

I. Enunciación preliminar . . . . .	197
II. Disposiciones para la propia incapacidad y eutanasia . . . . .	197
III. La necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad . . . . .	211
IV. Iniciativas mexicanas concernientes a disposiciones para la propia incapacidad . . . . .	214
1. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo 312 del Código Penal Federal; se adiciona la fracción V al artículo 1501 y un capítulo IX al Título Tercero del Código Civil Federal y se crea la Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal . . . . .	214
A. Propuesta de reformas al Código Civil Federal, y la Ley General de Derechos de las Personas en Estado Terminal . . . . .	216
B. Derecho a la información . . . . .	222
C. Derecho a recibir tratamientos paliativos . . . . .	223
D. Derecho a la terminación voluntaria de la vida . . . . .	225
E. Comités de bioética . . . . .	225
2. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 312 del Código Penal Federal y se crea la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo . . . . .	227
V. Disposiciones concernientes a la vida y la salud . . . . .	231
1. Críticas a las disposiciones anticipadas para el cuidado de la salud . . . . .	235
2. Contenido de disposiciones previas a la propia incapacidad sobre la información, la salud, los cuidados médicos, la muerte y posteriores . . . . .	238
VI. Tutela voluntaria . . . . .	238
VII. Mandato en previsión de la propia incapacidad . . . . .	240
VIII. Hipoteca inversa . . . . .	244
IX. Registro de disposiciones anticipadas; de poderes para la propia incapacidad, y de autotutela . . . . .	247
X. Disposiciones para la propia incapacidad y derechos de la personalidad. . . . .	250

## CAPÍTULO CUARTO

### LA REGULACIÓN INTEGRAL DE LAS DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD EN MÉXICO

#### I. ENUNCIACIÓN PRELIMINAR

En este capítulo enunciaremos nuestras propuestas que implican los siguientes aspectos:

- 1) Disposiciones concernientes a la vida y la salud, donaciones y trasplantes.
- 2) Acotaciones a la tutela voluntaria.
- 3) Mandato en previsión de la propia incapacidad.
- 4) Hipoteca inversa.

#### II. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD Y EUTANASIA

Al dar inicio a este capítulo, consideramos necesario expresar nuestra posición más clara en el sentido de que no nos manifestaremos ni a favor ni en contra de la eutanasia. Su inclusión en esta investigación obedece a que se trata de un tema de indudable actualidad que involucra a los derechos fundamentales, y que ocupará un lugar en las mesas de debate en muy diversos ámbitos y bajo diversas disciplinas, dado el incremento en la expectativa de vida en nuestro país.

Etimológicamente, *eutanasia* viene del griego *eu* (bien) y *thanatos* (muerte), y significa, primariamente, buena muerte,<sup>213</sup> muerte apacible, sin sufrimientos, el acto de provocar una muerte tranquila y sin dolor en

<sup>213</sup> Pérez Valera acota que lo *bueno* de la raíz griega no implica un juicio ético. Pérez Valera, Víctor, *Eutanasia. ¿Piedad? ¿Delito?*, México, Editorial Jus, 1989, p. 22.

una persona.<sup>214</sup> Consideramos oportuno y necesario abordar su estudio en el presente trabajo para precisar sus matices y para reafirmar la necesaria presencia de los juristas en este tema espinoso.<sup>215</sup>

Como ha señalado el profesor Cano Valle, en los pacientes terminales el costo de prolongar la vida aumenta en forma exponencial de acuerdo con su gravedad, sin que ello signifique que a mayores acciones médicas se tendrá una mayor certeza de que el paciente sobreviva. Así, alargar la vida de pacientes terminales en ciertas etapas implica no sólo prolongar su sufrimiento, sino poner en riesgo el patrimonio familiar del paciente o un gasto importante de los impuestos de los contribuyentes.<sup>216</sup> El autor citado plantea dos interrogantes que llaman a nuestra reflexión: ¿cuáles son los límites de la ciencia y la tecnología en la prolongación de la vida humana?, y ¿qué implicaciones tiene en los valores humanos? En efecto, estas cuestiones son de suma importancia ya que en la medida en que la ciencia avanza, las resoluciones en torno a la prolongación o no de la vida se vuelven más complejas y difíciles de realizar. Las decisiones son más difíciles en el momento final, pues la ausencia de historia y de conocimiento mutuo entre galeno y paciente, dificulta cualquier tarea.<sup>217</sup>

Cada día se suscitan más controversias acerca de la manera de atender a los enfermos terminales, el derecho de cada quien a elegir el momento en que habrá de morir, la definición de la muerte, los aspectos psicológicos de los moribundos, los fondos que deben asignarse al cuidado de pacientes irrecuperables, el suicidio “asistido” por un médico, la necesidad de hidratar y alimentar al enfermo en etapa terminal, etcétera. Como atinadamente ha precisado Raúl Garza, quienes asisten a los enfermos ter-

214 Asimismo, se afirma que a este término le afectan como mínimo los equívocos que proceden de las diversas concepciones de lo que es bueno, y de las distintas ideas que se tienen sobre la muerte. Serrano Ruiz-Calderón, *Eutanasia y vida dependiente*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001, p. 30.

215 El debate sobre la eutanasia se ha llevado a cabo de forma casi exclusiva a partir de principios ético-religiosos, y más raramente (en general, con acento crítico) demográfico-sociológicos. Al jurista se le reserva un espacio absolutamente residual, el de la cristalización normativa de opciones adoptadas en los diversos planos de los “valores”, que requieren toda su energía para poder ser traducidas en fórmulas jurídicas; cristalización normativa que algunos no dudan en considerar eventual e inútil, sino perjudicial. D’Agostino, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del derecho*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 167.

216 Cano Valle, Fernando, *Bioética. Temas humanísticos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 113.

217 *Idem*.

minales tienen ante sí tres opciones: *a)* hacer caso omiso del paciente en su último trance y llegar así a un extremo del endurecimiento de su labor con los enfermos; *b)* entablar una relación personal y sincera con el moribundo, pero sin saber qué hacer con los propios sufrimientos; y *c)* entablar la misma relación en un plano de absoluta franqueza, reconociendo la tensión psicológica a la que tanto ellos como sus pacientes se ven sometidos.<sup>218</sup>

Estrecha relación con el tema que nos ocupa la tiene el mantenimiento de una vida por medios artificiales. Consideramos que, a falta de otros remedios, es lícito recurrir, con el consentimiento del paciente, a los mecanismos puestos a disposición por la medicina más avanzada. Concomitantemente, es lícito interrumpir la aplicación de tales medios cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos. Desde luego, el papel de los médicos en este rubro es fundamental.

También tiene relación con este tema lo que concierne al “ensañamiento médico” o distanasia, que tiende a alejar lo más posible la muerte, prolongando la vida de un enfermo, de un anciano o de un moribundo, sin esperanza humana de recuperación. El ensañamiento se presenta cuando se recurre absolutamente a cualquier medio para preservar la vida, independientemente de la voluntad y de las posibilidades económicas del paciente.

La ética médica descansa en diversos principios y declaraciones que se han acumulado a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, tenemos los *Consejos de Esculapio* (s. IV a.C.), la *Plegaria del Médico* (s. XII), el *Juramento de Maimónides* (1185), el *Código de Montpellier* (s. XX), la *Declaración de Ginebra* (1968), y los *Principios de Ética Médica* de Naciones Unidas (1982), entre otros. Pero sin lugar a dudas, uno de los más importantes, por su antigüedad y por su autor, reviste especial interés: el denominado *Juramento Hipocrático*,<sup>219</sup> que en su parte medular consagra lo siguiente:

218 Garza Garza, Raúl, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Trillas, 2000, p. 237.

219 Hipócrates (460-377 a. C.) fue el más famoso médico de la antigüedad, nació en la isla de Cos y en Atenas ejerció medicina. Su actuación durante una peste le valió un homenaje público. Su fama llegó a Persia, de donde el rey Artajerjes le invitó a ir para combatir una epidemia, ofreciéndole cuantiosas riquezas; pero Hipócrates se negó a colaborar con los enemigos de su pueblo. Murió en Larisa de Tesalia y, según la tradición, sobre su tumba las abejas construyeron una columna con miel y cera curativas. En el año

Por Apolo médico y Esculapio, juro: por Higia, Panacea y todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigos de la observancia de este voto, que me obligo a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas y voluntad... No me avendré a pretensiones que conlleven a la administración de venenos, ni persuadiré a persona alguna con sugerencias de esa especie...

A nuestro juicio, a lo largo de la historia ha existido una interpretación sesgada del Juramento Hipocrático, que comienza con una invocación a unos cuantos dioses y diosas paganos de la antigua Grecia. Por lo tanto, quienes prestan el juramento se vinculan a deidades mitológicas de las cuales tal vez sepan o les importen poco.<sup>220</sup> El temor a ser considerados como homicidas suele intimidar a los médicos que aluden a este apartado del Juramento, como su principal argumento para oponerse a la eutanasia. Una interpretación errónea y parcial del Juramento Hipocrático ha sido responsable durante cientos de años del sufrimiento y degradaciones personales innecesarias, al oponerse a proporcionar los medios necesarios para que el paciente, con plena libertad y autonomía haga valer su derecho a no ser mantenido artificialmente con vida y morir con dignidad.<sup>221</sup>

Ahora bien, la cuestión del ensañamiento requiere una precisión. Los casos de obstinación terapéutica no proceden necesariamente de una mala comprensión del médico de lo que es su función sino que, muy frecuentemente, procede de un error de los allegados sobre lo que es su obligación para con el enfermo, surgido de la perspectiva de que hay que hacer todo lo posible para prolongar la vida terminal, o del mismo enfermo, que puede verse confundido en lo que son sus obligaciones morales para con su propia vida.

La misma definición de eutanasia está sujeta a múltiples interpretaciones. Ana María Marcos del Cano la concibe como la acción u omisión

421 a.C. Hipócrates escribe en Atenas su famoso *Juramento*, el cual constituye hasta nuestros días el sustento de los códigos de deontología médica.

<sup>220</sup> Comprometidos entonces por este Juramento, los médicos no tendrían razón alguna en invocar otro principio o credo, por lo que, las ideas judeo-cristianas se vuelven irrelevantes.

