⁹

²¹⁸ El artículo 1503 del Código Civil es de contenido idéntico al precepto anotado, sólo que relativo al testamento. Su contenido es el siguiente:

“Artículo 1503. Cuando el testador ignore el idioma del país, un intérprete nombrado por el mismo testador concurrirá al acto y firmará el testamento.”

²¹⁹ El artículo 22 del Reglamento establece lo propio, en relación al Formato de Voluntad Anticipada.

El artículo anterior es una reproducción del artículo 1,518 del Código Civil, sólo que éste último aplicable al testamento público abierto, salvo los párrafos segundo y cuarto del mismo precepto, que establecen, respectivamente, el procedimiento a seguir cuando el testador no sabe o no puede escribir, así como la autorización expresa para que el intérprete funja como testigo de conocimiento del testador.²²⁰ Sobre este punto es importante destacar que la Ley del Notariado ya contemplaba el supuesto en comento y lo regula expresamente en su artículo 107, que establece:

“Artículo 107.- Los comparecientes que no conozcan el idioma español o que declararan ante el notario que su conocimiento del mismo no es suficiente para discernir jurídicamente sus obligaciones, se asistirán por un intérprete nombrado por ellos; en este caso los demás comparecientes tendrán el mismo derecho. Los intérpretes deberán rendir ante el notario protesta de cumplir lealmente su cargo.”

De esta manera, lo señalado por la Ley de Voluntad Anticipada respecto a la intervención del intérprete sale sobrando, pues, como sucede en otros casos, aún cuando el ordenamiento de referencia no hubiera previsto nada al respecto, la propia Ley del Notariado debe aplicarse supletoriamente, según lo dispone el artículo 12 de su Reglamento.²²¹

²²⁰ **“Artículo 1518.** Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá su testamento, que será traducido al español por el intérprete a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará, en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete. Traducido éste, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo.

En este caso el intérprete podrá intervenir, además, como testigo de conocimiento.”

²²¹ **“Artículo 12.- El Documento de Voluntad Anticipada suscrito ante Notario, deberá contener las formalidades y requisitos que señala el Código Civil vigente para el Distrito Federal, la Ley del Notariado, la Ley, su Reglamento y la (así) demás disposiciones aplicables”.**

- Nombrar Testigos. El artículo 28²²² de la Ley de Voluntad Anticipada establece que en los casos señalados por los artículos del 29 al 33²²³, así como cuando el solicitante o el Notario lo requieran, deberán concurrir al otorgamiento del acto dos testigos, quienes firmarán el documento de voluntad anticipada. Al respecto nos preguntamos, fuera de los casos expresamente señalados por la Ley, ¿En qué otro caso el Notario podría exigir la comparecencia de los dos testigos que señala el artículo 28? Como no sea en lo relativo a asegurarse de la identidad de los otorgantes a través de dos testigos, como lo dispone el artículo 104 de la Ley del Notariado, el cual comentaremos en el siguiente punto, no creemos que exista otro caso en que se requieran los citados testigos. Así, los casos en que se requiere la comparecencia de dos testigos señalados por la propia Ley de Voluntad Anticipada, son los siguientes:
 - a) Cuando el otorgante no sepa o no pueda firmar. En este caso uno de los testigos firmará a ruego del solicitante, quien deberá imprimir su huella digital (artículo 29).
 - b) Cuando el solicitante sea enteramente sordo o mudo. Si el solicitante sabe leer, él mismo dará lectura al documento. Si no sabe leer o no puede hacerlo, designará una persona que lo haga por él (artículo 30). Por otra parte, si el solicitante es sordomudo pero conoce el lenguaje de las señas (artículo 31), el Notario deberá nombrar un intérprete a costa del solicitante, que sea perito traductor, en términos de lo establecido por el artículo 22 de la Ley, antes comentado.

²²² Por su parte, éste artículo es equivalente al 1,513 del Código Civil, pero éste último aplicable al testamento público abierto, con la sola excepción de que el precepto del Código señala expresamente que los dos testigos aquí señalados podrán intervenir en el acto también como testigos de conocimiento.

²²³ El artículo 33, sin embargo, que regula el supuesto en que el otorgante ignora el idioma del país (el cual ya comentamos en el punto anterior, no establece expresamente la necesidad de que al acto concurren los dos testigos mencionados.

- c) Cuando el solicitante sea ciego, o no sepa o no pueda leer. En este caso se dará lectura al Documento de Voluntad Anticipada dos veces, una por el Notario y otra por uno de los testigos u otra persona designada por el solicitante (artículo 32). Adicionalmente, el segundo párrafo del mismo artículo dispone que si el solicitante no puede o no sabe leer ni escribir, concurrirá al acto una persona que fungirá como intérprete, quien corroborará la voluntad del solicitante. ¿Por qué razón el legislador habrá considerado que cuando el solicitante sea ciego no necesita intérprete y en cambio, cuando no padece dicha discapacidad, sino simplemente no sabe o no puede leer, sí es necesario dicho intérprete?

Al respecto, los supuestos contenidos en los artículos antes comentados son una reproducción de los artículos 1,514, 1,516, 1,517 y 1,518, inclusive, del Código Civil, sólo que éstos aplicables al testamento público abierto.²²⁴

Por su parte, la Ley del Notariado, en su artículo 106, ya regulaba la manera de proceder en el caso de que alguno o algunos de los otorgantes de cualquier acto jurídico fuese sordo, en cuyo caso, si sabe leer, él mismo leerá la escritura; si no sabe o no puede leer, designará una persona que lo haga por él y le dé a conocer su contenido; y si fuese necesaria la intervención de un intérprete, éste deberá firmar la escritura y de ser posible acreditará su carácter como tal.

- Verificar la identidad de los otorgantes. Conforme al artículo 23 de la Ley, el Notario debe verificar la identidad del solicitante, además de asegurarse que

²²⁴“Artículo 1514.- Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital.”.

“Artículo 1516. El que fuere enteramente sordo; pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.”.

“Artículo 1517.- Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.”.

