

MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD: UN PASO DE LA BIOÉTICA AL DERECHO

Ingrid BRENA SESMA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *Contenido de las manifestaciones anticipadas de voluntad.* III. *Reconocimiento jurídico de las manifestaciones anticipadas de voluntad.* IV. *Manifestaciones anticipadas de voluntad ¿un negocio jurídico?* V. *Acto jurídico.* VI. *Efectos de las manifestaciones anticipadas de voluntad.* VII. *Alcances de las manifestaciones anticipadas de voluntad.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Dentro de la mesa “El derecho a la autodeterminación física” de este Congreso Internacional sobre Derecho y Salud, nos referiremos al derecho del paciente a manifestar su voluntad sobre los tratamientos médicos que admitiría le fueran proporcionados y cuáles no para el caso de que se encuentre en una situación que le impida expresar sus deseos en forma directa.

El reconocimiento de este derecho partió de una lucha contra el paternalismo en la relación médico-paciente, característico de la medicina occidental desde los escritos hipocráticos, justificado por la confianza personal y la competencia profesional del médico para tomar decisiones ante la situación de vulnerabilidad en que se encontraba el paciente y que lo convertían en un ser dependiente.

El médico empleaba todos sus conocimientos en beneficio del paciente, ya fuera para mitigar su dolor, curar su enfermedad o salvarle la vida; a cambio, el paciente desempeñaba un comportamiento pasivo, limitado

* Coordinadora del Núcleo de Estudios en Salud y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

a cumplir las órdenes del médico sin cuestionamiento alguno. Ambas partes de la relación combatían enemigos comunes, la enfermedad, el dolor y la muerte.

Sin embargo, la práctica médica en grandes hospitales, la alta tecnología y, en algunos casos, la mercantilización de la práctica médica han ocasionado un alejamiento en la interacción entre médico y paciente. Como resultado, en no pocas situaciones, el anterior binomio médico-paciente se ha transformado en una contienda entre ambas partes de la relación.

Por un lado, el paciente deja de percibirse como un simple destinatario de una decisión ajena, y se resiste a ser tratado como objeto sin derecho a expresar su voluntad. La antes parte pasiva de la relación se ha transformado para convertirse en el agente que toma los controles y es capaz de elegir sus tratamientos médicos, conciente, además, de que esta libertad significa también la aceptación de la responsabilidad de sus decisiones. Por el otro, el médico se encuentra sujeto al deber ético y jurídico de procurar el mayor beneficio para el paciente, y espera ser respetado como un perito, en ejercicio de sus conocimientos y experiencias.

En estas circunstancias, los derechos de los pacientes se ven confrontados con los derechos de los profesionales de la salud. La relación médico-paciente se convierte en una relación de recelo en la que los participantes se vigilan unos a otros.¹ Las decisiones sobre cuáles son los tratamientos que el médico debe de seguir se encuentran inmersas en esta confrontación: ¿a quién corresponde tomar las decisiones? ¿al médico? o al paciente?, ¿qué ocurre cuando el paciente es incompetente para expresar su voluntad o para tomar decisiones? Para estas situaciones de carácter a veces transitorio o a veces permanente ¿existen medios que permitan conocer cuál es la voluntad del paciente, aunque expresada en forma anticipada?, ¿podrá la persona nombrar a alguien que lo represente en la toma de decisiones?, la voluntad expresada en forma anticipada ¿podrá generar consecuencias jurídicas? y en caso afirmativo, ¿cuáles serán éstas?

La investigación que se presenta pretende responder aquéllas y otras preguntas al considerar a las manifestaciones anticipadas de voluntad como un claro ejemplo de una necesidad real del paciente de intervenir, a través de su autonomía, en el proceso médico-paciente. Esta necesidad ha sido objeto de estudio de la reflexión bioética, la cual hemos comenta-

¹ García Ramírez, Sergio, *La responsabilidad penal del médico*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 12.

do en un estudio anterior, pero ahora pretendemos demostrar que, además, las expresiones de voluntad anticipada deben tener una sanción jurídica.

II. CONTENIDO DE LAS MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD

Empecemos por perfilar el contenido de las llamadas manifestaciones anticipadas de voluntad, también conocidas con distintas denominaciones, tales como directivas avanzadas,² *living will*,³ *health care proxy*, autotutela y voluntades anticipadas o instrucciones previas, con algunas variantes entre ellas. Todos estos documentos son alternativas para que una persona capaz, de manera libre, establezca por escrito sus deseos acerca de los cuidados médicos que desea se le apliquen y cuáles rechaza o, en su caso, designe a cierta persona para que tome decisiones por ella, en el supuesto de que le sobrevenga alguna enfermedad terminal o estado en el que no tenga capacidad para manifestar su voluntad, ya sea en forma transitoria, por efectos de medicamentos o trastornos de salud, o de manera permanente cualquiera que sea la causa.