<sup>221</sup> En 1963, la familia real británica aprobó la eutanasia clandestina del rey Jorge V, que estaba muriéndose de “catarro bronquial y debilidad cardiaca en el lado izquierdo”. Su médico personal le inyectó dosis letales de morfina y cocaína para abreviar la fase final del dolor y evitar una muerte, como dijo el doctor, “sin la dignidad y serenidad que él se tenía bien merecidas”. Watson, William, “The Death of George V”, *History Today*, Londres, núm. 36, diciembre de 1986, pp. 21-30.

que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy doloroso, la solicita para poner fin a sus sufrimientos.<sup>222</sup> Elio Sgreccia la entiende como la supresión indolora o por piedad de quien sufre o se considera que sufre o puede sufrir en el futuro de modo insoportable.<sup>223</sup> Jiménez de Asúa hace una interesante aportación al considerarla como la muerte tranquila y sin dolor, con fines liberadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales.<sup>224</sup>

Albert Calsamiglia ha elaborado un trabajo preciso y prudente sobre la eutanasia, a la que define como la inducción de la muerte sin dolor en interés del destinatario y que supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal; si el enfermo no es terminal entonces no es un caso de eutanasia. Existe —según Calsamiglia— eutanasia, si se presenta la concurrencia de cinco factores:

1. Se precipita la muerte,
2. de un enfermo terminal,
3. que la desea,
4. con el objetivo de evitar un daño mayor,
5. la acción u omisión la realiza una tercera persona.<sup>225</sup>

La Asociación Derecho a Morir Dignamente (DMD) concibe la eutanasia como acción u omisión destinada a provocar la muerte de un enfermo, debidamente informado de su estado y pronóstico, a petición libre y voluntaria de éste, y con el fin de evitarle sufrimientos que le resultan insoportables.

Por su parte, la categorización clásica de la eutanasia se presenta de dos maneras:

- a) Eutanasia pasiva. Conocida popularmente como desconectar, es interrumpir el funcionamiento del equipo de mantenimiento de vida sin

222 Marcos del Cano, Ana María, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 69.

223 Sgreccia, Elio, *Manual de bioética*, México, Diana, 1996, p. 592.

224 Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1984, p. 339.

225 Calsamiglia, Albert, “Sobre la Eutanasia”, *Doxa*, España, núm. 14, 1993, p. 345.

el cual no podemos vivir. La eutanasia pasiva sólo elimina artificios para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte.<sup>226</sup>

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

Fernando Monge,<sup>227</sup> quien manifiesta abiertamente su oposición a la eutanasia, sugiere que la división entre eutanasia activa y pasiva es poco clara en la práctica, cuando para el paciente todo es *pasivo* en lo que se refiere a tratamientos que recibe o que no recibe, mientras que para el médico todo es *activo*, incluida la decisión de no aplicar más tratamientos. El autor citado distingue diversas modalidades de eutanasia:

- Eutanasia orgánica: consiste en provocar la muerte sin sufrimiento de un enfermo ya desahuciado.
- Eutanasia lenitiva: es el empleo de ciertos fármacos para aliviar el dolor físico causado por una enfermedad mortal, y que, secundariamente, pueden llevar consigo un cierto acortamiento de la vida.
- Eutanasia suicida: es el propio sujeto quien recurre al uso de medios letales para acortar o suprimir su vida; en esta eutanasia pueden concurrir también con su actuación otras personas que coadyuvan al desenlace mortal sin ser ellas mismas autores principales.
- Eutanasia homicida: se pueden considerar dos aspectos de esta forma: 1) *homicidio piadoso*, o acortamiento de la vida de una persona, para liberarle de las taras de una enfermedad terrible o de una deformación física o de una vejez angustiosa; y 2) *eutanasia de tipo económico o social*, cuyo objetivo es eliminar vidas humanas que se consideran una carga para la sociedad o “vidas sin valor vital”.

226 La eutanasia pasiva puede revestir dos formas: la abstención terapéutica y la suspensión terapéutica. En el primer caso no se inicia el tratamiento, en el segundo se suspende el ya iniciado, ya que se considera que más que prolongar la vida, prolonga el morir. Pérez Valera, *op. cit.*, nota 213, p. 26.

227 Monge, Fernando, *¿Eutanasia?*, Madrid, Libros MC, 1989.

- Eutanasia negativa o distanasia: la práctica que tiende a alejar lo más posible la muerte, prolongando la vida de un enfermo desahuciado, sin esperanza humana de recuperación.

Desde una perspectiva diversa, el Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) considera que sólo existe un tipo de eutanasia, la cual consiste en una intervención activa y directa para provocar a un enfermo, generalmente con grandes sufrimientos y en fase terminal, la muerte que pide, libre, reiterada y razonadamente. Así pues, no considera eutanasia las —a su juicio— erróneamente denominadas:

- a) Eutanasia activa indirecta, que consiste en administrar a un paciente terminal un tratamiento contra el dolor insufrible, aun a costa de adelantarle la muerte, y
- b) Eutanasia pasiva, mediante la cual se deja de aplicar al enfermo un tratamiento de un esfuerzo terapéutico artificial e innecesario, que podría conducir al encarnizamiento.

Finalmente, el doctor Kevorkian identifica la eutanasia con el suicidio, efectuando la siguiente clasificación:

- a) Suicidio asistido obligatorio. Incluye a todo aquel que, con excepción o como recurso, ha de darle muerte a una persona o institución que tiene jurisdicción exclusiva sobre dicha muerte. Obviamente, sólo los condenados a algún tipo de ejecución se encuentran dentro de este grupo.
- b) Suicidio asistido opcional. Es para aquellos individuos, a veces con buena salud física y mental, que eligen que les mate otra persona como la preferible de dos alternativas igualmente desagradables. Se incluyen aquellos individuos que deciden que deben morir por factores igualmente insuperables pero que, por algún motivo, no pueden matarse a sí mismos.
- c) Suicidio obligatorio. Comprende únicamente a los condenados a matarse a sí mismos. Una combinación de presión extrínseca e intrínseca fuerzan la autodestrucción. Un ejemplo de ello es el *harakiri*<sup>228</sup> (corte del estómago).

228 Este ritual japonés requiere la perforación de la parte superior izquierda del abdomen con una daga de 35 cm. y, sin mostrar emoción alguna, moverla gradualmente de través hasta el lado derecho, terminando con un pequeño corte hacia arriba.

- d) Suicidio opcional. Por lo que respecta a las personas que no están en modo alguno afectadas por una enfermedad, pero que han decidido arbitraria e irrevocablemente que deben morir.

El suicidio opcional impresiona por su carácter enigmático y es un hecho de renunciación total. El suicidio es un problema igualmente social y personal. Emile Durkheim en su estudio clásico señala que el factor decisivo no es una gran decepción, sino que tal desengaño ocurra en el contexto de aislamiento social. Es decir, de acuerdo con la constitución moral de la sociedad se establece el contingente de muertes voluntarias. Hay, por consiguiente, en cada persona, una fuerza colectiva con una cantidad definida de energía que impulsa al hombre a su propia destrucción. Los actos de la víctima, que a un primer vistazo parecen expresar sólo su temperamento personal, son realmente el complemento y la prolongación de una condición social que ellos expresan de manera externa. En cuanto a sus implicaciones individuales, en todas las formas de depresión se debe tener presente el riesgo de suicidio, como consecuencia obvia de los sentimientos de culpa, de ruina, que experimenta el enfermo deprimido o, más generalmente, de los sentimientos de vacío afectivo, de inutilidad y de impotencia. Los deprimidos, sean neuróticos, psicóticos o con cualquier otro diagnóstico, no se conforman con condenarse a sí mismos. El automenosprecio y la autodestrucción pueden pasar de los pensamientos y las palabras a los hechos.<sup>229</sup>

Ahora bien, existe una diferencia esencial entre el suicidio y la eutanasia. En el caso del suicidio, el sujeto que realiza la acción y el destinatario coinciden; en el caso de la eutanasia, otros deben practicarla —como en el caso del auxilio al suicidio—. Debemos enfatizar nuestra posición: la eutanasia no es suicidio, sino *buena muerte*, la expresión de la muerte de la muerte, la negación de la negación de la vida, la negación del dolor extremo, sin esperanza de superar la enfermedad.

Para nosotros, por motivos axiológicos y epistémicos de calidad de vida, de igualdad humana y de desarrollo tecnológico, la eutanasia y el suicidio son cosas diferentes.

Es frecuente que en los debates sobre la eutanasia se encuentre en un lugar preponderante el papel de los médicos. En principio, el médico que

<sup>229</sup> Anaya Huertas, Alejandro, “¿Justificar la autodestrucción?”, *Plataforma Universitaria*, núm. 2, 1994.

se encuentra frente al dilema de la eutanasia, puede tener poderosas razones, tanto para ayudar, como para no ayudar a morir a una persona. Entre las razones para no ayudar, un médico podrá invocar las siguientes:

- 1) Ayudar a otra persona a morir es contrario a los códigos moral y ético del médico.
- 2) El médico apenas conoce al paciente y/o no existe entre ellos respeto mutuo.
- 3) El médico no está plenamente familiarizado con el estado clínico del paciente. Ese no es momento para actos precipitados e impensados que más adelante pueden lamentarse.
- 4) Existen otros tratamientos que ofrecen posibilidades de recuperación o remisión.
- 5) El paciente que solicita ser asistido en el suicidio está evidentemente deprimido y por lo tanto no es racional. La depresión puede ser tratable.

Por otra parte, sin duda, también podremos encontrarnos con médicos que tengan legítimas razones para ayudar, como pueden ser:

- 1) Los médicos saben mejor que nadie cuándo, aproximadamente, morirá el paciente, y cuál será su forma de morir.
- 2) Sólo los médicos tienen acceso legal a fármacos letales y conocen las técnicas para su administración.
- 3) Algunos parientes del paciente tienen demasiados problemas emocionales para estar en condiciones de asistirle.
- 4) El paciente teme hacerlo solo por temor a equivocarse y tener que vivir después con ese estigma, además de lesiones físicas.
- 5) El papel del médico consiste en curar y en aliviar el sufrimiento.

Como sea, resulta interesante la aseveración de un anesestiólogo de Long Island, Nueva York, quien en 1990, a raíz de la muerte de Janet Adkins, a quien nos hemos referido en otro capítulo, dijo que: “debemos promover la salud y la felicidad, no el dolor y el sufrimiento. La eutanasia debería estar a disposición de todo paciente incurable que la desee”.

El debate sobre la eutanasia se encuentra polarizado en extremo, y entre los argumentos que se oponen a la eutanasia, destacan los siguientes que enumeramos a continuación:

- 1) Se afirma que la vida humana es un regalo de Dios y los seres humanos no pueden eliminarla. En esta dirección, el *Evangelium Vitae*, que fue la undécima encíclica del Papa Juan Pablo II, se constituye como un mensaje ante la emergente “cultura de la muerte”. En ella se perfilan los rasgos de la nueva situación en la que la vida humana se ve amenazada por la perversión del sentido moral de la libertad. También presenta las consecuencias morales del mensaje cristiano acerca de la vida, que se traduce en el mandato “no matarás”, juzgando éticamente los diversos comportamientos que, en el mundo contemporáneo, constituyen las amenazas más dramáticas contra la dignidad de la vida humana. Por lo tanto, el propósito de *Evangelium vitae* es ser:

Una confirmación precisa y firme del valor de la vida humana y de su carácter inviolable, y, al mismo tiempo, una acuciante llamada a todos y a cada uno, en nombre de Dios: ¡respetar, defender, amar y servir a la vida, a toda la vida humana! ¡Sólo siguiendo este camino encontrarás justicia, desarrollo, libertad verdadera, paz y felicidad!