El artículo 1,518 ya fue comentado y transcrito en el punto anterior.

éste se encuentra en su cabal juicio y libre de coacción.²²⁵ Esta obligación del Notario no es exclusiva del documento de voluntad anticipada, ni tampoco se aplica únicamente al solicitante o suscriptor de dicho documento, pues según lo establece la Ley del Notariado, en su artículo 102, fracción XX, inciso a), el Notario hará constar bajo su fe *“Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad...”*. Esto es, el Notario está obligado a identificar a todos los otorgantes, sea el suscriptor o signatario (como los llama la Ley), el intérprete, testigos y toda aquella persona que por alguna razón comparezca ante él, a celebrar cualquier acto jurídico. Respecto a la forma de asegurarse de la identidad del solicitante o suscriptor y demás comparecientes, el artículo 104 de la Ley del Notariado establece tres formas de hacerlo: La primera es certificando en la escritura que conoce personalmente al o los otorgantes, bastando para ello que el Notario sepa su nombre y apellidos; la segunda es a través de algún documento de identificación oficial con fotografía que contenga el nombre y apellidos del otorgante; y la tercera es mediante una declaración de dos testigos “idóneos” (aunque la Ley del Notariado no señala en qué consiste esa idoneidad), mayores de edad, quienes a su vez deberán ser identificados por el Notario conforme alguno de los dos supuestos anteriores.²²⁶ Respecto a la obligación señalada por la Ley, en el sentido de que el Notario deberá asegurarse que el solicitante se encuentra en su cabal juicio (que tiene capacidad) y libre de coacción, el artículo 105 de la Ley del Notariado señala que bastará con que el Notario *“no observé en ellos --los*

²²⁵ Por lo que se refiere al Formato de Voluntad Anticipada, el artículo 15 del Reglamento, en su fracción II señala como una obligación del responsable de la unidad médica, la de verificar la identidad del enfermo en etapa terminal o suscriptor y demás participantes.

²²⁶ En este último caso, los testigos de identidad están obligados a asegurar la identidad y capacidad de los otorgantes. Deberán saber su nombre y apellidos y declararán que no han observado manifestaciones de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que se encuentren sujetos a incapacidad civil (para lo cual el Notario les explicará previamente en qué consisten dichas incapacidades).

otorgantes-- *manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil*". Sobre la coacción, creemos que el Notario no puede certificar que el compareciente celebra el acto libre de ella, pues partimos del supuesto de que quien comparece ante el Notario a celebrar cualquier acto, lo hace de manera voluntaria, y dicha figura operaría como causa de nulidad o anulabilidad del acto realizado, según veremos más adelante, lo que en todo caso requiere que el acto se haya celebrado con anterioridad y correspondería al interesado hacer valer ante la autoridad competente dicha causa de nulidad, por lo que cualquier certificación del Notario al respecto estaría de más.

- Otorgar el Documento de Voluntad Anticipada en un solo acto. En este caso, como en otros ya comentados, el legislador no hizo otra cosa que importar del Código Civil el contenido del artículo 1,519²²⁷, pero aplicado al Documento de Voluntad Anticipada. Así el artículo 34 dispone:

"Artículo 34. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del Documento de Voluntad Anticipada o el Formato correspondiente y el Notario o la persona facultada para los efectos, dará fe de haberse llenado aquéllas."

- Prohibición de insertar disposiciones testamentarias. Conforme al segundo párrafo del artículo 38 de la Ley, *"...No podrán por ninguna circunstancia establecerse o pretenderse hacer valer disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias de bienes, derechos u obligaciones diversos a los relativos a la Voluntad Anticipada en los documentos o formatos que regula la presente Ley."* La razón de lo anterior es simple. El único medio reconocido y aceptado por nuestra legislación, para que una persona pueda disponer libremente de su persona o de sus bienes, es la figura del testamento, en

²²⁷ "Artículo 1519. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas."

cualquiera de sus versiones, ya sea en los llamados testamentos ordinarios o bien en los testamentos especiales, todos regulados por nuestra legislación civil, por lo que cualquier disposición al respecto rebasaría los alcances de la Ley en comento.

- Notificar a la Coordinación Especializada. Una vez que se haya suscrito el Documento de Voluntad Anticipada en términos de Ley, el Notario deberá notificar a la Coordinación Especializada dicho otorgamiento (artículo 9). Sin embargo, la Ley no señaló el plazo ni la manera de realizar la citada notificación. Esta situación se corrigió a través del Reglamento, que en su artículo 7 señala que se tendrá por cumplida dicha obligación con el aviso electrónico que el Notario envíe a la Coordinación Especializada dentro de los tres días hábiles siguientes a su otorgamiento. Dicho aviso deberá contener, cuando menos, el nombre, fecha de nacimiento y nombres de los padres del solicitante o suscriptor.²²⁸ Por lo que se refiere al Formato de Voluntad Anticipada, el artículo 8 del Reglamento establece la obligación de dar el citado aviso a cargo del personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, en un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas.

Finalmente, una vez suscrito el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y notificado a la Coordinación Especializada, ésta lo hará del conocimiento del Ministerio Público para los efectos a que haya lugar, así como del personal de salud correspondiente para integrarlo, en su momento, al expediente clínico del enfermo terminal (artículo 11 de la Ley).