Las manifestaciones anticipadas de voluntad son, desde hace tiempo, conocidas y aceptadas socialmente, e incluso mencionadas en importantes declaraciones internacionales, como el Convenio para la Protección

² En 1976 apareció en California, Estados Unidos, una ley sobre la muerte natural que creó una figura denominada “advance directives”. Estas son instrucciones orales y/o escritas en las cuales una persona con capacidad suficiente y de manera libre, expresa su voluntad acerca de los futuros cuidados médicos que acepta le sean aplicados llegado el caso de que se encuentre en una situación tal, que carezca de capacidad para tomar decisiones. Las directivas adelantadas orales se basan en las conversaciones entre una persona y sus familiares o amigos, acerca de los cuidados médicos que acepta le sean aplicados o no en situaciones futuras. Muchos Estados de la Unión Americana rechazan estas manifestaciones, entre otras causas porque, se argumenta, son instrucciones generales, poco precisas o imposibles de probar. Además, se ignora si el paciente tenía suficiente información y capacidad para tomar una decisión. Las directivas adelantadas escritas, operan desde dos alternativas: *living will* o *health care proxy*.

³ *Living will* o su traducción “testamento vital”, término que ha sido criticado pues no es precisamente un testamento, el cual surte efectos hasta la muerte del testador, es utilizado como una denominación común para las manifestaciones anticipadas o previstas. Las instrucciones de un testamento vital son usualmente una petición de que, llegado el caso, no se prolongue la vida de un enfermo cuando no exista una perspectiva de salvar la vida o las condiciones de ésta sean muy precarias. En todo caso, las peticiones no pueden romper con el principio de la atención médica ni violar derechos reconocidos a los pacientes.

de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, del Consejo de Europa, de 1997,⁴ en códigos deontológicos y de ética, así como en la legislación interna de numerosos Estados.

En nuestro país son mencionadas en la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes,⁵ en la Carta de los Derechos Generales de los Médicos,⁶ en el Código de Bioética para el Personal de Salud,⁷ y en el Código de Conducta para el Personal de Salud,⁸ pero no en la legislación.⁹

⁴ El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, de 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor el 1o. de diciembre de 1999, refuerza el principio de autonomía. Nadie puede ser forzado a someterse a una intervención o tratamiento sin su consentimiento, y en cualquier momento, la persona afectada podrá retirarlo libremente y “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentra en situación de expresar su voluntad”.

⁵ “Carta de los Derechos Generales de los Pacientes en México” (elaborada por un grupo coordinado por la Conamed), *La Revista Médica del IMSS*, vol. 40, núm. 6, diciembre de 2002, pp. 523-529.

⁶ “Carta de los Derechos Generales de los Médicos en México” (elaborada por un grupo coordinado por la Conamed), *La Revista Médica del IMSS*, vol. 41, núm. 6, septiembre de 2003, pp. 503-508. El personal debe revisar y actualizar las indicaciones verbales y por escrito con el paciente, referentes a sus decisiones anticipadas de mantenimiento del tratamiento de sostén en terapia intensiva y elección de sus representantes para que apoyen su decisión.

⁷ Punto 19, del capítulo III, del Código de Bioética para el Personal de Salud, editado por la Comisión Nacional de Bioética: “El enfermo como centro de interés de la Bioética”, “Respetar y acatar la voluntad anticipada del paciente, quien en cualquier momento de su vida, puede expresar por escrito su deseo de evitar cuando las condiciones no le permitan tomar decisiones o expresarlas, se les apliquen medidas extraordinarias por su alta complejidad o desproporcionadas en relación con los resultados esperados, con las que se intente prolongarle la vida, si no existen probabilidades razonables de regresar a una vida física, psicológica o socialmente aceptable”.

⁸ El punto 29 de los estándares de trato profesional del Código de Conducta para el Personal de Salud (México, 2002) expresa: “El enfermo, en cualquier momento de su vida, puede expresar por escrito su voluntad anticipada para evitar que si sus condiciones no le permitan tomar decisiones o expresarlas, se le apliquen medidas extraordinarias por su alta complejidad o desproporcionadas en relación con los resultados esperados con las que se intente prolongarle la vida si no existen probabilidades razonables de regresar a una vida física, psicológica o socialmente aceptables”.

⁹ Actualmente existen algunas iniciativas de ley que han sido revisadas por las cámaras, pero ninguna se ha aprobado.

III. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD

Esta falta de legislación en nuestro país nos ha llevado a pensar en la necesidad de otorgar a tales manifestaciones, una sanción jurídica a pesar de que no exista una norma específica que las regule. Desde luego, antes de revestir a la manifestación anticipada de voluntad de juridicidad, el orden jurídico debe valorar su función práctica. Si el derecho no le reconociera a tales manifestaciones ninguna relevancia, éstas serían ignoradas y quedarían desprovistas de sanción jurídica. Podría ser, en cambio, que el derecho considerara su función como socialmente trascendente y digna de tutela, y entonces reconociera a la manifestación anticipada y la tomara bajo su protección. Una tercera opción podría ser que los propósitos de tales declaraciones fueran considerados reprobables, y entonces el orden jurídico las combatiera haciéndolas jurídicamente reprobables e imponiéndoles una sanción.

La aceptación social de tales manifestaciones y su reconocimiento por declaraciones internacionales y derechos internos de otros países nos permiten afirmar que nos encontraríamos en el segundo supuesto; es decir, que el derecho ha reconocido ya la función de las manifestaciones anticipadas como trascendentes y dignas de tutela, y, por lo tanto, susceptibles de ser protegidas. Si esto ha ocurrido en numerosos ordenes jurídicos, la analogía nos podría inducir a pensar que nuestro país también pudiera reconocer la juridicidad a las manifestaciones anticipadas de voluntad, aun a falta de normatividad expresa, pues se trata, como analizaremos en seguida, de un acto, o, con más precisión, de un negocio jurídico, por ahora innominado.