- 2) Siguiendo con los parámetros de la primera objeción, se afirma que nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie, además, puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata, en efecto, de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad.
- 3) Practicar la eutanasia es incorrecto porque, si se comete un error, resulta insuperable. No existe ni debe existir el derecho a la elección del lugar y del momento de la muerte, porque el ser humano no tiene el señorío absoluto sobre su persona y su vivir, y mucho menos sobre su muerte.
- 4) El Estado no puede arrogarse el derecho de legalizar la eutanasia, pues la vida es un bien que supera el poder tanto del individuo como del Estado.

- 5) La eutanasia es un crimen contra la vida humana y contra la ley divina, del que se hacen corresponsables todos los que intervienen en la decisión y ejecución del acto suicida-homicida.

También existen argumentos en contra de la eutanasia bajo una perspectiva laica, que, de manera general, se concentran en los siguientes aspectos:

- 1) Existe la posibilidad de error en el diagnóstico médico. En este caso, la eutanasia elimina una vida que puede ser preservada.
- 2) Los opositores de la eutanasia sostienen que la agonía y la muerte no siempre son dolorosas. Creen que hay buenos remedios, tales como suministrar ciertas drogas prudentemente, y que las nuevas tecnologías suponen sistemas y tratamientos adecuados. El dolor no es tan terrible y los partidarios de la eutanasia exageran sobre el dolor del paciente.
- 3) Se llega a aseverar que sin el derecho a la vida resulta inútil cualquier otro derecho, pues todos ellos son derivados, y en alguna forma subordinados, al derecho a la vida; y en un sentido más radical, que el hombre no sólo tiene derecho a vivir, sino la *obligación* de vivir, y que dicha obligación se fundamenta no sólo en lo que cada individuo representa para los demás, y en especial para los parientes más próximos, que tienen derecho a seguir recibiendo de esa persona lo que ésta pueda aportarles como padre, esposo, ciudadano, etcétera, sino en el hecho de que la vida no tiene un sentido en sí misma: *no se vive por vivir* sino que *se vive para algo*: la vida es necesariamente finalista; y con esos fines se trasciende la vida misma en su forma actual.

Los opositores a la eutanasia afirman que quienes abogan por una “muerte digna” atentan en realidad contra la dignidad humana porque ponen énfasis en la autodeterminación del individuo. Entonces, según nuestro criterio, absurdamente, el derecho a una muerte digna queda reducido al final a un simple derecho a la muerte. En este caso, los adversarios de la eutanasia distinguen entre el *right to death with dignity* (derecho a morir con dignidad), del mero *right to death* (derecho a morir). El primero se diferencia de la eutanasia y señala el derecho a morir en circunstancias tales que se satisfagan los criterios exigidos por la digni-

dad del hombre (respeto de los derechos humanos, serenidad, posibilidad de estar rodeado de la familia, asistencia religiosa si se desea, etcétera).

Seguindo por esta vía, aunque el enfermo terminal haya dado su consentimiento para la eutanasia, se comete un atentado contra la dignidad humana, esto es, cualquier conducta activa que ponga término a la vida directamente constituye un atentado grave contra la dignidad humana que no queda justificado con la aceptación del sujeto pasivo. Afirman que la persona humana tiene un valor en sí mismo que queda fuera del espectro del consentimiento humano. Todo sujeto es portador en sí mismo de una humanidad o dignidad a la que no puede renunciar, o que no puede violar a su arbitrio. En conclusión, morir con dignidad, para los detractores de la eutanasia, no significa morir cuando lo quieran el enfermo, el médico o los familiares, sino una muerte en la que se han respetado sus derechos humanos, con serenidad, en su entorno familiar, con la asistencia médica necesaria, etcétera

Del otro lado, los apologistas de la eutanasia sostienen que la vida pertenece exclusivamente al ser humano y que sólo merece ser vivida una vida digna. En todo caso, afirman, la decisión de eutanasia no afecta sólo a una parte de la vida, sino que tiene que ver con toda la vida del individuo, y toda su vida se inscribe en la dignidad que ésta tiene. Los apologistas sostienen que cuando alguien corre el riesgo de convertirse en vida vegetativa, no hay razón alguna para negarse a que, con la ayuda necesaria, decida morir dignamente. Una vida digna implica una muerte digna, y tal muerte se fundamenta en la perspectiva total de quien la desea. Existe un razonamiento que proviene desde los estoicos: si nadie me pidió permiso para venir a este mundo, a nadie debo pedírselo para marcharme de él. De esta parte se recalca que la dignidad es un concepto subjetivo, lo cual se relaciona estrechamente con el derecho a la autodeterminación. Tres son quizá los principales argumentos en torno a la aceptación de la eutanasia:

- a) El respeto a la autonomía y libertad del individuo.
- b) La necesidad humanitaria o piadosa de poner fin al dolor insoportable en el caso de los pacientes terminales y,
- c) Limitar el uso indiscriminado de acciones terapéuticas que resultan inútiles en las etapas finales de todo enfermo terminal (el ensañamiento médico o terapéutico al que nos hemos referido).

Es preciso en este punto recordar que Paul-Louis Landsberg, al referirse al *problema moral del suicidio*, afirmó que el hombre es el ser que puede matarse y que no debe hacerlo, y esto es algo muy distinto de no ser capaz de hacerlo. La tentación es la diferencia vivida entre el vértigo de poder y la decisión del deber, señala este autor. La multitud de posibilidades del ser inestable, inteligente e imperfecto que somos se halla en la base de toda problemática moral. Hay pocos hechos que caracterizan tan profundamente el abismo de la libertad y la fuerza de esta reflexión por la cual el hombre, en cierta manera, se hace dueño de sus actos y de su misma existencia. Justamente por eso vive el hombre en el problema moral, por eso vive también en el problema de la muerte voluntaria, y esta tentación pertenece al *vértigo de su libertad*. En conclusión, el dilema moral de la eutanasia es el dilema del ser humano por ejercer su libertad.<sup>230</sup>

En un trabajo reciente del doctor Rodolfo Vázquez, se identifican tres grandes situaciones en la práctica eutanásica.<sup>231</sup>

- a) Consentimiento de un paciente competente en un marco jurídico que legaliza la “muerte asistida médicamente”. En este primer supuesto podemos incluir la *Death with Dignity Act* del estado de Oregon.
- b) Requerimiento de un paciente competente para que se le practique la muerte asistida en un marco jurídico prohibitivo. En México, el artículo 312 del Código Penal Federal dispone que: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”. El mismo Código Penal Federal, en su artículo 15 dispone, como causa de exclusión del delito cuando:

<sup>230</sup> Se ha llegado a sugerir, dentro de un esquema de política pública para la legalización de la eutanasia, la existencia de *Tribunales de Eutanasia*, que podrían constituir una definitiva segunda opinión. En cuanto a su integración, tendría un presidente, con la suficiente experiencia; un médico, con conocimientos expertos en la materia; un psiquiatra, con conocimientos expertos en enfermedades mentales; un trabajador social, que analice los aspectos sociales y económicos, así como un humanista que aporte una perspectiva general. Helme, Tim, Padfield, Nicola, “Setting Euthanasia on the Level”, *The Liverpool Law Review*, Londres, vol. XV (1), 1993.

<sup>231</sup> Vázquez, Rodolfo, “Algo más sobre suicidio asistido y eutanasia”, *Salud y derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 65 y 66.

...III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: *a)* que el bien jurídico sea disponible; *b)* que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y *c)* que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Este dilema fue resuelto en el amparo directo 1926/57 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1958, bajo el siguiente tenor:

SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO. El suicidio, “acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida”, no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina la que por cierto sustentan otras legislaciones, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Precedentes: Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.<sup>232</sup>

c) Imposibilidad de consentimiento del paciente —con insuficiente manifestación de voluntad en vida— para que se practique la “muerte asistida médicamente”. Estamos ante el caso de Nancy Cruzan al que nos hemos referido oportunamente.

<sup>232</sup> Sexta época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen Segunda Parte, XIV, p. 219, aislada, Penal.

Se suele afirmar que la elección de la muerte por un enfermo terminal no es una cuestión que interese al Estado y que los ciudadanos puedan decidir cómo morir y que sea asunto suyo decidir si continúan viviendo con sufrimiento o indignidad, o mueran suavemente. Desde un punto de vista liberal, la autonomía cubre también el caso de cómo morir. Sea cual fuere la decisión que tome el ciudadano, siempre debe tener la posibilidad de la elección. Eso significa que no se puede practicar la eutanasia al ciudadano que se opone a ella y que se puede practicar al ciudadano que la pide. No se encuentran, bajo esta perspectiva, argumentos que reduzcan la libertad de elección de los ciudadanos en este caso.

Por último, al facultativo a quien se le pida aplicar la eutanasia, también se le debe respetar su voluntad, puesto que pueden existir aspectos éticos, morales, etcétera, vinculados a la objeción de conciencia, a la que se ha hecho referencia en este trabajo. Consideramos, en suma, pertinente precisar nuestra posición en el sentido que las disposiciones para la propia incapacidad no se vinculan a la eutanasia, sino, con mayor precisión, a la ortanasia, que implica la supresión deliberada de los medios artificiales que mantienen la vida de un enfermo terminal; es la muerte “a su tiempo” limitando el tratamiento inútil y absteniéndose del desmesurado, de conformidad con los patrones y lineamientos derivados de la voluntad autónoma e indelegable de una persona capaz. En nuestro sistema jurídico se valora la vida y se debe seguir valorando. El contenido de un documento de disposiciones anticipadas que pretenda la causación de la muerte del paciente inconsciente por parte del médico resulta contrario al ordenamiento jurídico y, por ello mismo, inaplicable.

### III. LA NECESIDAD DE LAS DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

Ante el vacío institucional en nuestra legislación, y en virtud de que las figuras existentes, como se ha visto, resultan insuficientes y parciales para dar respuesta a las necesidades de una persona previsor de su propia entropía, se pretende lograr que en derecho positivo mexicano se contemple la posibilidad de que en forma unilateral, mediante una declaración revocable, con las debidas formalidades, una persona capaz pueda determinar sus disposiciones respecto a su persona y a la administración de sus bienes para el caso de que llegue a caer en estado de incapacidad. De ese modo, nos encontramos frente a disposiciones de carácter unilate-

ral que un sujeto capaz hace estando en estado de lucidez, con objeto de disponer de su persona y de la administración de sus bienes, para el caso o bajo la condición de que devengue, en un momento dado, incapaz. La noción implica la afectación que el sujeto hace o pretende hacer, de su persona o de la administración de sus bienes, o de ambas a la vez, o designación de tutores, mediante una declaración unilateral, que forzosamente debe vincular al declarante con sus herederos, con su tutor y su administrador o mandatario por él designados.