4.2.4.2.4. Nulidad del Documento de Voluntad Anticipada.

²²⁸ El artículo 121 de la Ley del Notariado impone una obligación similar a cargo del Notario, respecto de los testamentos que ante él se otorguen, debiendo dar aviso al Archivo General de Notarías del Distrito Federal dentro de los cinco días hábiles siguientes a su otorgamiento

Respecto a este tema, conocido en nuestra doctrina como Teoría de las Nulidades o Ineficacias, debemos señalar que existen diversas teorías que tratan de explicar su contenido y naturaleza. Así, por ejemplo, para la Teoría Clásica o Francesa (también conocida como Tripartita, por dividir precisamente en tres los grados de ineficacia), los actos jurídicos ineficaces pueden ser: Inexistentes, estar afectados de Nulidad Absoluta o bien afectados de Nulidad Relativa. Al respecto, los licenciados Fausto Rico y Patricio Garza señalan:

“Son actos inexistentes aquéllos que carecen de uno de los elementos calificados como esenciales para la constitución del acto... Faltando alguno de estos elementos, el acto nunca nace a la vida jurídica, es por lo tanto la nada... La nulidad absoluta, se presenta en aquellos actos que se ejecutan en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir cuando un acto lesiona intereses de orden público. La nulidad relativa es una medida de protección que la Ley establece a favor de personas determinadas.”²²⁹

Las características de cada una de estas figuras, son las siguientes:²³⁰

a) Inexistencia:

- No requiere de intervención judicial para declararla. En caso de juicio al respecto, el juez se limitaría a reconocerla.
- Cualquier persona puede prevalerse de ella.
- No es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción.

b) Nulidad Absoluta:

- No produce efectos jurídicos, por tanto, no es necesario ejercitar acción de nulidad. En caso de controversia, el juez se limitaría a reconocerla.
- Cualquier persona con interés jurídico en su reconocimiento puede prevalerse de ella.
- No es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción.

c) Nulidad Relativa:

²²⁹ RICO ALVAREZ, Fausto y Garza Bandala, Patricio, Op.Cit., pp. 591-592.

²³⁰ Ibid., pp. 592-593.

- Permite la producción de efectos jurídicos, por tanto, requiere sentencia judicial que la constituya para poder destruir dichos efectos.
- Sólo puede hacerse valer por las personas a favor de quienes la Ley prevé esta medida de protección.
- Puede convalidarse por confirmación o por prescripción.²³¹

Asimismo, encontramos también la Teoría de Bonnetcase o Bipartita, la cual únicamente distingue entre inexistencia u nulidad. Así, para este autor, la inexistencia atiende a los elementos orgánicos del acto, que pueden ser de orden psicológico (voluntad), o material (objeto y, en algunos casos, la solemnidad), por lo que en ausencia de alguno de dichos elementos, el acto sería inexistente. La nulidad, por su parte, atiende a elementos de validez, lo que implica que el acto cumple con los elementos orgánicos (existe), sin embargo, carece de algunos requisitos para ser plenamente válido.²³²

Por su parte, nuestro ordenamiento Civil regula los conceptos a que hemos hecho alusión, en sus artículos del 2224 al 2242, inclusive. De esta manera, nuestro Código reconoce la figura de la inexistencia, la cual se presenta por falta de consentimiento o de objeto materia del acto jurídico, y la misma no produce efecto legal alguno, no es susceptible de confirmación ni de prescripción y puede invocarse por cualquier interesado (artículo 2224). Por otro lado, la nulidad, ya sea absoluta o relativa, puede provenir de la licitud en el objeto, el fin o la condición, según lo disponga la Ley (artículo 2225). La nulidad absoluta produce provisionalmente los

²³¹ Los autores en comento señalan que “...la diferencia fundamental entre la inexistencia y la nulidad absoluta radica en su causa, ya que sus consecuencias son las mismas: la causa de la inexistencia es la falta de alguno de los elementos esenciales del acto, mientras que en la nulidad absoluta, es la contravención a una norma de interés público... lo característico de esta teoría... es que la clasificación que hace de la inexistencia y de las nulidades es completamente rígida y cerrada, pues por una parte pretende separar nítidamente la inexistencia de la nulidad por las causas que originan a una u otra figura, y por otra, contraponen los dos tipos de nulidades, ya que define a la nulidad relativa por exclusión, es decir, se le atribuyen todas las características opuestas a la nulidad absoluta...”. Ibid., pp. 593.

²³² Ibid., pp. 594.

efectos deseados (mismos que serán destruidos retroactivamente una vez declarada la nulidad), puede hacerse valer por cualquier interesado y no admite confirmación ni prescripción (artículo 2226). En cambio, la nulidad relativa se presenta cuando no se reúnen todos los requisitos señalados para la nulidad absoluta (artículo 2227). Esta nulidad (la relativa), proviene de la falta de forma establecida por la Ley (salvo el caso de actos solemnes, en cuyo caso, éstos serían inexistentes por falta de uno de los elementos esenciales del acto), así como del error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de las partes (artículo 2228). En el caso de la nulidad relativa por falta de forma, esta puede hacerse valer por todos los interesados (artículo 2229), mientras que este tipo de nulidad, cuando proviene del error, la violencia, lesión o incapacidad, sólo podrá hacerse valer por quien ha sufrido tales vicios, o sea incapaz (artículo 2230). Los artículos restantes regulan la manera en que pueden convalidarse o confirmarse los actos viciados de nulidad relativa, así como los plazos para hacer valer las acciones correspondientes, así como el procedimiento a seguir en caso de hacerse restitución de las prestaciones (artículos 2231 al 2242).

Respecto a la nulidad del Documento de Voluntad Anticipada, esta se encuentra regulada en el Capítulo Tercero de la Ley, así como por el artículo 30 de su Reglamento. Así, el artículo 36 de la Ley señala:

“Artículo 36. Es nulo el Documento de Voluntad Anticipada realizado bajo las siguientes circunstancias:

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

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

III. El captado por dolo o fraude;

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

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

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

La fracción primera del artículo transcrito se refiere a la forma, pues como lo establecimos en apartados anteriores, el Documento de Voluntad Anticipada debe otorgarse ante Notario en escritura pública (por tratarse de un acto jurídico), o bien, en el Formato autorizado para ello por la Secretaría de Salud, por lo que cualquier otra forma de otorgamiento está prohibida por la Ley. Igualmente, la fracción V del citado numeral también hace referencia a la forma, por lo que, según lo establecido en párrafos anteriores, la falta de dicho requisito acarrearía la nulidad relativa del Documento de Voluntad Anticipada (artículo 2228 del Código Civil), misma que podrá ser confirmada con posterioridad, a solicitud del interesado (artículos 2229, 2231 y 2232 del Código). No obstante lo anterior, el propio artículo 2228 del Código establece la excepción a la confirmación del acto por falta de forma, tratándose de actos solemnes.²³³ Al respecto, el artículo 37 de la Ley dispone que quien se encuentre en alguno de los supuestos previstos por el artículo 36 (causas de nulidad), podrá, al cesar dicha causa, **revalidar** el Documento o el Formato de Voluntad Anticipada, **con las mismas solemnidades** que si lo signara de nuevo, de lo contrario la revalidación será nula. En ese sentido, como lo establecimos en el apartado correspondiente, consideramos que el otorgamiento del Documento de Voluntad Anticipada es un acto solemne, lo cual es reiterado por el propio artículo 37 de la Ley, por lo que dicha revalidación es imposible, pues así lo dispone el numeral 2228 del Código Civil, por lo que en este caso el citado documento sería inexistente.

La fracción segunda del artículo en comento se refiere a la violencia, específicamente a la violencia moral (empleo de amenazas)²³⁴, por lo que conforme al propio artículo 228 del Código, el Documento de Voluntad Anticipada (o el Formato, en su caso) así otorgado, estaría viciado de nulidad relativa, la cual únicamente podrá hacerse valer por el directamente afectado por dicha nulidad

²³³ “Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, **si no se trata de actos solemnes...** produce la nulidad relativa del mismo.”.

²³⁴ Aunque según lo apuntado en el apartado respectivo, la violencia provoca miedo, que es el verdadero vicio de la voluntad.

(artículo 2230) y podrá confirmarse una vez que haya cesado dicha causa de nulidad y siempre que no exista alguna otra (artículo 2233). Respecto a la fracción tercera, relativa al dolo, posemos hacer las mismas observaciones: el acto así viciado produce la nulidad relativa del mismo, puede confirmarse al cesar dicha causa de nulidad y debe hacerse valer por quien haya sufrido el dolo. Respecto al fraude que menciona dicha fracción, creemos que la Ley es repetitiva, pues el dolo es en sí mismo una especie de fraude que consiste en las maquinaciones o artificios que inducen al error, sin embargo, consideramos indispensable que se elimine dicho vocablo del texto legal. La fracción IV amerita las mismas aseveraciones que en las dos fracciones anteriores, pues se refiere al error como vicio del consentimiento, por lo que no amerita mayores comentarios al respecto.

La fracción VI del artículo en cuestión está de más o bien, debería ser la única que contemplara el texto legal, pues al aplicarse de manera supletoria a la Ley el propio Código Civil, evidentemente los vicios del consentimiento señalados por éste serían aplicables al Documento de Voluntad Anticipada. Además, según quedó asentado en los párrafos precedentes, las fracciones comentadas del artículo 36 de la Ley ya establecen expresamente dichos vicios (falta de forma, violencia, dolo y error), faltando únicamente la mala fe.

El artículo 38 de la Ley, en su párrafo segundo, señala una prohibición expresa (a la cual ya hicimos comentarios en otro apartado), en el sentido que no podrán hacerse valer disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias dentro del Documento de Voluntad Anticipada. Al respecto consideramos que, de existir éste tipo de disposiciones dentro del documento de voluntad anticipada, éstas deberán tenerse por no puestas y el resto del contenido del documento será plenamente válido, siempre que cumpla con los demás requisitos señalados por la Ley. Además, el segundo párrafo del artículo en cuestión está fuera de lugar y debería contemplarse en un artículo aparte, pues el párrafo primero del citado numeral señala que el documento de voluntad anticipada podrá revocarse en cualquier tiempo, y por su parte, el artículo 39 de la Ley establece que en caso de existir dos o

más documentos de voluntad anticipada, será válido el último firmado por el otorgante, por lo que el contenido de ambas disposiciones bien podría contemplarse en un solo artículo.²³⁵

Por su parte, el artículo 30 del Reglamento es repetitivo, pues contiene las mismas causas de nulidad previstas por el artículo 36 de la Ley, con excepción de sus fracciones segunda (que señala la nulidad del acto cuando se realice con el ánimo de obtener un beneficio o provecho del enfermo en etapa terminal) y quinta (que establece la nulidad cuando se otorga la voluntad anticipada sin que esté presente un intérprete, cuando el enfermo no pueda expresar su voluntad, o ignore el idioma del país). Sin embargo, del texto de este precepto se desprende que dichas causas de nulidad se refieren únicamente al Formato de Voluntad Anticipada.

Finalmente debemos señalar que la Ley copió varias de las disposiciones relativas a la nulidad del documento de voluntad anticipada, del Código Civil, en lo referente a la nulidad del testamento, comprendido en los artículos del 1484 al 1498.

4.2.4.2.5. Comentarios Finales.

Para finalizar el presente trabajo, haremos referencia a la actividad del “Representante” en términos de la Ley de referencia, pues la persona que sea designada para ejercer esta función, será la encargada de vigilar el cumplimiento exacto y oportuno de las disposiciones del solicitante, contenidas ya en el Documento o ya en el Formato de Voluntad Anticipada.

- **Definición.** Pues bien, la Ley de Voluntad Anticipada no define qué o quién es el “representante”, lo cual consideramos un error, pues como adelantamos, la mayor parte de su actividad se encuentra regulada por la Ley. Esta situación se resolvió por el Reglamento, mismo que en su artículo segundo, fracción XII lo define como:

²³⁵ El artículo 1295 del Código Civil establece el carácter revocable del testamento.

“...la persona designada por el enfermo en etapa terminal o suscriptor para la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, le verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de los establecido en el mismo, la validez, la integración y notificación de los cambios que realicen los mismos...”.