IV. MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD ¿UN NEGOCIO JURÍDICO?

En nuestro derecho positivo no se establece una distinción entre los actos y los negocios jurídicos,¹⁰ ha sido la doctrina la que reconoce esta distinción fundamental.¹¹ Martínez Domínguez y Quintanilla precisan que

¹⁰ El Código Civil Federal se refiere exclusivamente a los actos jurídicos en general.

¹¹ En el acto jurídico la voluntad se limita a la realización del acto, y la producción de consecuencias son las previstas por la ley sin que el autor pueda agregar modalidades o renunciaciones. Domínguez Martínez, Alfredo, *Derecho civil. Parte general: personas, cosas*

los negocios jurídicos nacen de la autonomía privada y del reconocimiento jurídico que la ley brinda a esa autonomía.¹² Según Alfredo Domínguez, “En uso de su autonomía una persona tiene la facultad para crear actos o negocios no regulados por la ley, como acontece con los contratos llamados innominados o atípicos cuyos límites no son más que la licitud”.¹³ Creemos que este razonamiento puede aplicarse a las manifestaciones anticipadas, pues, son expresiones de autonomía con intención de generar vínculos jurídicos entre los particulares, las cuales, aunque no están reguladas por la ley, son susceptibles de producir efectos jurídicos y caen en el supuesto del artículo 1858 del Código Civil Federal, el cual expresa: “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismo”.

Nuestro siguiente ejercicio será aplicar a las manifestaciones anticipadas las disposiciones legales sobre los actos jurídicos.

V. ACTO JURÍDICO

1. *Acto jurídico unilateral*

Un acto jurídico es unilateral cuando sólo genera obligaciones para una de las partes, y esto ocurre cuando la manifestación anticipada de voluntad se ha expresado. Desde el momento de la emisión, con las formalidades requeridas, la manifestación de voluntad tiene en el mundo social un valor autónomo, objetivamente reconocible y con efectos para el declarante. Se puede afirmar que tal manifestación tiene una función constitutiva, puesto que después de manifestada la voluntad el declarante se responsabiliza de su expresión, en tanto no la revoque o modifique. La exigencia de que los demás respeten la autonomía de quien la expresó es

y *acto jurídico*, México, Porrúa, 1998, p. 505. En cambio, Raúl Ortiz Urquidí ha escrito: “en el negocio, la voluntad interviene en dos momentos; tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias jurídicas”. Quintanilla García, Miguel Ángel, *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., México, Cárdenas Uribe Distribuidor, 1993, pp. 22 y 23.

¹² *Idem.*

¹³ Domínguez Martínez, Alfredo, *op. cit.*, nota 11, pp. 507 y 508.

al mismo tiempo correlativa de la aceptación por parte del emisor de las consecuencias que se generen.

En este sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005, ha reconocido tanto el respeto a la autonomía como la responsabilidad de quienes toman decisiones: “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de las demás”.

2. Acto jurídico bilateral

Como una variante, en algunas manifestaciones anticipadas, la persona puede designar a un representante, o, como actualmente se les denomina con más precisión, un gestor médico, para que sea éste quien vigile el acatamiento de su voluntad, siga sus instrucciones o tome por sí las decisiones. Este nombramiento ya no es simplemente un acto unilateral de voluntad, puesto que existe una bilateralidad desde el momento en que el gestor médico acepta el nombramiento y con ello las obligaciones que de éste deriven.

El personal médico a quien la declaración va dirigida puede no estar aún determinado, por lo tanto, no existe aún relación jurídica con él.

3. Contrato

En el momento en que se cumpla el supuesto de que la persona se encuentre incapacitada para manifestar su voluntad y deba ser sometida a procedimientos médicos, los profesionales que la atiendan manifestarán tácita o expresamente su aceptación de la voluntad expresada. En caso afirmativo, tales profesionales estarán comprometidos a respetar tal voluntad, y la inicial declaración unilateral se transformará en un acuerdo de voluntades para producir consecuencias de derecho, es decir, en un contrato. Este convenio indicará la conducta que el personal médico deberá seguir, según los deseos del paciente, pero con los límites o prohibiciones preestablecidos por la ley y las circunstancias que cada caso presente.

4. *Elementos de existencia del acto*

A. *Expresión de la voluntad*

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina refuerza el principio de autonomía, el cual transforma al paciente en partícipe de las decisiones médicas que le atañen, tomando en cuenta sus intereses directos, pues, en definitiva, son los pacientes quienes soportan los costos económicos, físicos o psicológicos resultantes de la actuación médica.¹⁴ Las decisiones pueden ser tomadas en forma directa si el paciente tiene la capacidad para hacerlo, o en forma anticipada para el caso de que la persona llegue a encontrarse en condiciones de no poder expresarse por ella misma.