Como han señalado distinguidos analistas comprometidos con este tema, las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto regular los propósitos del propio interesado y, en ese sentido, corresponden a la autonomía privada, pues son actos de autodeterminación, de autorregulación de los fines y objetivos propios de los mismos interesados.<sup>233</sup> En el actual estado del derecho mexicano, las declaraciones de voluntad relativas al cuidado de la salud o a la propia incapacidad no están reconocidas expresamente, muchas de ellas, por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, es necesario que en el análisis particular de cada una de estas declaraciones de voluntad se tengan en cuenta diversos factores para determinar la naturaleza de los efectos que pueden producir y si, en ciertos casos, éstos tienen alcances jurídicos que reconozcan el ordenamiento legal. Las consecuencias que la declaración unilateral de una persona tendrá respecto a terceras personas van a depender, conforme al ordenamiento jurídico nacional, de varias circunstancias. Por tanto, es menester determinar en cada caso concreto:

- a) Si se trata de disposiciones sobre la propia persona o sobre su patrimonio. En las primeras estamos en presencia de normas del derecho de familia y de las personas, que son más rígidas que las relativas a las normas que rigen a los actos patrimoniales, en el que la autonomía privada puede desplegar con mayor amplitud el principio de autodeterminación.
- b) Si tales disposiciones tienen algún reconocimiento legislativo.
- c) Si existen usos o prácticas que signifiquen algún grado de reconocimiento de esas declaraciones.

<sup>233</sup> Arce Gargollo, Javier *et al.*, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *Revista de Derecho Notarial*, México, año XXXIX, núm. 111, abril de 1998, p. 237.

- d) Si hay normas de orden público que contengan reglas distintas que no permitan que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.<sup>234</sup>

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

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

Como bien señala Juan José Rivas, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárseles a sí mismo.<sup>235</sup> La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre. Esto es, la voluntad puede ser autónoma cuando se manifiesta libremente y sin injerencias extrañas; y puede ser heterónoma cuando se manifiesta bajo la presión de una fuerza exterior, siempre que en este caso el acto impuesto sea a la vez querido. El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, fundamentalmente, libertad.<sup>236</sup>

En consecuencia, la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad y la dignidad.<sup>237</sup> Veamos a continuación algunos esfuerzos recientes que se han emprendido en nuestro país para responder a este compromiso.

<sup>234</sup> *Idem.*

<sup>235</sup> Rivas Martínez, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *VIII Jornada Notarial Iberoamericana, ponencias presentadas por el Notariado Español*, Madrid, Colegio de Notarios de España, 1998, p. 195.

<sup>236</sup> *Idem.*

<sup>237</sup> Es menester tomar en consideración el texto del artículo 138 ter. del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

#### IV. INICIATIVAS MEXICANAS CONCERNIENTES A DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

1. *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo 312 del Código Penal Federal; se adiciona la fracción V al artículo 1501 y un capítulo IX al Título Tercero del Código Civil Federal y se crea la Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal*

La exposición de motivos de esta Iniciativa impulsada a mediados de 2005 por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD), desde su inicio advierte que cuando la calidad de vida empieza a disminuir a causa de enfermedades terminales o daños irreversibles a la salud, dolores insoportables, tratamientos médicos que en contra de la dignidad alargan la agonía del enfermo o enferma sólo existe la indiferencia de la sociedad. Ante este escenario, se plantea la interrogante ¿qué vale más?: el derecho a “vivir” recluido en una unidad de cuidados intensivos, conectado a máquinas como el respirador artificial, bajo condiciones de sufrimiento, dolores inenarrables y lenta agonía o el derecho a morir con la misma dignidad como se ha vivido. A continuación, la Iniciativa hace referencia al concepto y argumentos filosóficos a favor de la eutanasia y concluye que se trata de un derecho de la persona humana a decidir la forma y el momento de su muerte, que tiene como objetivo librarla de intensos sufrimientos.

Se propone en la Iniciativa que el debate sobre la legalización de la eutanasia debe centrarse en torno a dos preceptos fundamentales de respeto a los derechos de la persona humana que van intrínsecamente relacionados: la dignidad y el derecho a decidir. Se considera que la persona humana tiene el derecho a que se le reconozca la posibilidad de disponer de su propia vida en situaciones especiales, simplemente por respeto a su dignidad. Abundando sobre el tema de la dignidad, la Iniciativa sugiere que la terminación voluntaria de la vida no se equipara con el asesinato. En el primer caso, siempre existe una razón humana, mientras que en el asesinato no. La terminación voluntaria de la vida sólo puede producirse en interés de la dignidad del destinatario y tiene como objetivo disminuir el sufrimiento de la persona enferma. La Iniciativa plantea el cuestionamiento sobre qué daño produce la terminación voluntaria de la vida a la

sociedad, si se trata de una decisión que atiende a un interés individual y que lo único que busca es la muerte sin dolor en interés de la persona enferma en estado terminal y supone la reducción de la duración de la vida.

Acto seguido, la Iniciativa hace referencia a legislaciones de diversos países que abordan el tema de la eutanasia, y de los denominados testamentos vitales, cuya introducción es propuesta en el derecho positivo mexicano, a través de su legislación civil.

La propuesta de mayor alcance de la Iniciativa de referencia es la creación de la Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal, destinada específicamente a proteger a las personas enfermas en esa situación, debido a la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran una vez que han contraído un padecimiento, y que por su estado avanzado se les caracteriza como terminales. Un aspecto relevante en esta Iniciativa radica en que el hecho de diagnosticar el padecimiento de un enfermo, como enfermedad terminal, tiene muchas implicaciones, y se debe de buscar siempre la certeza, la transparencia y la honestidad, ya que de la información que obtenga, depende la toma de decisiones, tanto para el personal médico, como para el enfermo y sus familiares. En consecuencia, el ejercicio del derecho a la información tiene un rol primordial en esta Iniciativa.

Se concluye la exposición de motivos puntualizando que se pretende asegurar a la persona enferma en estado terminal que no se le causará sufrimiento innecesario y, que si lo decide, se le ayudará a concluir su vida suavemente, una vez que lo haya plasmado en la *Solicitud de Terminación Voluntaria de la Vida* y después de cumplir con una serie de requisitos.

A continuación, veamos las reformas propuestas a los ordenamientos, seguido de nuestros comentarios.

Artículo 312 del Código Penal Federal. ...En los casos a que se refiere el párrafo anterior, la conducta no será punible en el caso de que haya sido por petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca del sujeto pasivo y sea aplicado por un médico como se señala en la Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal, y se lo haya comunicado al Comité de Bioética.

El párrafo que antecede es la propuesta de adición a la primera parte y dispone que el que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide

será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo presta hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años. No consideramos que esta propuesta sea viable por las razones que hemos expuesto en el apartado anterior de este capítulo. En efecto, el mismo Código Penal Federal, en su artículo 15 dispone, como causa de exclusión del delito cuando:

...III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: *a)* que el bien jurídico sea disponible; *b)* que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y *c)* que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Este aspecto fue apuntalado por la resolución del amparo directo 1926/57 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1958, bajo el siguiente tenor:

...nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina —la que por cierto sustentan otras legislaciones—, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Consecuentemente, será difícil que esta reforma resista el análisis efectuado en las reuniones correspondientes.

*A. Propuesta de reformas al Código Civil Federal, y la Ley General de Derechos de las Personas en Estado Terminal*

En esta misma Iniciativa del PRD se hace referencia al testamento de vida en los siguientes términos:

Artículo 1501 del Código Civil Federal. El especial puede ser: ...V. De vida.

Artículo 1598 bis del Código Civil Federal. “Testamento de Vida es 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. Es derecho de la persona enferma en estado terminal la expresión de su voluntad en cualquier momento, de forma verbal y escrita, respecto a los tratamientos tendientes a reanimar o prolongar su vida. Es un derecho de la persona enferma en estado terminal la revocación total o anulación total del Testamento de Vida en cualquier momento, sin responsabilidad alguna de ningún tipo. La persona enferma en estado terminal deberá tener conocimiento y acceso en todo momento al Testamento de Vida. El médico tratante o, en su caso, el profesional de la salud responsable de la atención de la persona enferma en estado terminal deberá informar sobre la existencia y el uso del Testamento de Vida. El médico tratante deberá actuar conforme a las disposiciones estipuladas en el Testamento de Vida por la persona enferma en estado terminal. En caso de la no existencia ni la capacidad para la expresión de la persona enferma en estado terminal, se actuará conforme a quien designe la ley como representante jurídico. No existirá impedimento para que los familiares, el tutor o el representante legal decidan solicitar o no, aceptar o no, aquellos tratamientos tendientes a reanimar o prolongar la vida de la persona enferma en estado terminal.

De esta propuesta se pueden hacer varios comentarios. En primer lugar, como ya lo hemos señalado en otra parte de este trabajo, la propia denominación “testamento de vida” nos parece un contrasentido ya que el testamento es un documento con las disposiciones hechas en vida que surtirán efecto después de la muerte de su redactor. Por otra parte, la referencia a que es derecho de la persona enferma en condición terminal la expresión de su voluntad en cualquier momento respecto a los tratamientos tendientes a reanimar o prolongar su vida, parece más apropiado encuadrarla en el ámbito de la legislación de salud que en el Código Civil. Consideramos, adicionalmente, que para que se lleven a cabo estas disposiciones no se requiere estar enfermo en estado terminal; al contrario, para llevar a cabo estas disposiciones es mejor gozar de cabal salud.

Cuando se dice que el médico tratante deberá actuar conforme a las disposiciones estipuladas en el testamento de vida, se puede caer en el supuesto de exclusión de una acción por la “objección de consciencia” a la que nos hemos referido con oportunidad.

La última parte de la propuesta de este ordenamiento es particularmente defectuosa, ya que, por una parte, no establece una solución inte-

gral que vincule a la figura jurídica propuesta con los supuestos en los que una persona no sea capaz, y deja la responsabilidad en manos del representante que la ley impone al incapaz. Por otra parte, deja a los familiares, al tutor o al representante legal las decisiones de mayor relevancia, como “solicitar o no, aceptar o no” aquellos tratamientos tendientes a reanimar o prolongar la vida de la persona enferma en estado terminal. Esto último no sólo puede resultar peligroso, sino que deja sin una protección real y eficaz a la autonomía de la voluntad del interesado.

Artículo 1598 ter del Código Civil Federal. La elaboración del testamento de vida se deberá realizar por la persona enferma en estado terminal, bajo las siguientes condiciones y requisitos: I. Estar en pleno uso de sus facultades mentales, dictaminado por el médico tratante y/o por el especialista en salud mental designado para tal fin; II. Ser mayor de edad; II.I. Los menores de edad se sujetarán a la voluntad de quien ejerza la patria potestad; III. Estar previa y ampliamente informado sobre las alternativas terapéuticas; IV. Sin presión alguna; es decir: de forma libre, autónoma y voluntaria, y V. Cumplir las formalidades para la validez del Testamento de Vida.