Creemos que el término “representante” es inadecuado, pues como ya lo mencionamos en otro apartado, la representación es una figura jurídica merced a la cual, una persona puede celebrar actos jurídicos a nombre y por cuenta de otra, recayendo los efectos del acto celebrado directamente en la persona y/o los bienes del representado, como si él mismo los hubiera realizado. Y una de las condiciones para que la representación surta efectos consiste en la presunta capacidad de ejercicio del representado, ya que si éste fuese incapaz, no podría hablarse de representación sino de alguna otra figura jurídica como la procura o la asistencia, pero no representación. Ello ocurre en el caso de la Ley de Voluntad Anticipada en donde el “representante” va a actuar precisamente cuando el suscriptor del Documento o del Formato de Voluntad Anticipada ya no esté en posibilidades de obrar por sí mismo, debido a su estado de salud (enfermedad terminal).

De esta manera, el “representante” (en el caso de la Ley en cuestión), no actúa a nombre del suscriptor o solicitante, sino que se dedica a llevar a cabo las instrucciones dictadas por éste, ya en el Documento ó ya en el Formato de Voluntad Anticipada, por lo que se trata de un simple ejecutor, término que nos parece más adecuado para denominar la figura comentada.²³⁶

- Nombramiento. En principio, el “representante” debe ser nombrado por el propio signatario o suscriptor (artículo 8, fracción IV de la Ley, en el caso del

²³⁶ Algo similar ocurre en el caso del testamento, en donde el albacea no es el representante del De Cujus ni mucho menos de una persona moral llamada sucesión, sino más bien es el administrador de un patrimonio en liquidación, ejecutor de la voluntad del De Cujus, cuando haya sido designado en el testamento.

Documento de Voluntad Anticipada y artículo 16, fracción VI, en el caso del Formato). Sin embargo, tratándose de los enfermos en etapa terminal que no puedan manifestar por sí mismos su voluntad, o bien, en el caso de menores o incapaces legalmente declarados, el familiar o persona que suscriba el Documento o el Formato de Voluntad Anticipada fungirá a su vez como “representante”, para los efectos señalados en la Ley y su Reglamento (artículos 19 y 20, último párrafo, de la Ley, en el caso del Documento y artículo 21 del Reglamento, tratándose del Formato).

- Funciones. La actividad del “representante” se encuentra regulada, principalmente, en los artículos del 13 al 19 de la Ley, así como 25 y 26 del Reglamento. De esta manera, conforme al artículo 13 de la Ley, no pueden ejercer el cargo de “representante”: los menores de dieciséis años; los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio; los que no entiendan el idioma del enfermo terminal (salvo que se encuentre presente un intérprete); y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

El artículo 17 de la Ley establece las obligaciones del “representante”, mismas que ya fueron comentadas en otro apartado, por lo que únicamente transcribimos el artículo correspondiente:

“Artículo 17. Son obligaciones del representante:

I. La revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el signatario en el Documento de Voluntad Anticipada;

II. La verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento de Voluntad Anticipada;

III. La verificación, cuando tenga conocimiento por escrito, de la integración de los cambios y/o modificaciones que realice el signatario al Documento de Voluntad Anticipada;

IV. La defensa del Documento de Voluntad Anticipada, en juicio y fuera de él, así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del signatario y de la validez del mismo; y,

V. Las demás que le imponga la ley.”

Por su parte, el artículo 14 de la Ley dispone que el cargo de “representante” es gratuito, pero quien lo acepte se constituye en la obligación

de desempeñarlo y sólo podrá “excusarse” del ejercicio del mismo en los casos señalados por el artículo 16 de la Ley²³⁷, cuyo contenido es similar a lo que establece el artículo 511 del Código Civil, en el caso de la Tutela.²³⁸ Dichas excusas deberán presentarse al momento en que el “representante” tuvo noticia de su nombramiento. Al respecto, nos preguntamos ¿Cómo saber si el “representante” aceptó o no el cargo? El artículo 27 de la Ley, en su último párrafo, señala que el solicitante asistirá (a otorgar el Documento de Voluntad Anticipada ante Notario) preferentemente acompañado de quien vaya a designar como “representante”, a fin de asentar en el propio Documento la aceptación de su nombramiento. En este caso, está claro que no existe duda sobre si el “representante” aceptó o no el cargo. Sin embargo, ¿Qué pasaría en aquéllos casos en que el “representante” no concurre ante el Notario al momento de suscribir el Documento de Voluntad Anticipada? ¿Cómo deberá manifestar su aceptación el representante? ¿Podría existir la aceptación tácita? Finalmente, la fracción V del artículo 18 de la Ley señala, entre otras causas, que el cargo de “representante” concluye por excusa que el juez califique de legítima, por lo que nos cuestionamos, ¿Cuál sería el Juez competente para resolver dichas excusas? ¿Cuál es el plazo para hacerlas

²³⁷ “Artículo 16. Pueden excusarse de ser representantes:

- I. Los empleados y funcionarios públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente su representación;
- IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor no pueda realizar el cargo conferido; y
- V. Los que tengan a su cargo otra representación en los términos de la presente Ley.”

²³⁸ “Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

- I. Los servidores públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
- VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
- VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
- VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”.

valer? Al respecto, el artículo 513 del Código Civil, aplicable a la tutela, dispone que el tutor debe proponer sus impedimentos o excusas dentro del plazo fijado por el Código de Procedimientos Civiles²³⁹. ¿Podríamos aplicar supletoriamente dicha disposición?

Por último, no consideramos que el invocar las citadas excusas ante el juez sea una causa de terminación del cargo de “representante”, pues, siguiendo el criterio adoptado por el legislador, dichas excusas deben presentarse al momento en que el “representante” tuvo noticia de su nombramiento, por lo tanto ¿Cómo dar por terminado un cargo que nunca se aceptó?

- Término del cargo. Para finalizar los comentarios relativos al “representante”, además de la causa de terminación comentada en la parte final del punto anterior, el citado artículo 18 de la Ley contempla las siguientes:

“Artículo 18. Los cargos de representante concluyen:

I. Por el término natural del encargo;

II. Por muerte del representante;

III. Por muerte del representado;

IV. Por incapacidad legal, declarada en forma;

V. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal en el ámbito de sus atribuciones; y,

VI. Por revocación de sus nombramientos o remoción, hecha por el signatario para su realización.”.

²³⁹ “Artículo 906.- Todo tutor cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer su impedimento o excusas, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa.”