En uno u otro caso, la autonomía de las personas no debe reconocerse en forma irrestricta, por el contrario, se deben respetar los límites que imponga el ordenamiento jurídico en un lugar y tiempo determinado, puesto que éste protege otros intereses jurídicos también valiosos. El posible daño al propio paciente o a terceros también marcaría límites a los alcances de la autonomía. En resumen, se pretende lograr el equilibrio entre autonomía privada, los derechos de terceros y orden público general.¹⁵ La fórmula lograda en el artículo 60. del Código Civil Federal resulta muy clara: “La voluntad de los particulares no puede eximir de las observaciones de la ley ni alterarla, ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”.

B. *Objeto*

Para el autor de la manifestación anticipada de voluntad, el objeto del negocio es su compromiso de aceptar los procedimientos médicos que

¹⁴ Carrillo Fabela, Luz María Reina, *La responsabilidad profesional del médico en México*, 5a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 195.

¹⁵ El derecho no puede prestar su apoyo a la autonomía privada para la consecución de cualquier fin que ésta se proponga. Antes de revestir al negocio con su propia sanción el orden jurídico valora la función práctica que caracteriza su tipo y lo trata en consecuencia. Cuando el orden jurídico no reviste al negocio con su tutela, como en los casos de actos relacionados con la vida privada sin sentido social, no se tiene un negocio jurídico, sino un acto jurídicamente intrascendente o un acto jurídico ilícito.

describió o la negativa a los que rechazó, a partir del momento en que no pueda manifestar directamente su voluntad.

Para el gestor médico, el objeto consiste en su obligación de hacer respetar la voluntad del autor o tomar decisiones en su nombre.

Para el personal médico, el objeto es hacer o no hacer, es decir, de practicar ciertos procedimientos médicos o dejar de aplicarlos en las situaciones previstas por el autor. Pero este personal se encuentra doblemente obligado por un lado, el carácter contractual de la relación médico paciente implica el surgimiento de derechos y obligaciones entre las partes, tanto explícitas como implícitas o tácitas,¹⁶ y, por el otro, también está obligado con los deberes médicos derivados de la ley y del imperativo profesional que constituye un auténtico deber de importancia general frente al público.¹⁷

Este imperativo profesional del ejercicio de la medicina está reflejado en todo un régimen técnico-jurídico que posee la más alta importancia, el cual marca la *lex artis* conformada con los numerosos documentos internacionales éticos y jurídicos existentes, además de los preceptos en las legislaciones nacionales.

Los Derechos del Paciente (redactados por la asamblea de la Asociación Médica Mundial, aprobada en 1981, en Lisboa) expresan: “Dado que las dificultades de índole práctica, ética o legal que pueden surgir, un médico debe siempre actuar de acuerdo con su conciencia y en el mejor interés del paciente”.¹⁸ Asimismo, la Asociación Médica Mundial declara, en 1983, en Venecia: “El deber del médico es curar y, cuando sea posible, aliviar el sufrimiento y actuar para proteger los intereses de sus pacientes”.¹⁹

En México, la Carta General de los Derechos de los Pacientes²⁰ y la Carta los Derechos Generales de los Médicos se refieren a los deberes

¹⁶ Sergio García Ramírez ha expresado: “Las leyes relativas al tratamiento médico poseen una doble función, protegen al individuo y a la sociedad al tiempo que reafirman los valores fundamentales de la colectividad”. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, p. 12.

¹⁷ Comisión de Réforme du Droit Criminal, Ottawa, 1980, p. 9. *Ibidem*, p. 95.

¹⁸ Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, de la Asamblea de la Asociación Médica Mundial, aprobada en septiembre de 1981, en Lisboa, Portugal.

¹⁹ Declaración de Venecia sobre la Enfermedad Terminal, de la Asamblea de Asociación Médica Mundial, aprobada en octubre de 1983, en Venecia, Italia.

²⁰ Apesar de que estas cartas no tienen fuerza vinculante por sí mismas, sus disposiciones incluyen los fundamentos legales contemplados en los diferentes ordenamientos jurídicos relacionados con la materia de derechos de los pacientes y de los médicos.

éticos de los médicos. La primera menciona el derecho de las personas a recibir atención médica adecuada;²¹ a decidir libremente sobre su atención,²² y a otorgar o no consentimiento válidamente informado.²³ Por su parte, en la Carta de los Derechos Generales de los Médicos se reconoce el derecho de los médicos a ejercer la profesión en forma libre y sin presiones de cualquier naturaleza; a que se respete su juicio clínico —diagnóstico y terapéutico— y su libertad prescrita, así como su probable decisión de declinar la atención de algún paciente, siempre que tales aspectos se sustenten sobre bases éticas, científicas y normativas.²⁴

En cuanto a la legislación interna de nuestro país, la Ley General de Salud, en el artículo 103, limita la actuación del médico a “la posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento de un paciente”; el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica señala que se entiende por atención médica “el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger y promover y restaurar la salud...”. La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.²⁵ Por otra parte, el artículo 51 enuncia el derecho de los usuarios a “recibir atención profesional y ética-

²¹ Artículos 51 y 89 de la Ley General de Salud, y 21 y 28 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos.

²² Artículo 80 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos y NOM 168SSA1-1998 del Expediente clínico, numerales 4.2 y 10.11.

²³ Fracción IV del artículo 100, 320 y 321 de la Ley General de Salud, y artículos 80 y 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos.