Como ya se comentó, nos parece poco práctico dejar el derecho para la elaboración del “testamento de vida” únicamente a la persona enferma en estado terminal, ya que es frecuente que una persona enferma llegue a un estado terminal que va aparejado a la pérdida de la lucidez o el pleno uso de las facultades mentales que establece el código como condicionante. En consecuencia, la iniciativa no deja opción a que una persona sana efectúe las decisiones sobre las alternativas terapéuticas, con la debida antelación, en lugar de esperar la emergencia de la fase terminal, que conlleva muchas dificultades y sobresaltos como para sentarse detenidamente a reflexionar sobre el propio testamento de vida.<sup>238</sup>

Artículo 1598 quater del Código Civil Federal. El Testamento de Vida deberá firmarse ante notario público o, en ausencia del mismo, firmado por cuatro testigos, sin ningún vínculo de parentesco o relación patrimonial y dos más que deben ser los familiares, tutores o representantes legales. En ausencia o negativa a firmar por parte de los mencionados anteriormente, deberá ser fir-

238 Están incapacitados para testar: los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres, y los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (artículo 1306, CCDF).

mado por cuatro integrantes del personal médico de la institución de salud que preste el servicio.

En muchas ocasiones se ha demostrado lo impráctico que resulta el sistema de testigos, ya que con frecuencia, y actuando de buena fe, caen en contradicciones entre sí.

A continuación, la Iniciativa propone un nuevo ordenamiento, la *Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal* (LGDPET), con 45 artículos. En seguida se resumen algunos de sus aspectos más relevantes.

En su artículo 2o. contiene las principales definiciones:

- a) Enfermedad terminal es todo padecimiento reconocido, progresivo, irreversible e incurable que se encuentra en estado avanzado y existe certeza de muerte cercana a seis meses.
- b) Persona enferma en estado terminal es aquélla con diagnóstico de alguna enfermedad reconocida, progresiva, irreversible e incurable, cuyo tratamiento sea solamente un paliativo; y se espera, como consecuencia de la enfermedad, la muerte, en un lapso de tiempo cercano a seis meses.
- c) Derecho a la información es la seguridad de acceder oportunamente a la información total sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad que se padezca.
- d) Tratamientos paliativos son todas aquellas medidas orientadas a reducir los sufrimientos físico y emocional, producto de una enfermedad terminal, sin afectar el curso natural de la misma, que se llevan a cabo por profesionales de la salud y cuyo fin es el de mantener y, si es posible, incrementar el potencial de bienestar de cada paciente en forma individual, familiar y social, intentando mejorar su calidad de vida.
- e) Calidad de vida es un estado objetivo y subjetivo de bienestar físico, psicológico y social. Cada paciente tiene el derecho de expresar las variables que definan su propio concepto de calidad de vida. Este derecho podrá ser ejercido por el representante legal, en caso de que la persona enferma en estado terminal se encuentre incapacitada para manifestarlo.
- f) Terminación voluntaria de la vida es el supuesto que se presenta cuando la persona enferma en estado terminal, haciendo uso de sus facultades, decide de forma libre y autónoma terminar con su vida.

Este concepto se subdivide de la siguiente manera: 1) asistencia para la terminación voluntaria de la vida (cuando a solicitud de la persona enferma en estado terminal, el médico autorizado suministra los fármacos en dosis adecuadas para que la persona en estado terminal, sin sufrimiento, se dé muerte a sí misma, previamente plasmado en su Solicitud de Terminación Voluntaria de la Vida, la cual deberá ser aprobada por el Comité de Ética Médica); 2) terminación voluntaria de la vida de forma activa (cuando el médico autorizado, directa o indirectamente, provoca la muerte de la persona enferma en estado terminal sin sufrimiento, suministrando fármacos en dosis adecuadas); 3) terminación voluntaria de la vida de forma pasiva (cuando a solicitud de la persona enferma en estado terminal, el médico autorizado interrumpe o no inicia el tratamiento o cualquier otro medio que contribuya a la prolongación de su vida).

- g) Solicitud de Terminación Voluntaria de la Vida es el documento jurídico revocable, unilateral y personalísimo por medio del cual una persona enferma en estado terminal solicita, de forma libre, voluntaria y autónoma, se le otorguen los medios necesarios para la interrupción de su vida.
- h) Comités de bioética son aquéllos integrados en cada institución de salud, sea pública o privada, y cuya función es la de ser los órganos encargados de dictaminar en torno de las Solicitudes de Terminación Voluntaria de la Vida recibidas.

Con referencia específica a las personas enfermas en estado terminal, se precisa en la Iniciativa del PRD que tendrán derecho a: la información, recibir tratamientos paliativos, el testamento de vida, y la terminación voluntaria de la vida. En el ámbito específico de los enfermos terminales, se propone en la Iniciativa que tengan derecho a que se les brinde, según sus requerimientos, los tratamientos paliativos por parte del profesional de la salud, en el orden médico-asistencial y psicosocial que corresponde, bajo un enfoque tanatológico.<sup>239</sup>

<sup>239</sup> El propio proyecto de ley entiende por enfoque tanatológico la comprensión de las pérdidas biopsicosociales que conlleva el padecer una enfermedad terminal, tanto para la propia persona enferma en estado terminal como para los familiares, y los procesos que a partir de ésta se desencadenan. Tal es el caso del duelo, entre otros.

El aspecto de mayor trascendencia en la Iniciativa del PRD estriba en proponer que toda persona enferma en estado terminal tendrá el derecho de solicitar de forma verbal y escrita, la terminación voluntaria de la vida. A este respecto, se acota que los profesionales de la salud deberán respetar la decisión de la persona enferma en estado terminal.

Para el cumplimiento del derecho de la terminación voluntaria de la vida, la persona enferma en estado terminal deberá contar con la resolución favorable del comité de bioética de la institución de salud que presta el servicio, una vez transcurrido el proceso de dictaminación, incluyendo el sitio, fecha, hora y medios necesarios y personal autorizado para la terminación voluntaria de la vida. Asimismo, deberá someterse a la persona enferma en estado terminal a una intervención psicológica. La referida solicitud de la terminación voluntaria de la vida deberá ser planteada por la persona enferma en estado terminal ante notario público o, en ausencia del mismo, firmada por cuatro testigos o, en ausencia de éstos, por cuatro integrantes del personal médico de la institución de salud que preste el servicio. El plazo para la aplicación de la terminación voluntaria de la vida no deberá ser menor de siete días ni mayor a diez, después de contar con la aprobación del Comité de Bioética.<sup>240</sup>

Finalmente —conforme a la Iniciativa— es atribución de la Secretaría de Salud crear la norma correspondiente al uso y control de las sustancias destinadas para la terminación voluntaria de la vida.

Sin duda, independientemente del rechazo o aceptación instantánea —casi instintiva— que en muchos grupos de interés pueda despertar esta iniciativa de Ley, es de reconocerse, en primera instancia, que contribuye a introducir formalmente el debate sobre la eutanasia en México.

Como primera observación general pensamos que es ponderable la necesidad de una ley de estas características. Tal vez la mayor parte de su contenido, si no todo, podrían incorporarse al cuerpo de la Ley General de Salud, comenzando con las definiciones legales aportadas en el artículo 2o. y que hasta ahora no se encuentran previstas en ninguna disposición vigente en nuestro país.

240 El Comité de Bioética será integrado por siete miembros, de los cuales cuatro serán médicos, dos profesionales del derecho, la filosofía o la sociología, especialistas en bioética, y un representante de la persona enferma en estado terminal. La Secretaría de Salud conformará un Comité Nacional de Bioética Médica, encargado de la coordinación de los Comités de Bioética (artículo 36, LGDPET).

Revisando el contenido de los derechos que la ley consagra a favor de los enfermos terminales, hacemos las siguientes consideraciones.

### B. *Derecho a la información*

La Iniciativa del PRD expuesta anteriormente hace referencia al derecho a la información, tema sobre el que efectuamos las siguientes consideraciones. Las instituciones carecerían de importancia si los hombres y mujeres no tuvieran la menor noticia de su existencia, y las instituciones son importantes porque los individuos en sociedad comparten información acerca de ellas. La información es el lubricante más importante del conocimiento, las preferencias y las elecciones, y juegan un papel trascendental en las decisiones diarias de los individuos. Como sugiere Luis Villanueva, un mayor grado de información provocará, con toda certeza, que las decisiones que tomemos tengan menores posibilidades de ser equivocadas. Por ello, un individuo racional que se enfrenta a alguna decisión, convendrá informarse hasta donde le sea posible, en relación a lo que necesita decidir.<sup>241</sup>

La información disponible influye decisivamente en las elecciones y en la conducta de los individuos. Entre menor sea la información disponible, mayor será la incertidumbre y el riesgo de tomar decisiones erróneas. Veamos la consideración que sobre la información brota del genio de John Stuart Mill: “El gobierno, en lugar de expedir una orden y obligar a cumplirla, debería aconsejar y publicar información, para que los individuos ejerzan la libertad de usar sus propios medios en la persecución de sus intereses y del interés general”.<sup>242</sup>

Ciertamente, la información no es un bien intangible. En realidad se trata de un bien importante porque los individuos están dispuestos a pagar un precio por ella, y en consecuencia, se han formado importantes “mercados de información”. Ahora bien, dentro de estos intercambios de información se presentan con frecuencia problemas e imperfecciones, y para efectos de este trabajo, uno de los problemas presentes en las interacciones de los agentes a los que nos hemos referido, es el de la infor-

<sup>241</sup> Villanueva Villarreal, Luis, *Análisis económico de la eutanasia: un enfoque de bienestar con información asimétrica en presencia de cambios en el entorno legal*, tesis, México, ITAM, 2000, p. 10.

<sup>242</sup> Ayala Espino, José, *Mercado, elección pública e instituciones. Una revisión de las teorías modernas del Estado*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Facultad de Economía, 1996, p. 134.

mación asimétrica. La información asimétrica surge porque los actores (enfermo-médico, por ejemplo), tienen un acceso desigual a la información, y esto significa que se encuentra fragmentada y hay un margen mayor para que los individuos cometan errores en sus preferencias y elecciones sobre su tratamiento.

Este problema se puede presentar con frecuencia, como hemos anotado, en la relación médico-paciente. Quien acude con un médico puede: estar sano; creer que está enfermo; estar enfermo, leve o grave, o estar desahuciado y en fase terminal. Bajo todos y cada uno de estos supuestos, se pueden presentar supuestos de información asimétrica,<sup>243</sup> pero el paciente tiene el derecho a conocer en todo momento su estado clínico y con ello a generar expectativas sobre su futuro. Retomando a Villanueva, en un contexto médico este principio sostiene que cualquier persona tiene el derecho, de acuerdo con sus valores, compromisos y creencias, de determinar hasta qué punto deberá someterse a cualquier tratamiento recomendado por su médico. Todo paciente tiene derecho a la autodeterminación. Por ello, el consentimiento válido del paciente es un prerequisite esencial para la toma de decisiones médicas en toda circunstancia.<sup>244</sup> La información es la transparencia, la potestad que fortalece la autonomía de la voluntad del enfermo, con la debida información, y con la orientación objetiva, quien es el indicado para tomar decisiones concernientes a su salud o a su propia vida.<sup>245</sup>

### *C. Derecho a recibir tratamientos paliativos*

Siguiendo con nuestro análisis en torno a la Iniciativa del PRD, otro punto a comentarse es el relativo a los cuidados paliativos. El ideal, o más bien el mal menor, consiste en vivir los últimos instantes de la existencia con tanta comodidad y lucidez como sea posible. Es importante,

243 Un médico puede tener incentivos para mentirle a un paciente en relación con su estado clínico, en la medida en la que alargar un tratamiento le puede producir un mayor beneficio monetario. Este problema específico, conocido como “riesgo moral” puede dejarse de lado bajo el supuesto que la ética médica predominara sobre otra clase de incentivos, lo que daría lugar a que los pacientes son informados oportuna y verazmente sobre su estado clínico por el médico.