Respecto al artículo transcrito, podemos comentar lo siguiente. La fracción I señala que el cargo termina por “el término natural del encargo”, sin que en ningún artículo de la Ley ni de su Reglamento se establezca ¿qué debemos entender por ello? En nuestra opinión, el legislador se refería a la muerte del representado (suscriptor), sin que ello implique algún acto u omisión tendiente a conseguir dicho resultado, ya de manera activa o pasiva (eutanasia), sino a la muerte ocurrida de manera “natural”, permitiendo que ésta llegue a su tiempo, procurando en todo momento evitar el sufrimiento innecesario del enfermo terminal, según lo establecido por la Ley. De ser así, esta fracción no tendría razón de ser en virtud de que la fracción III del artículo comentado ya contempla la muerte del representado como causa de terminación del cargo. La fracción segunda no requiere mayor comentario al respecto, pues se refiere a la muerte del “representante”, por lo que resulta lógico que el cargo termine en ese momento. La fracción IV señala que el cargo termina por incapacidad legal declarada en forma, pero ¿Incapacidad de quién? ¿Del representante o del representado? Evidentemente debe ser del representante, puesto que éste va a actuar precisamente cuando el representado ya no pueda hacerlo por sí mismo. La fracción V no amerita más observaciones en virtud de que ya fue comentada en el punto anterior. Y por último, la fracción VI por supuesto termina con el cargo, pues el suscriptor del Documento o del Formato puede cambiar libremente el contenido de su declaración cuando y como le parezca, en términos de Ley.

CONCLUSIONES

En términos generales, la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal es un ordenamiento novedoso, resultado de la evolución de la Sociedad y del Derecho mismo, pues hasta hace algunos años, era casi imposible pensar que el legislador mexicano regulara la materia en cuestión, sobre todo, tomando en cuenta que nuestra Sociedad es demasiado tradicionalista y regularmente se muestra reticente a aceptar la introducción de figuras que, a su parecer, pueden poner en riesgo la seguridad del individuo. Así, la Ley en cuestión constituye un buen intento por regular una situación que puede presentarse en nuestra vida cotidiana, como lo es el padecer alguna enfermedad terminal sin esperanza alguna de recuperación y la posibilidad de señalar, de manera autónoma, la forma de obrar en esos supuestos, tanto de médicos como de familiares, en caso de ser necesario. Sin embargo, creemos que el alcance del ordenamiento estudiado se ve limitado en gran medida, debido a la falta de difusión que ha sufrido desde su publicación. Ello obedece quizá al temor, por parte de nuestros legisladores, de generar más polémica entre la población, pues aunque ya dejamos claro que la Ley no regula ni autoriza la eutanasia, siempre existe la posibilidad de que cada persona realice su interpretación subjetiva y matice a su interés el alcance de las disposiciones en ella contenidas, lo que provocaría aún más desconfianza en la aplicación del ordenamiento en cuestión.

De esta manera, a continuación señalamos algunas conclusiones sobre puntos específicos de nuestra investigación así como algunas reformas propuestas por nosotros a la Ley en estudio, tratando de perfeccionar o mejorar su contenido, en los términos siguientes:

- Ha quedado claro que la Ley en cuestión regula la aplicación de la Ortotanasia y no de la Eutanasia. La diferencia en cuanto a conceptos es radical, pues ésta última requiere la intervención de manera directa o indirecta de un individuo, con el propósito de provocar la muerte de alguna persona, so pretexto de evitar su sufrimiento. En cambio, la ortotanasia no tiene como

finalidad la muerte del enfermo, simplemente busca hacer el tránsito hacia la muerte de la manera menos penosa posible para éste, cuando no existe esperanza alguna de recuperación, proporcionándole la asistencia necesaria para ello, pero sin que de manera alguna exista la intervención de un tercero que provoque la muerte, ya sea de manera directa o indirecta.

- No obstante lo comentado en el punto anterior, hemos de señalar que la diferencia entre la Eutanasia y la Ortotanasia, como lo señalamos, es radical únicamente en el plano teórico, pues en la práctica resultaría muy difícil distinguir entre ambos conceptos, al menos entre la ortotanasia y la eutanasia pasiva, pues en ambos casos, el resultado final invariablemente será la muerte del enfermo terminal, según quedó asentado en el cuerpo del presente trabajo.
- Como lo señalamos en el apartado correspondiente, la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila de Zaragoza (correlativa de la que estamos comentando) prevé en su artículo 21º que cuando el “autor” (suscriptor, en el caso de la del Distrito Federal) sea una mujer embarazada y bajo ese estado devengue en una enfermedad terminal, se aplicará el contenido del “Documento de Disposiciones Previas” (Documento o Formato de Voluntad Anticipada, en nuestro caso), pero velando ante todo por el bienestar del “ser” en gestación. Esta situación podría agregarse al texto de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, en el apartado correspondiente.
- Consideramos necesario reformar las fracciones I y II del artículo 7 de la Ley, uniéndolas en una sola fracción, la cual quedaría redactada más o menos en los términos siguientes: *“Artículo 7º.- El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo: I.- Cualquier persona con capacidad de ejercicio, padezca o no una enfermedad terminal, por sí o por conducto de las personas autorizadas en términos de la presente Ley...”*. Lo anterior en virtud de que, según lo expresamos en el apartado correspondiente, concretamente en el

numeral 4.2.4.2.3.1., del texto actual del citado artículo pareciera desprenderse que sólo las personas que no padecen una enfermedad terminal requieren contar con dicha capacidad. Otra opción sería eliminar toda alusión en el texto legal a la citada “capacidad de ejercicio”, pues resulta evidente que para que una persona pueda obrar por sí misma, requiere necesariamente contar con dicha capacidad. Esta es la regla general y las excepciones las encontramos reguladas en el cuerpo de la propia Ley (fracciones III y IV de la Ley, donde se establecen las personas que podrán suscribir el citado documento, cuando no pueda hacerlo por sí el propio suscriptor o solicitante, debido a que éste se encuentre imposibilitado para manifestar por sí mismo su voluntad o bien por tratarse de un incapaz legalmente declarado.