²⁴ Respecto a los estándares de trato profesional, el médico: a) aplicará el conocimiento científico, técnico y humanístico vigente y comúnmente aceptado en la atención de la salud en forma debida, oportuna y experta; b) se apegará a las indicaciones precisas y rigurosas de los procedimientos auxiliares de diagnóstico y tratamiento; c) defenderá la vida, la salud, la economía, los intereses y la dignidad de la persona; d) cuando el paciente pida a su médico que decida por él, éste tiene la obligación moral de hacerlo conforme a su leal entender y proceder; e) sólo cuando no encuentre un familiar responsable en los casos de incapacidad temporal o permanente de un paciente y su vida está en peligro, la función o la integridad corporal, el médico deberá tomar la decisión de actuar, solicitando la opinión de otro médico y anotando la justificación de su acción con el expediente clínico. Se enfatiza que el médico es un profesional de la ciencia y conciencia que no puede ser reducido a un mero instrumento de la voluntad del paciente, ya que, al igual que éste, es una persona libre y responsable con un singular acervo de valores que norman su vida.

²⁵ Artículo 90. del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos.

mente responsable de los profesionales, técnicos y auxiliares”.²⁶ Estas normas son el presupuesto de la actuación médica, lo cual significa que aun con la autorización de los pacientes incurriría en responsabilidad al aplicar un tratamiento que no tenga fundadas posibilidades de eficiencia y que prolongue cruelmente la vida de un ser humano.

5. *Requisitos de validez*

A. *Licitud en el objeto*

El objeto de todo contrato debe ser posible y lícito, de manera que las acciones o abstenciones previstas en la manifestación anticipada deben de reunir estas características. Serán posibles los objetos cuando vayan de acuerdo con las leyes de la naturaleza —sería excesivo llevar este respeto hasta el extremo de vincular al médico con decisiones absurdas e inadmisibles técnica o éticamente—,²⁷ y lícitas cuando no contraríen el orden jurídico.²⁸ El contenido de las manifestaciones anticipadas de voluntad no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público y cuando la renuncia no afecte derechos de terceros.²⁹

Los límites en cuanto al objeto para que pueda ser considerado lícito, ya han sido comentados ampliamente en el inciso anterior.

²⁶ El artículo 19, fracción I, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos, expresa: “corresponde a los responsables de los establecimientos de atención médica, asegurar el cabal cumplimiento de la ley y las demás disposiciones aplicables”.

²⁷ El 14 de noviembre de 2002 se promulgó en España la Ley Básica de la Autonomía de Pacientes y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. La Ley española que se comenta, tampoco considera como definitiva la expresión de la voluntad de las personas. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos: cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización o no se encuentren presentes sus familiares o las personas vinculadas a él de hecho. Es obvio el criterio de beneficencia subyacente en esta norma.

²⁸ La Ley 21/2000 Cataluña, Ley de Derechos de Información Concerniente a la Salud y a la Autonomía del Paciente y Documentación Clínica, deja ver en claro que “no se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica médica”.

²⁹ Artículo 60. del Código Civil Federal.

B. *Capacidad de las partes*

La persona que pretenda redactar una manifestación anticipada de voluntad deberá, al momento de elaborarla, ser mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales. Pero esa capacidad legal no es suficiente para sustentar la legitimidad de la manifestación, es imprescindible que el sujeto tenga la comprensión de los alcances de su decisión. Desde la reflexión bioética, el doctor Fernando Lolas ha expresado que lo que se juzga de la autonomía es el grado de intencionalidad de los actos, la comprensión que de ellos tiene el agente y la ausencia de coerción o limitaciones.³⁰ Lo anterior significa que la persona debe tener capacidad para analizar la información y para comprender los alcances y significado de las decisiones, de nada sirve recibir la información si no se tiene capacidad para procesarla y entenderla y, por último, la persona debe tener un equilibrio interno aceptable, el cual supone, entre otros, no encontrarse con trastornos depresivos o bajo sentimientos de culpa o inferioridad tan graves que impidan una toma de decisión saludable. En términos jurídicos mencionaríamos la voluntad exenta de vicios, como se explicará en el siguiente inciso.

En el caso de que la persona nombre a su gestor médico, éste también deberá contar con capacidad jurídica de ejercicio, y, en el caso de que se cumplan las condiciones para que la manifestación surta efectos, el personal médico que atienda a la persona también deberá estar en pleno goce de su capacidad jurídica.

C. *Ausencia de vicios de la voluntad*

Para que la manifestación de voluntad de una persona capaz constituya un acto válido, es necesario que ésta no esté viciada por error o violencia.

Error es la creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad, o bien una falsa e incompleta consideración de ésta. El error se puede producir de una manera casual sin la intervención de otra voluntad que le induzca al error o cuando es provocado por otro sujeto.³¹ En este segundo caso, ese sujeto podría actuar con mala fe, si trata de disimular el error o utilizar maquinaciones tendientes a mantener el

³⁰ Lolas Stepke, Fernando, *El diálogo moral en las ciencias de la vida*, 2a. ed., Santiago de Chile, Mediterráneo, 2001, pp. 64 y 65.

³¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 12a. ed., México, Porrúa, 1998, vol. 1, p. 329.

error.³² Hay errores tan graves que pueden ocasionar la nulidad absoluta del acto, y otros, en cambio, que carecen de trascendencia en la vida misma del acto y pueden causar nulidad relativa y, por tanto, pueden ser convalidados.

Violencia es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, patrimonial, moral o pecuniario y que impide que la persona pueda expresar libremente su voluntad.

Aplicar estos parámetros a las voluntades anticipadas, implicaría la necesidad de que la persona esté correctamente informada respecto a cuáles son las enfermedades o los estados de salud precarios que le impedirían, en algún momento determinado, manifestar su voluntad, así como de las alternativas médicas, sus alcances y riesgos.

La información completa evita malos entendidos y posibles situaciones conflictivas, por ello, los médicos serán los responsables de dar la información verídica y actual, ya que una desinformación o información incorrecta, fuera de mala o buena fe, viciaría la voluntad expresada. Si, además, el error fuera grave implicaría que la manifestación adelantada de voluntad fuera afectada de nulidad absoluta y, por lo tanto, no produciría efecto alguno.

Si los deseos fueron expresados mucho tiempo atrás por el autor, es probable que éste no haya tomado en cuenta los avances de la ciencia y, por lo tanto, no existe una concordancia entre la voluntad expresada y la realidad. Esta situación colocaría al médico ante el dilema: ¿debe respetar o no la voluntad expresada aun cuando ésta no está actualizada? Creemos que, en todo caso, el médico deberá tratar de seguir la directriz marcada por el paciente.³³

También viciaría la voluntad su obtención bajo el ejercicio de violencia o cualquier coerción externa contra el paciente, ya fuera de fuente médica o proveniente del entorno familiar y social.

D. Formalidades

La falta de una regulación jurídica expresa en nuestro país trae, como consecuencia inmediata, la indeterminación de la forma en que la volun-

³² O, aún peor, actuar con dolo, definido por el Código Civil como “la sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”.

³³ Para evitar estas situaciones es recomendable que las manifestaciones anticipadas tengan una vigencia más o menos corta, dos años, por ejemplo.

tad anticipada debe manifestarse. No obstante, esa exteriorización es necesaria para que la voluntad sea conocida y acatada por los demás.

La experiencia en otros países indica la preferencia por una forma escrita³⁴ tanto para la manifestación como para su eventual revocación, aunque, en casos de urgencia, se permite la oral.³⁵ Algunos países optan por la presencia ante notarios, quienes, por sus conocimientos, están capacitados para verificar la capacidad mental del otorgante y la ausencia de vicios del consentimiento.³⁶ En otros más, o en circunstancias especiales, se permite la declaración ante personal médico carente de fe pública,³⁷ en estos casos se hace recomendable la presencia de testigos.

VI. EFECTOS DE LAS MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD

Cumplidos los elementos de existencia y los requisitos de validez estamos en condiciones de afirmar que una voluntad anticipada es válida, pero

³⁴ Reglamento de Instrucciones Previas y su Registro de la Región de Murcia, España, en Decreto núm. 80/2005, del 8 de julio. Ley 7/2002, del 12 de diciembre, de las Voluntades Anticipadas en el Ámbito de la Sanidad, aprobada por el Parlamento Vasco.

³⁵ La Ley 1243, de 1993, de Maryland, Estados Unidos de Norteamérica, expresa: "Cualquier individuo capaz, puede emitir una directiva anticipada oral para autorizar la provisión, rechazo o retiro de cualquier procedimiento de sostén de vida, o para designar un agente para tomar decisiones sanitarias por el declarante. Esta directiva habrá de tener los mismos efectos de la escrita si es formulada en presencia del médico interviniente y un testigo, y documentada como parte de la ficha clínica del individuo. Tal documentación deberá ser fechada y firmada por el médico y testigo" (artículos 50.-602).

³⁶ Tanto en el Reglamento de Murcia como en la Ley del País Vasco, el documento en donde consten las voluntades anticipadas puede ser redactado a elección de las personas: a) ante notario, b) ante funcionario o empleado encargado de un registro especial, o c) ante tres testigos.

³⁷ La Ley de Florida de 1992 expresa: "Un testamento vital puede ser formado por el interesado en presencia de dos testigos firmantes, uno de los cuales no será ni el cónyuge ni un pariente consanguíneo del interesado. Si el interesado es físicamente inepto para firmar el testamento vital, uno de los testigos debe suscribirlo a nombre de aquél, en su presencia y bajo su dirección" (artículo 40.).

La Ley española núm. 41/ 2002, del 14 de noviembre de 2002, sobre los Derechos de Información concerniente a la Salud y a la Autonomía del Paciente y Documentación Clínica expresa que: "...para que la voluntad anticipada tenga validez deberá ser confirmada ante notario o bien ante tres testigos, dos de los cuales no han de tener parentesco o relación patrimonial con el paciente y también hará falta entregarlo al centro sanitario donde la persona deba ser atendida para incorporarlo a su historial clínico".

¿en qué momento ésta surte sus efectos? La respuesta es categórica, cuando el autor o autora carezcan de la facultad de manifestar su voluntad, por encontrarse bajo los efectos de medicamentos; en un estado de salud tal que no pueda manifestar su voluntad, ya sea de una manera transitoria, de la cual se puede recuperar, o de una permanente cualquiera que sea la causa.