244 Villanueva Villarreal, *op. cit.*, nota 241, p. 12.

245 Un estudio documentado e interesante sobre los límites entre lo público y lo privado, confrontando el derecho a la información con el derecho a la vida privada en Carpiño, Jorge, *Vida privada y función pública*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoinc/cont/3/art/art2.pdf>, consultado el 21 de marzo de 2006.

en primer término, impedir que un enfermo sufra, ya que si bien, bajo ciertas perspectivas el dolor engrandece al sujeto, lo más frecuente es que lo degrade, lo deprima y le destruya su autoestima, amén de ser un asunto difícil de soportar para los familiares y amigos.

Los cuidados paliativos surgieron en Inglaterra, hace cerca de cuarenta años, para cubrir la grave falta de atención que padecían los enfermos en situación de enfermedad irreversible. La situación de dolor físico y emocional es uno de los problemas asistenciales que los equipos de cuidados paliativos deben resolver, y el servicio más valioso que puede ofrecer un centro de esta naturaleza, es un descanso de la carga que soporta el miembro o los miembros de la familia que atienden a un moribundo. Las unidades de cuidados paliativos, que existen primordialmente en los países más desarrollados, ofrecen una atención de enfermería y tratamiento del dolor excepcionalmente especializado, en un entorno afectuoso, garante de la dignidad humana, y libre de muchas de las limitaciones habituales que rodean a los hospitales normales.<sup>246</sup>

Sobre este tema, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha determinado que el manejo inadecuado del dolor, causado por el cáncer, es un grave problema de salud pública en el mundo. Cada año se registran mundialmente diez millones de casos nuevos de cáncer y seis millones de defunciones por esta enfermedad no transmisible. En veinte años, se duplicará la carga mundial del cáncer. Su incidencia, que actualmente es más alta en los países desarrollados, se desplazará a los países en desarrollo, como consecuencia de la aplicación de mejores estrategias de prevención y aumento del promedio de vida. La Alianza Mundial contra el Cáncer, de la OMS, ha estimado que en el año 2020, aproximadamente 70% de los veinte millones de casos de cáncer nuevos anuales surgirá en los países en desarrollo. Los analgésicos opioides, tales como la morfina, forman parte esencial del manejo del dolor causado por cáncer, y del cuidado paliativo. Sin embargo, estas drogas no están disponibles en muchos lugares o se hace difícil su manejo, ya sea por impedimentos legales, regulatorios o administrativos; por limitaciones financieras; por la percepción que tienen los médicos sobre el rol de las drogas; por falta de conocimiento del dolor y su manejo; por acciones gubernamentales para combatir el abuso; por falta de información a los médicos y a la población en general, o por ausencia de políticas de salud sobre cuidados pa-

246 Villanueva Villarreal, *op. cit.*, nota 241, p. 14.

liativos. Por su parte, el consumo de morfina ha aumentado en los países desarrollados en la última década, pero en América Latina y el Caribe es menor al 10% del consumo mundial.<sup>247</sup>

#### D. *Derecho a la terminación voluntaria de la vida*

El tema de mayor alcance en la Iniciativa del PRD es la solicitud para la terminación voluntaria de la vida. El proyecto de ley prevé el llenado de una solicitud, de manera similar a como se aplica en el estado de Oregon, Estados Unidos, con la *Death with Dignity Act* a la que nos hemos referido oportunamente, y también, al igual que en ese estado, prevé el supuesto de que el médico suministre los fármacos al interesado para que el enfermo se dé muerte a sí mismo. En estricto rigor, en este caso nos encontramos en un supuesto de suicidio asistido. Adicionalmente, está la modalidad en la que el médico provoca la muerte del enfermo, que en rigor es eutanasia y, finalmente, el supuesto en el que el médico, a petición del enfermo, interrumpe o no da inicio al tratamiento que contribuya a la prolongación de la vida, que en rigor es ortanasia.

#### E. *Comités de bioética*

La multicitada Iniciativa del PRD también prevé el funcionamiento de los comités de bioética. En los últimos cuarenta años se ha desarrollado extensamente una nueva disciplina que se ha ocupado de las cuestiones éticas vinculadas a temas emergentes del campo de la vida y la salud: la bioética. Esta disciplina pretende reflejar un lugar común para la ética y la vida: la necesidad de armonizar los hechos con los valores, el ser con el deber ser, la ciencia con la conciencia.

Varias causas han determinado el surgimiento de este nuevo campo del conocimiento. Podrían resumirse en dos:

- a) El avance científico tecnológico de los últimos cincuenta años que han enfrentado al hombre y a la sociedad a situaciones novedosas para las cuales no parece siempre haber una respuesta. Nuevas for-

<sup>247</sup> Organización Mundial de la Salud, *Primera Reunión del Mercosur sobre disponibilidad de opioides y tratamientos paliativos*, 20 y 21 de junio de 2002, OMS, Montevideo, 2003.

mas de nacer y morir, el desarrollo del Proyecto Genoma Humano, las terapias génicas, el desarrollo de la biología molecular, podrían ser algunos ejemplos.

- b) El surgimiento del derecho de los pacientes, resultado de la incorporación de la noción de autonomía del individuo en la medicina. Esta situación ha propiciado el surgimiento de nuevas interacciones entre el médico y el paciente.

En este contexto puede entenderse mejor una propuesta para la definición de bioética como el estudio sistemático de las conductas humanas en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dichas conductas se examinen a la luz de principios y valores morales.

Los comités de bioética son estructuras que tienen por objeto proteger los derechos y el bienestar de los seres humanos que son sujetos de tratamiento, haciendo respetar los principios éticos establecidos. Ahora bien, el riesgo más importante que puede presentarse es que este tipo de comités se pueden constituir bajo presión de grupos de interés, conformándose con profesionales sin experiencia en la temática y formación específica. Por esa razón deben estar constituidos por profesionales con cierta autoridad y experiencia para poder aprobar o rechazar cualquier petición y no verse presionados por actores estratégicos poderosos. En un país como el nuestro en el que la cultura tanatológica es prácticamente inexistente, habría que hacer un esfuerzo de titanes para que rindan sus frutos en el mediano plazo. Por último, si bien en el proyecto del PRD se dispone que las decisiones del Comité pueden ser impugnadas, no se establecen con precisión los medios de impugnación aplicables.

Como era de esperarse, la iniciativa presentada por el PRD suscitó un intenso y efímero debate que terminó por archivar dicha iniciativa. De ese par de semanas intensas de octubre de 2005, algunos editorialistas e intelectuales nos dejan con sus reflexiones el siguiente epítome:

En este debate, muchas voces trataron de hacer creer a la gente que el proyecto legal era de exterminio y no de libertades (Gilberto Rincón Gallardo).<sup>248</sup>

El 2006 y, más específicamente, el día de las elecciones presidenciales han detenido al parecer la vida del país, o al menos, han profundizado la impresión: al hablar cada uno de los candidatos se atiene a generalidades por el mie-

<sup>248</sup> Rincón Gallardo, Gilberto, "Eutanasia, no eugenesia", *Diario Reforma*, 29 de octubre de 2005.

do a perder votos, a enemistarse con un sector poderoso. Si no se ofrecen los puntos de vista es porque, con cuidado, se busca carecer de ellos, estorban (Carlos Monsivais).<sup>249</sup>

El secretario de Gobernación eleva los dictados morales de su persuasión religiosa por encima de las exigencias generales del Estado democrático. Arriba de la ley fundamental, su fe. El funcionario actuando como nuncio, representante de la cabeza de la iglesia católica frente al Estado mexicano. Abierta deslealtad institucional (Jesús Silva-Herzog Márquez).<sup>250</sup>

El proyecto legal se vino abajo. Sus promotores se quedaron solos y el apoyo de sus partidos se disolvió. Sin embargo, la iniciativa aportó elementos para elevar el debate en nuestro país sobre la terminación de la vida con dignidad, y sobre los derechos de los enfermos terminales y la ortanasia en la legislación de salud correspondiente. Era de esperarse que el tema volvería a la opinión pública en no mucho tiempo, en virtud de su estrecha vinculación al siempre vivo tema de los derechos fundamentales.

## *2. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 312 del Código Penal Federal y se crea la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo*

El 12 de abril de 2007 el senador Lázaro Mazón Alonso, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó ante el Senado de la República la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 312 del Código Penal Federal y se crea la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo.

En su exposición de motivos se afirma que la autodeterminación es garantía ineludible del ser humano, pues finalmente es la persona y sólo ella quien decide, de acuerdo a sus valores, lo que a su juicio es digno o no. La conservación de la dignidad es a su vez un postulado de la independencia, el individuo deberá entonces enfrentar a la muerte con la misma dignidad con la que enfrenta la vida. Asimismo, el derecho a una muerte digna se concibe filosóficamente como parte del proceso del

<sup>249</sup> Monsivais, Carlos, “La eutanasia, el testamento en vida y las tribulaciones del derecho natural”, *Proceso*, 30 de octubre de 2005.

<sup>250</sup> Silva-Herzog Márquez, Jesús, “El nuncio en Gobernación”, *Diario Reforma*, 24 de octubre de 2005.

hombre que encara la vida como un principio que, indefectiblemente, tiene un fin que a su vez tiene que ser pensado en los mismos términos en que se piensa la vida: de forma libre, digna y responsable. Añade dicha exposición de motivos que existen elementos que necesariamente deben ser ejes de una propuesta de tal magnitud, como lo son:

- 1) El reconocimiento de la dignidad humana como una condición inherente al ser humano.
- 2) El respeto a la libertad de autodeterminación de los individuos.
- 3) El contar con un diagnóstico certero de que la enfermedad es crónica e irreversible y que se tiene una esperanza de vida menor a seis meses, donde la presencia de dolores y malestares sean insoportables.
- 4) El reconocimiento de un documento en el que se puede plasmar los deseos de cada individuo en relación al trato que desea se le dé a su persona, en caso de caer en condiciones tales de inconsciencia, que sea incapaz de hacer manifiesta su voluntad de que se le aplique una muerte digna.
- 5) La creación de una comisión dictaminadora que posea las facultades necesarias para el análisis de las solicitudes del derecho a una muerte digna.
- 6) El establecimiento de reformas necesarias en otros ordenamientos como el Código Penal, para regular la práctica del derecho a una muerte digna.

Por otra parte, resulta necesario adecuar el Código Penal Federal a fin de dotar de una eximente de penalidad a los profesionales de la salud que privilegien el derecho a una muerte digna, de conformidad con esta Iniciativa denominada Ley General de Suspensión del Tratamiento Curativo.