- Relacionado con el punto anterior, creemos conveniente reformar la fracción I del artículo 8 de la Ley, suprimiendo el requisito que señala que el documento de voluntad anticipada deberá realizarse por escrito, de manera “personal”, en virtud de que, según lo dejamos acreditado, no se trata de un acto personalísimo, pues la propia Ley prevé situaciones en las que se puede suscribir por medio de otras personas que suplan la voluntad del solicitante (fracciones III y IV del artículo 7 antes señalado).
- Es necesario integrar dentro del texto legal los conceptos de “signatario”, “suscriptor” y “solicitante” (los cuales se incluyeron en el Reglamento de la Ley), así como dar mayor exactitud a dichos conceptos. Ello en virtud de que a lo largo tanto del texto legal como de su Reglamento, se utilizan, en ocasiones, de manera indistinta, amén de que la regulación de los mismos en dicho Reglamento, se refiere únicamente al “formato de voluntad anticipada”, según lo señalamos en el apartado correspondiente.
- Respecto a la intervención del Notario en el otorgamiento del Documento de Voluntad Anticipada, creemos que ello era lo más conveniente, pues el Notario brinda la certeza y seguridad jurídica que el acto requiere, considerando que la

vida es el “bien” máspreciado que puede poseer una persona. De esta manera, sostenemos que la regla en la suscripción del citado documento, en términos de Ley, es su otorgamiento ante Notario y, como excepción, se podrá suscribir dicho documento (a través del formato correspondiente), sólo cuando no sea posible su otorgamiento en ante el citado fedatario público, según lo expresamos con anterioridad.

- Asimismo, sostenemos que la suscripción del documento de voluntad anticipada (ante Notario) es un acto solemne debido, principalmente, a la manera en que su otorgamiento es tratado por la Ley. Por ello, el supuesto previsto por el artículo 37 de la Ley (que establece que quien se encuentre en alguno de los casos previstos por el artículo 36 del ordenamiento comentado (causas de nulidad), podrá, al cesar dicha causa de nulidad, revalidar el documento o formato de voluntad anticipada, con las mismas solemnidades que si lo signara de nuevo), debe ser suprimido del texto legal. Lo anterior debido a que, según lo señalamos en su oportunidad, el propio artículo 2228 del Código Civil (de aplicación supletoria a la Ley en cuestión) establece como improcedente la confirmación de un acto jurídico por falta de forma, tratándose de actos solemnes.
- Consideramos necesario reformar el artículo 27 de la Ley, en la parte que dispone que al momento de otorgar el documento de voluntad anticipada ante Notario, el suscriptor deberá asistir al acto “preferentemente” acompañado de quien habrá de designar como representante. Debe eliminarse la palabra “preferentemente” de dicho numeral y así obligar a que la persona que suscriba el documento ante Notario, lo haga en presencia de quien se encargará de realizar y ejecutar las disposiciones previstas en él, a efecto de que se asiente en el instrumento público que al efecto se levante el consentimiento y aceptación del representante para desempeñar las funciones designadas. Asimismo, la Ley debería prever la posibilidad de designar representantes sustitutos o sucesivos, para el caso de que, si al momento de

tener que ejecutar las disposiciones del documento, quien haya sido nombrado como representante no pudiera hacerlo, entrarían a desempeñar dichas funciones él ó los representantes sustitutos, en los términos especificados en el propio documento, o bien, incluso prever la posibilidad de que un funcionario designado por la propia “Coordinación Especializada” se encargue de supervisar y realizar que se cumpla con lo dispuesto por el suscriptor en su documento de voluntad anticipada, debido a que en cualquier caso, quien haga las veces de representante no podrá ir más allá de los límites señalados por el suscriptor al momento de otorgar dicho documento.

- Además, el término “representante” usado por la Ley para designar a la persona que habrá de velar por el cumplimiento exacto y oportuno de lo previsto en el Documento de Voluntad Anticipada, nos parece inadecuado, debido a que, según lo expusimos en el apartado correspondiente, no existe ningún tipo de representación en este caso, pues dicho “representante” actuará precisamente cuando el suscriptor ya no pueda manifestar su voluntad por sí mismo, y sus funciones se limitarán únicamente a “ejecutar” lo previsto por el suscriptor en el documento de referencia, no pudiendo obrar más allá de dichos límites, por lo cual, el término “ejecutor” nos parece más adecuado para designarlo.
- Finalmente, y sin demeritar el buen intento del legislador por regular una institución novedosa en nuestro derecho positivo, consideramos pertinente señalar que los supuestos previstos por la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, podrían haberse cubierto aplicando las disposiciones del Código Civil en materia de Tutela Cautelar, sin necesidad de crear todo un nuevo ordenamiento legal. Sin embargo, lo cierto es que el ordenamiento en cuestión existe y permanece vigente, por lo que las opiniones vertidas a lo largo de nuestra investigación no pretenden criticar o hacer notar alguna deficiencia legislativa, sino externar nuestra más humilde opinión sobre el tema en cuestión, tratando de aportar nuevas ideas con el propósito de

intentar mejorar la aplicación de Ley comento, pues consideramos que ésta, como toda obra humana, es perfectible.