Respecto a este especial estado de incompetencia, surge una duda: ¿se encuentra la persona en un estado de incapacidad jurídica de obrar?; si la respuesta fuera afirmativa, sería necesario seguir un juicio para declarar su interdicción y el nombramiento de un tutor, ambos procedimientos judiciales largos al término de los cuales probablemente las voluntadas anticipadas fueran ya inoperantes. Si la respuesta es que no se encuentra en estado de incapacidad jurídica, podríamos plantear el estado de incapacidad transitorio que una persona puede padecer derivado de su precario estado de salud o bajo los efectos de medicamentos, el cual no amerita una declaración de interdicción, ya porque se trata de una situación temporal, o porque se trata de un enfermo terminal.

Parte de la doctrina jurídica de nuestro país³⁸ acepta que, además de la capacidad de goce y la legal de ejercicio, existe la denominada incapacidad natural, reconocida por algunos códigos de nuestro país,³⁹ pero no desarrollada ni separada de la incapacidad legal,⁴⁰ de manera que no se puede fijar un concepto legal de la misma. Como consecuencia, la locura transitoria, la embriaguez, un estado precario de salud y aquellas situaciones que en un momento dado no permitan al sujeto tener el control de la voluntad, no están previstas en los códigos civiles.⁴¹

Sin embargo, otras leyes de nuestro país sí aluden a esos especiales casos, por ejemplo, la Ley del Notariado establece en sus artículos 35 y 64 que el notario podrá hacer constar bajo su fe que los otorgantes, de un instrumento ante él, tienen capacidad, si desconocen que estuvieran sujetos a incapacidad civil —interdicción y no observan manifestaciones de incapacidad natural, embriaguez, hipnotismo, etcétera—. ⁴² Por otra parte,

³⁸ Domínguez Martínez, Alfredo, *op. cit.*, nota 11, pp. 187 y ss.; y Quintanilla García, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 11, pp. 73 y ss.

³⁹ Como es el caso del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴⁰ “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda...”, artículo 449 del Código Civil Federal y “tienen incapacidad natural y legal...”, artículo 450 del mismo Código.

⁴¹ Domínguez Martínez, Alfredo, *op. cit.*, nota 11, p. 190.

⁴² *Idem.*

el artículo 77 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica expresa: “Será involuntario el ingreso a los hospitales, cuando por encontrarse el enfermo impedido para solicitarlo por sí mismo, por incapacidad transitoria o permanente, sea solicitado por un familiar...”, y el artículo 81 del mismo ordenamiento: “En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior —autorización de ingreso— será suscrito por el familiar mas cercano...”.

Las situaciones planteadas por la Ley del Notariado o por el Reglamento de la Ley General de Salud tienen como denominador común el reconocimiento de situaciones de falta de control de la voluntad de las personas que les impide querer y entender lo que hacen,⁴³ pero con un carácter transitorio. Esta incapacidad también mencionada en el campo del derecho penal equivale a la incapacidad de entender o de querer, produciendo un estado psíquico —si bien transitorio— que disminuye o paraliza la aptitud para comprender el valor del acto que se realiza.⁴⁴

La persona que se encuentra en estas condiciones obviamente cuenta con capacidad de goce y no se encuentra en un estado de incapacidad de ejercicio, puesto que para caer en ella se requeriría una declaración judicial del estado de interdicción del sujeto; situación que desde luego podría plantearse si ese estado de incapacidad natural se continuase por un periodo más prolongado, a efectos de nombrarle un tutor.

Sólo hasta que la persona no pueda querer y entender lo que hace actuarán las personas designadas como gestores médicos, en cumplimiento de la voluntad del autor como sus representantes. Recordemos que las representaciones convencionales como el mandato terminan cuando la persona es declarada incapaz, pero en el caso del gestor médico la representación es válida, pues la persona representada no se encuentra incapacitada jurídicamente.

Sin embargo, como expresa Miguel Ángel Quintanilla, el riesgo de aceptar esta incapacidad natural de goce se fundamenta en la dificultad y el rigor de la prueba.⁴⁵ En los casos de un estado de salud deteriorada en alto grado o bajo los efectos de un medicamento, se recomienda una es-

⁴³ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁴ Quintanilla García, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 11, pp. 73 y 74.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 76.

tricta observación por especialistas autorizados para constatar el estado de imposibilidad del sujeto para autogobernarse, en vías de que las manifestaciones anticipadas de voluntad comiencen a surtir sus efectos.

VII. ALCANCES DE LAS MANIFESTACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD

El contenido de las manifestaciones anticipadas de voluntad debe ser acatado por el personal médico, quienes están obligados en los términos de la declaración. Sin embargo, los códigos de conducta y el régimen jurídico sobre la buena práctica médica podrían limitar los alcances de esos documentos.

También deben tomarse en cuenta las circunstancias especiales de cada caso para determinar los alcances de las manifestaciones anticipadas de voluntad.⁴⁶ Ante una urgencia, el médico podría actuar de inmediato sin esperar el consentimiento del paciente o, en su caso, de su representante legal. La necesidad de una rápida intervención sería la medida para la actuación médica, por tanto, las intervenciones cuyo aplazamiento sea aceptable se excluyen de este supuesto.