La exposición de motivos concluye aseverando que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica, entonces, el derecho a morir dignamente.

La Iniciativa a la que se hace referencia, incluye la reforma al artículo 312 del Código Penal Federal, para quedar como sigue:

Artículo 312. El que preste auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

No se aplicará pena alguna para el profesional de la salud que actúe de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Suspensión de Tratamiento Curativo.

La propuesta de Ley General de Suspensión de Tratamiento consta de 103 artículos, y de ellos extraemos lo que en nuestra opinión es lo más relevante:

- La Ley tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos de los pacientes en estado terminal y de toda persona que manifieste su voluntad de que se le aplique la presente por medio de su declaración anticipada (artículo 1o.).
- Se entenderá por carta de declaración anticipada al documento otorgado ante fedatario público, a través del cual un ciudadano con pleno uso de sus facultades mentales, plasma su voluntad de que se le aplique la suspensión voluntaria de tratamiento curativo una vez que se encuentre con diagnóstico de enfermedad terminal y no pueda, por motivos relacionados a su estado posterior de salud, manifestar su voluntad acerca de la misma (artículo 3o., f. II).
- Se entenderá por solicitud de suspensión voluntaria de tratamiento, el documento por medio del cual el representante legal de un paciente en estado terminal, menor de edad o que por su estado de salud no pueda hacer pleno uso de sus facultades mentales, solicita la suspensión voluntaria de tratamientos curativos o paliativos en los términos de la presente Ley (artículo 3o., f. XI).
- Los pacientes en estado terminal tienen derecho a recibir la atención médica adecuada, un trato digno y respetuoso, la información clara y suficiente sobre su estado médico, decidir libremente sobre su atención, la confidencialidad, recibir tratamiento contra el dolor y cuidados paliativos, y la suspensión del tratamiento (artículo 4o.).

- El paciente en estado terminal podrá, en todo momento, recibir una segunda opinión sobre el diagnóstico pronóstico y tratamiento relacionado con su estado de salud (artículo 7o.).<sup>251</sup>
- El paciente en estado terminal tiene derecho a ser suficientemente informado sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de su enfermedad, así como de los derechos que le otorga la presente Ley (artículo 11).
- El paciente en estado terminal podrá, en cualquier momento, manifestar su voluntad de no ser informado acerca de su derecho a la suspensión de tratamiento (artículo 17).<sup>252</sup>
- El paciente en estado terminal tiene derecho a la suspensión de tratamiento curativo en los términos dispuestos por esta Ley (artículo 25).
- Queda totalmente prohibida la aplicación de la suspensión de tratamiento, en todas sus formas, a pacientes en estado terminal extranjeros (artículo 26).<sup>253</sup>
- La solicitud de suspensión voluntaria de tratamiento curativo deberá otorgarse por escrito y ante notario público (artículo 36).
- La solicitud de suspensión voluntaria de tratamiento curativo deberá ser presentada ante el Comité Nacional de Bioética Médica de la institución de que se trate (artículo 37).
- La aplicación de la suspensión voluntaria de tratamiento curativo, supone la cancelación de todo medicamento que busque contrarrestar la enfermedad terminal del paciente (artículo 39).
- El paciente en estado terminal menor de edad o que se encuentre en algún estado que le impida el pleno ejercicio de sus facultades mentales, o bien no pueda, por motivos relacionados a su estado de salud, manifestar su voluntad, tiene derecho a la suspensión anticipada de tratamiento curativo (artículo 41).
- Toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, puede en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad de que le sea aplicada la suspen-

251 Consideramos que la expresión “segunda opinión”, de uso frecuente en el ámbito médico no tiene que implicar una limitante a la cantidad de opiniones que un paciente desee obtener en relación a su padecimiento.

252 La redacción de este artículo es, cuanto menos, paradójica y confusa.

253 Este precepto tiene una muy dudosa constitucionalidad.

sión voluntaria de tratamiento curativo en caso de que llegase a padecer una enfermedad terminal, por medio de la Carta de Declaración Anticipada (artículo 51). Dicha Carta de Declaración Anticipada deberá ser otorgada por escrito ante notario público (artículo 52). La Carta de Declaración Anticipada surtirá efectos sólo en el caso de que el declarante no pueda, por motivos de su estado de salud, manifestar su voluntad respecto de los derechos que le otorga la presente Ley (artículo 53).<sup>254</sup>

Aparentemente, este proyecto de Ley ha contado con un respaldo significativo al interior del Senado de la República, así que es factible que a la aparición de este libro, ya se encuentre en vigor lo que, con algunos matices que hemos señalado con notas a pie de página, nos parece un discreto paso en la dirección correcta.<sup>255</sup>

## V. DISPOSICIONES CONCERNIENTES A LA VIDA Y LA SALUD

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

Las disposiciones anticipadas irían dirigidas al profesional de la salud responsable, y en ellas la persona capaz deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad. En dichas disposiciones anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supues-

<sup>254</sup> No queda claro en el texto de la Iniciativa si esta Carta de Declaración Anticipada debe ser sometida al tamiz del Comité de Bioética.

<sup>255</sup> Nuestras propuestas específicas concernientes a este tema quedaron consagradas desde mediados de 2006 en García Villegas, Eduardo “La necesidad jurídica de disposiciones para tutelar la propia incapacidad”, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, México, julio de 2006.

to de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte.

En consecuencia, en el ámbito del título décimo cuarto de la Ley General de Salud podría añadirse un artículo que, en sentido general, disponga lo siguiente:

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

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

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

Artículo XXX. Toda persona puede designar a un representante terapéutico encargado de pronunciarse en su lugar sobre la elección de los cuidados que desea recibir en las circunstancias descritas en el artículo anterior.

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

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

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

Artículo XXX. Si el paciente es incapaz de discernimiento, el profesional de la salud debe corroborar si aquél redactó disposiciones a las que se refiere

al artículo XXX o designó un representante terapéutico. En ausencia de disposiciones o representante terapéutico, el profesional de la salud debe obtener el consentimiento de su representante legal o, en su defecto, solicitar el consentimiento de sus familiares después de haberles proporcionado la información necesaria.

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

Otro aspecto que debería añadirse a la Ley General de Salud, también en el ámbito de su título décimo cuarto, es el concerniente a las disposiciones del enfermo terminal, en los siguientes términos:

Artículo XXX. Se entiende, dentro del marco de esta ley, por enfermedad terminal, a aquella patología irreversible que no admite, dentro del campo de la ciencia médica, posibilidad alguna de cura, según el diagnóstico del profesional de la salud que atiende al paciente y la consideración de una junta médica de no menos de dos especialistas en la afección de que se trate. El diagnóstico deberá especificar cuál es la enfermedad que padece el paciente y contener un pronóstico que de modo razonable, y en condiciones normales, señale que se producirá la muerte del paciente en un término que, previsiblemente, no excederá los seis meses.

Artículo XXX. Toda persona capaz, mayor de dieciocho años, en previsión de una enfermedad terminal puede, en cualquier momento, manifestar en sus disposiciones ante notario:

a) Su voluntad de consentir o rechazar determinado tratamiento médico, cirugía, técnicas artificiales de prolongación de la vida así como también, expresar su deseo de morir en su casa o en otro lugar de su elección.

b) Designar a una persona capaz para que en caso de inconciencia o incapacidad sobreviniente haga cumplir su voluntad respecto de las disposiciones a adoptar, y en caso de no haber previsto alguna situación, este representante o agente tomará las decisiones sobre cuidado de la salud o vitales por él. El representante designado, al tomar las decisiones sobre el cuidado de la salud o vitales considerará:

1. Los valores y las convicciones que el mismo conoce como propios del enfermo terminal incapaz y cree que ésta seguiría teniendo si todavía fuera capaz.

2. Cualquier otra voluntad manifestada por el enfermo terminal incapaz con respecto al tratamiento que no sea necesario seguir, y

3. Si un tratamiento menos restrictivo o menos invasor podría aportar el mismo beneficio que el tratamiento propuesto.

c) El declarante puede prever en su declaración el contenido de los incisos a) y b), combinando las disposiciones sobre su propia voluntad y la designación de un representante. En este caso, deberán prevalecer las decisiones escritas del paciente. Y si surgen dudas sobre la interpretación de su voluntad, el representante intervendrá para tal efecto.

Artículo XXX. Para poder redactar una disposición válida, será necesario cumplir con los siguientes requisitos:

a) Que sea hecha ante notario.

b) Que el paciente sea mayor de edad y que esté en pleno uso de sus facultades mentales.

e) Que la declaración se haga de manera voluntaria, reflexiva, sin ninguna presión exterior.

Artículo XXX. Las disposiciones deben ser hechas ante notario y serán inscritas en el Registro Nacional de Avisos de Testamento.

Artículo XXX. Las disposiciones serán válidas hasta en tanto el paciente no las revoque por cualquier modo, sea en forma oral, escrita o por signos inequívocos.

Artículo XXX. En caso de embarazo de la enferma, se rechazará el retiro de procedimientos de prolongación de la vida si, de mantenerlos, podría salvarse la vida del *nasciturus*.

Otros preceptos que consideramos conveniente reformar en la Ley General de Salud son los concernientes a donaciones y trasplantes. En términos de su artículo 321, la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes. Pero el artículo 326 establece una restricción importante al disponer que el consentimiento tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido. En consecuencia, se propone añadir a la Ley General de Salud un artículo 325 bis, en los siguientes términos:

Artículo 325 bis. Una persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede efectuar disposiciones en previsión de su propia incapacidad en las que otorgue su consentimiento tácito o expreso para que, en vida o después de su muerte, cualquiera de los componentes de su cuerpo se utilicen para trasplantes, dentro de las disposiciones de esta ley.

Con referencia a los trasplantes, existen dos fuertes candados a las personas incapaces que deseen efectuarlos. Por una parte, el artículo

332 de la Ley General de Salud, en su último párrafo dispone que en el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte. Por otra parte, el artículo 333 de la ley aludida dispone que para realizar trasplantes entre vivos, se deberá ser mayor de edad y estar en pleno uso de facultades mentales.

Finalmente, en el caso de la ortanasia, éste es un privilegio que la Ley General de Salud reserva a varias personas sin tomar en cuenta la voluntad del directamente interesado, el paciente. En efecto, el artículo 345 dispone que no existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización del cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme al orden expresado, se prescindiera de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte encefálica comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.<sup>256</sup>

Proponemos la reforma de este precepto en el que en primer lugar se tome en cuenta la voluntad del paciente, en los siguientes términos.

Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que en virtud de disposición previa efectuada ante notario por la persona que presente muerte encefálica comprobada o, en su caso, del representante que haya designado para tal efecto, se prescindiera de los medios artificiales que evitan que se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343. En ausencia de disposiciones previas, la decisión prevista en este artículo se efectuará conforme al siguiente orden: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.

### 1. *Críticas a las disposiciones anticipadas para el cuidado de la salud*

Como lo refiere Emanuele Caló en su excelente ensayo sobre bioética,<sup>257</sup> se ha dicho de manera provocativa que la autodeterminación en el ámbito de la salud constituye un lujo de las modernas economías occi-

<sup>256</sup> La ausencia completa y permanente de conciencia; la ausencia permanente de respiración espontánea; la ausencia de los reflejos del tallo cerebral; y el paro cardíaco irreversible.