• BIBLIOGRAFÍA

1. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, Fundamentos del Derecho Notarial, 2ª Ed., México, Editorial Sista, 1990, 792 pp.
2. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, Fundamentos del Derecho Notarial (Teoría, Jurisprudencia y otras disposiciones legales), 2ª Ed., México, Editorial Sista, 2003, 727 pp.
3. BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 20ª Ed., México Porrúa, 2006, 731 pp.
4. CANO VALLE, Fernando, et al (Coordinador), Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos., 1ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 330 pp.
5. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 43ª Ed., México, Porrúa, 2002, 365 pp.
6. CARRAL Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, 12ª Ed., México, Porrúa, 1993, 270 pp.
7. DE PABLO SERNA, Carlos, El contrato, un negocio jurídico, Breviario número 15, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009.
8. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 9 ed., México, Porrúa, 2003, 702 pp.
9. FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 46ª Ed., México, Porrúa, 2007, 506 pp.
10. GARCIA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc, Historia del Derecho Notarial: Con especial referencia al estado de Guerrero, México, Trillas, 2000, 164 pp.
11. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 53ª Ed., México, Porrúa, 2002, 444 pp.
12. GARCIA VILLEGAS, Eduardo, La tutela de la propia incapacidad. Su regulación legal integral, Breviario número 30, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2006, 103 pp.
13. JIMENEZ DE ASUA, Luis, Libertad de Amar y Derecho a Morir, 7ª Ed., Argentina, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1984, 438 pp.
14. JUANATEY DORADO, Carmen, Derecho, Suicidio y Eutanasia, Madrid, España, Ministerio de justicia Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1994, 415 pp.
15. KEOWN, John (Compilador), La Eutanasia Examinada. Perspectivas Éticas, Clínicas y Legales, Traducción de Esteban Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 448 pp.

16. LOPEZ JUAREZ, Ponciano, Los elementos de identidad del notariado de tipo latino, Breviario número 3, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001, 63 pp.
17. LOZANO MOLINA, Tomás, Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada, Breviario número 44, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, 46 pp.
18. MARCOS DEL CANO, Ana María, La Eutanasia. Estudio Filosófico-Jurídico, Barcelona, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999, 358 pp.
19. MARTINEZ PICHARDO, José, Lineamientos para la Investigación Jurídica, 7ª Ed., México, Porrúa, 2003, 285 pp.
20. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, 15ª Ed., México, Porrúa, 2007, 445 pp.
21. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, El notariado mexicano en el siglo XIX, Breviario número 16, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2002, 37 pp.
22. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Representación, Poder y Mandato. Prestación de Servicios Profesionales y su Ética, 12ª Ed., México, Porrúa, 2005, 227 pp.
23. PEREZ VALERA, Víctor M., Eutanasia ¿Piedad? ¿Delito?, México, Editorial Limusa, 2003, 326 pp.
24. RICO ALVAREZ, Fausto y Patricio Garza Bandala, Teoría General de las Obligaciones, México, Porrúa, 2005, 617 pp.
25. RICO ALVAREZ, Fausto et al, De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2007, 401 pp.
26. RICO ALVAREZ, Fausto et al, Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas, México, Porrúa, 2009, 365 pp.
27. RIOS HELLIG, Jorge, La Práctica del Derecho Notarial, 5ª Ed., México, McGraw Hill Interamericana Editores, 2002, 479 pp.
28. RIOS HELLIG, Jorge, Los Principios Éticos Notariales en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, Breviario número 6, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2001, 46 pp.
29. RIVERA FERBER, Octavio et al, La Responsabilidad Civil del Notario, en *"Commemoración del cincuentenario del examen de oposición como único medio de acceso al notariado en el Distrito Federal"*, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 1996, 280 pp.
30. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia, México, Porrúa, 2005, 540 pp.

31. SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, Derecho y Eutanasia, Buenos Aires, La Ley, 2005, 352 pp.
32. SOTELO SALGADO, Cipriano, La Legalización de la Eutanasia, México, Cárdenas Velazco editores, 2004, 405 pp.
33. URRACA MARTINEZ, Salvador, et al, Eutanasia Hoy. Un debate abierto., Madrid, España, Editorial Noesis, 1996, 495 pp.

PUBLICACIONES PERIODICAS

1. GARCIA VILLEGAS, Eduardo, "Ley de Voluntad Anticipada", en Revista Mexicana de Derecho, número 10, México, 2008, pp. 135-158.
2. MEDINA, Graciela, ¿Prolongar la vida o prolongar la agonía? La eutanasia en el Derecho Argentino, en Revista Latinoamericana de Derecho, año III, número 6, julio-diciembre de 2006, pp. 263-294.
3. REVISTA MEXICANA DE DERECHO, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Porrúa, anual, México, Distrito Federal.

DICCIONARIOS

1. ALONSO, Martín, Diccionario de sinónimos explicados, Madrid, España, EDAF.
2. DE PINA, Rafael y Rafael De Pina Vara, Diccionario de derecho, 31ª Ed., México, Porrúa, 2003, 525 pp.
3. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª Ed., Real Academia Española.

LEYES Y REGLAMENTOS

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
2. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
3. LEY PROTECTORA DE LA DIGNIDAD DEL ENFERMO TERMINAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA.
4. LEY DE SALUD PARA EL DISTRITO FEDERAL.
5. LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES.
6. LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.
7. LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

8. REGLAMENTO DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

1. Bula Inter Caetera de Donación del Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos. 3 de mayo de 1493.
<http://www.cervantesvirtual.com/historia/colon/doc11.shtml>
http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1493_528/Primera_Bula_Inter_caetera_de_donacion_del_Papa_Al_443.shtml
2. CARPIZO, Jorge y Diego Valadés, Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia.
<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2530/2.pdf>
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
<http://www.un.org/es/documento/udhr/>
4. Encuesta: ¿La eutanasia en México debe ser?
<http://www.selecciones.com.mx/context/22977/1/>
5. La jornada: Eutanasia. Jueves 8 de Febrero de 2007.
<http://www.jornada.unam.mx/2007/02/08/index.php?section=sociedades&article=043n1soc>
6. <http://www.caballerosdecolon.org.mx/?q=node/173>
7. <http://myopera.com/Spook81/blog/2007/04/23/aborto-y-eutanasia-en-m>
8. http://buscon.rae.es/drae/srultConsulta?Tipo_BUS=3&LEMA=Fe
9. <http://www.colegiodenotariosdeldistritofederal.org.mx>
10. <http://www.scjn.gob.mx>
11. <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>