En España, la Ley Básica de la Autonomía de Pacientes y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica⁴⁷ autoriza a los facultativos a llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con el consentimiento de éstos, en casos de riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización o la de familiares o las personas vinculadas a él, o cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la ley.

Estos son ejemplos de las posibles limitaciones a las voluntades expresadas en forma anticipada con el propósito de proteger al paciente siguiendo el principio de beneficencia, pero también a la salud de la población. Por otra parte, el médico debe ser reconocido y respetado como el perito

⁴⁶ Artículo 8o. del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina expresa: “Cuando debido a una situación de urgencia no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la persona afectada”.

⁴⁷ Ley Básica de la Autonomía de Pacientes y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, del 14 de noviembre de 2002.

en la materia, capaz de tomar las decisiones correctas en el mayor interés del paciente, y en algunos casos, como en epidemias, el de la colectividad.

En todo caso, si cualquiera de estas circunstancias se presentara y los familiares del paciente no estuvieren presentes o no se pusieran de acuerdo, y el médico considerara inadecuado acatar una manifestación anticipada y tomara una decisión contraria, deberá justificar su actuación. En estos casos y cuando la situación del enfermo lo permita, debe abrirse la posibilidad de que el médico acuda al comité de bioética del centro hospitalario para que lo auxilien en la toma de decisiones razonadas.

VIII. CONCLUSIONES

Las manifestaciones anticipadas de voluntad han transformado, junto con el consentimiento informado, la relación médico-paciente. Desde luego, estas expresiones de la autonomía del paciente no implican un injustificado descargo de responsabilidad por parte de los médicos.⁴⁸ El consentimiento informado y la especial manifestación anticipada de voluntad se instituyeron no para proteger al médico de un procedimiento judicial, sino para proteger a los enfermos y darles oportunidad de intervenir en el proceso médico.

La reflexión bioética ha aportado los dos principales principios que rigen la relación médico-paciente. El principio de beneficencia que en el caso de la medicina se traduce “en buscar el bien del paciente que sufre, sea quien fuere y en cualquier circunstancia”,⁴⁹ se ha tenido que compaginar con el de autonomía, en el cual el paciente se transforma en el agente que toma los controles y elige. Los dos principios parecieran oponerse, pero no podemos olvidar que su interpretación y aplicación depende de los factores externos que circunscriban cada caso concreto, además de las prescripciones legales que regulan la relación médico-paciente que van desde las obligaciones derivadas de la relación contractual entre ambos, hasta los deberes derivados de las disposiciones legales que regulan la práctica médica.

⁴⁸ Calo, Emmanuele, *Bioética: nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, La Rocca, 2000, p. 112.

⁴⁹ Lolas Stekpe, Fernando, *Mas allá del cuerpo. La construcción narrativa de la salud*, Chile, Editorial Andrés Bello, 1997, p. 22.

Actualmente son numerosos los documentos internacionales que se refieren a las manifestaciones anticipadas de voluntad y las legislaciones extranjeras que las regulan. El desafío actual del derecho mexicano consiste en proponer una respuesta más o menos inmediata a esta necesidad de regular a las voluntades anticipadas, pero, en tanto se legisla de manera específica, en vista de la función social que esta práctica representa y por cumplir con todos los elementos de existencia y requisitos de validez de un negocio jurídico, consideramos que no existe impedimento alguno para que las manifestaciones anticipadas de voluntad puedan ser reconocidas como tales con las consecuencias jurídicas que tal reconocimiento implica.

Las manifestaciones anticipadas de voluntad son un claro ejemplo de cómo la reflexión bioética ha nutrido y debe nutrir los cambios legislativos en aras de brindar a la población una tutela a sus derechos fundamentales, tales como la salud y el respeto a la expresión de la voluntad de las personas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", trad. de Martín Pérez, *Revista de Derecho Privado*, España, 1959.
- CALO, Emmanuele, *Bioética: nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, La Rocca, 2000.
- CARRILLO FABELA, Luz María Reina, *La responsabilidad profesional del médico en México*, 5a. ed., México, Porrúa, 2005.
- COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA, *Código de Bioética para el Personal de Salud*, Comisión Nacional de Bioética, 2002.
- , *Código de Conducta para el Personal de Salud*, Comisión Nacional de Bioética, 2002.
- CONAMED, "Carta de los Derechos Generales de los Pacientes en México", *La Revista Médica del IMSS*, México, vol. 40, núm. 6, diciembre de 2002.
- , "Carta de los Derechos Generales de los Médicos en México", *La Revista Médica del IMSS*, México, vol. 41, núm. 6, septiembre de 2003.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, *Derecho civil. Parte general: personas, cosas y acto jurídico*, México, Porrúa, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La responsabilidad penal del médico*, México, Porrúa-UNAM, 2001.

- GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 12a. ed., México, Porrúa, 1998, vol. 1.
- LOLAS STEPKE, Fernando, *El diálogo moral en las ciencias de la vida*, 2a. ed., Santiago de Chile, Mediterráneo, 2001.
- , *Mas allá del cuerpo. La construcción narrativa de la salud*, Chile, Editorial Andrés Bello, 1997.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 1987.
- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., México, Cárdenas Uribe Distribuidor, 1993.