<sup>257</sup> Caló, Emanuele, *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, pp. 240 y ss.

dentales. En su magnífico ensayo *Dworkin*<sup>258</sup> *on Dementia. Elegant Theory, Questionable Policy*,<sup>259</sup> Rebecca Dresser cita el caso de Margo, enferma de Alzheimer, en condiciones de llevar una existencia poco útil (no consigue fijar recuerdos), aunque de todos modos serena. De acuerdo con las teorías de Dworkin,<sup>260</sup> hay que distinguir los *experimental interests* (que compartimos con los otros, como “ver la película *Casablanca* una vez más”) de los *critical interests* (esperanzas y fines que dan un genuino significado y coherencia a nuestras existencias y se manifiestan en proyectos como las amistades, el trabajo y la educación de los hijos). Dworkin sostiene que los *critical interests* de Margo deben ser considerados en el momento en que era capaz. Si en sus *advance directives* Margo hubiera pedido que se le rehusaran los tratamientos en caso de demencia, negar valor a su voluntad de entonces sería una forma inaceptable de paternalismo moral. Dresser está en desacuerdo con Dworkin porque (entre otras cosas) la visión que puede tener una persona sana de la demencia no es necesariamente correspondiente a la realidad, en la que dicha condición depende también de la variable ambiental. Una política de absoluta adhesión a las *advance directives* —afirma Dresser— conduce a rehusar a personas como Margo la libertad de la que gozamos nosotros, de cambiar aquélla de nuestras decisiones que entran en conflicto con nuestros sucesivos *experimental interests*.

Otro punto que puede generar conflicto, según Dresser, es la eventual contradicción entre *advance directives* y *best interest* del paciente, y a este respecto, hace referencia a un caso relativo a una paciente que había rehusado tratamientos intensivos en las *advance directives*, para más tarde negar su consentimiento a la remoción del respirador. Luego de algunas controversias la paciente fue llevada a otro hospital, que otorgó la autorización a la remoción del respirador que había negado el primer hospital. La muerte sobrevino la semana siguiente a la segunda internación. Dresser, asimismo, considera que la mayor parte de quienes formulan las *advance directives* supone que serán ignoradas si hubiera buenas

258 Ronald Dworkin (Estados Unidos, 1931) es uno de los máximos exponentes en la actualidad de la filosofía del derecho.

259 Dresser, Rebecca, “Dworkin on Dementia: Elegant Theory, Questionable Policy”, *Hastings Center Report*, Washington, vol. 25, núm. 6, noviembre-diciembre de 1995.

260 *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993.

razones para hacerlo, a pesar de que el método estándar de las *advance directives* ignore esa posibilidad.

En Estados Unidos, se han puesto en la mesa de discusión otros aspectos que despiertan una inquietud dilemática en quienes no ven a las disposiciones anticipadas ante la propia incapacidad como la figura que resuelve todos los aspectos de la autonomía de la voluntad, y sobre los que valdrá la pena reflexionar:

- 1) ¿Qué peso debe atribuirse a los intereses, inclusive económicos, de sujetos diferentes del propio interesado?
- 2) Decidir no adoptar decisión alguna (*Choosing not to choose*) es un importante tema para investigaciones futuras.
- 3) Si bien en lo abstracto la voluntad reina soberana, ciertos estudios revelan la tendencia a dar preferencia a la identidad de quien decide y no al valor de las decisiones.<sup>261</sup>
- 4) Muchos ancianos no toman en cuenta las *advance directives* porque prefieren confiar las decisiones a sus familiares.

En todo caso, los críticos de las *advance directives* las recomiendan únicamente en aquellas personas que:

- a) Tengan preferencias muy específicas o inusuales.
- b) No quieran confiar ningún poder de decisión a los familiares, inclusive a causa de eventuales conflictos; o bien
- c) Sean individuos sin familia ni otras personas en quien confiar.

No obstante, las *advance directives*:

- a) No deberían siquiera ser utilizadas como un medio para suprimir tratamientos adecuados pero caros.
- b) No deberían tampoco llegar a una constricción de los médicos que los obligue a sobrepasar los estándares éticos y profesionales; y
- c) La justa utilización de recursos médicos escasos no debería sobrepasar, en el caso de las directivas vitalistas, un nivel razonable de tratamiento.<sup>262</sup>

<sup>261</sup> Sachs, G. A., "Increasing the Prevalence of Advance Care Planning", *Hastings Center Report*, Washington, 24 (6): S13-6, noviembre-diciembre de 1994.

<sup>262</sup> High, D. M., "Families Roles in Advance Directives", *Hastings Center Report*, Washington, noviembre-diciembre de 1994, p. 18.

Las críticas que hemos enunciado nos parecen atendibles y coadyuvan al enriquecimiento del debate sobre la autodeterminación de la persona y sobre el contenido y alcance de las disposiciones ante una eventual incapacidad.

*2. Contenido de disposiciones previas a la propia incapacidad sobre la información, la salud, los cuidados médicos, la muerte y posteriores*

A la luz de las experiencias a las que se ha hecho mención en este trabajo así como la denominada *Biocard* italiana (uno de los instrumentos en la materia más completos en éste ámbito), consideramos que podría integrarse un “documento marco” de ayuda para la redacción de disposiciones en previsión de la propia incapacidad que toda persona podría utilizar ante el notario. Entre los aspectos que pueden incluirse en las disposiciones previas a la propia incapacidad se debe considerar:

- 1) Si se desea o no que, en caso de enfermedad, se efectúen y se prosigan todas las posibles intervenciones capaces de sostener la vida.
- 2) Si se desea o no que se emprendan medidas dirigidas a aliviar los sufrimientos, aun cuando si con las mismas se arriesgara anticipar el fin de la propia vida.
- 3) Disposiciones para después de la muerte (funeral; donación de órganos con fines de trasplante).
- 4) Delegaciones específicas al representante.

Por otra parte, en relación a estas materias, es de destacarse la campaña “Para regalar algo que no se puede comprar. Dona tus órganos. Asegura tu voluntad”, emprendida por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, bajo la atinada presidencia (2005-2006) del notario David Figueroa Márquez, y que se ofrece como un servicio gratuito a todo aquél que tenga interés e intención de efectuar disposiciones certificadas ante notario sobre la donación de sus órganos.

## VI. TUTELA VOLUNTARIA

Vemos con buen talante la reciente inclusión de la tutela voluntaria en nuestra legislación civil, y no se aprecia ninguna objeción razonable

para que una persona capaz pueda nombrar a su propio tutor ante la eventualidad de su propia incapacidad. Hemos visto que en nuestro país, un puñado de entidades federativas cuentan en sus respectivas legislaciones civiles con tutelas voluntarias. No obstante, el avance legislativo registrado a la fecha sigue siendo insuficiente para dar respuesta a las necesidades de la población de la república. En consecuencia, es plenamente necesaria la expansión de esta figura en el ordenamiento jurídico mexicano.

Ahora bien, como se comentó en el capítulo tercero, el Código Civil podría prescindir del requerimiento al notario de agregar un certificado médico expedido en materia de psiquiatría, por lo que podría quedar de la siguiente manera:

Artículo 469 ter. Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad. En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal requeriría de una adición en su artículo 904, para quedar como sigue:

Artículo 904. La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que refiere el artículo 450 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

...

VII. En cualquier momento la persona podrá acudir ante el notario público para nombrar un mandatario a efecto de que administre todo su patrimonio en la forma y términos en que lo instruya. Asimismo, podrá otorgarle facultades para disponer post-mortem de sus tejidos y órganos y en su caso sujetarse a las disposiciones para evitar que se le prorrogue la vida innecesariamente en caso de tratarse de una enfermedad terminal. En estos casos el mandato no terminará con la incapacidad del mandatario y no será aplicable el artículo 2495, fracción IV.

## VII. MANDATO EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

Existe consenso en el sentido de que una de las instituciones jurídicas más útiles y adaptables a cada necesidad concreta del ser humano es la representación, toda vez que permite obviar las limitaciones y eventualidades que le pueden ocurrir a cualquiera. Los también denominados apoderamientos preventivos<sup>263</sup> implican la declaración unilateral y receptiva por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre. En este orden de ideas, el apoderamiento preventivo es un instrumento por medio del cual una persona física capaz transmite intencionalmente a otra persona, física o jurídica, también capaz su representación voluntaria. Esto para que en su nombre realice actos jurídicos y materiales en sus relaciones de tipo económico o personales, o en ambas esferas del patrimonio, a partir de su estado de incapacidad, ya que es su deseo que la representación conferida no termine por su incapacidad, sino que permanezca vigente todo el tiempo que dure la misma.<sup>264</sup>

Hemos visto que la fracción IV del artículo 2595 del Código Civil para el Distrito Federal obstaculiza a la persona capaz la posibilidad de autorregular o prever las situaciones propias de su incapacidad conforme a la autonomía de su voluntad. En consecuencia, es menester propugnar para que en nuestro ordenamiento jurídico se acepte y ponga en vigor la existencia de mandatos otorgados en contemplación de esa situación de incapacidad y que faculten al mandatario para actuar válidamente en nombre del mandante, con independencia de la capacidad concreta de éste.

Existen dos supuestos sobre los que podría buscarse la vía para solventar esta propuesta:

- a) Que los mandatos subsistan aun en caso de incapacidad del mandante. Se trata del sistema irlandés, en el que el mandato subsiste aun en el supuesto de incapacidad, pero con el requisito añadido de que debe ser objeto de inscripción en un registro especial, previa

263 A propósito de los denominados sistemas de control preventivo, Valadés, Diego, *Extensión y límites del control constitucional*, [http://www.buap.mx/investigacion/invesju/ri/tlame/19y20/p\\_27.pdf](http://www.buap.mx/investigacion/invesju/ri/tlame/19y20/p_27.pdf) consultado el 8 de diciembre de 2005.

264 Cárdenas González, Fernando Antonio, *op. cit.*, nota 192, p. 55.

declaración por un médico de la disminución de facultades del mandante. Es también el sistema de derecho griego, en el que el poder subsiste aun en caso de incapacitación judicial si el mandante lo ha dispuesto así, pero sin perjuicio de su posible revocación por su representante legal.

- b) Que se prevea la existencia de mandatos casualizados, que se otorgan en previsión de la futura incapacitación, expresándose esta circunstancia en el mandato. A este sistema responden tanto la institución alemana del *Vorsorgevollmacht* como la británica del *Enduring Power*. Se diferencian ambas en que el mandato alemán no necesita requisito adicional alguno para su eficacia, mientras que el británico precisa, además de la declaración de su subsistencia por mandante y mandatario y de la observancia en su redacción de unas fórmulas preestablecidas, de la inscripción del mandato en el tribunal de protección en el momento en que el mandante ha devenido incapaz. Ahora bien, la sanción por falta de inscripción consiste no en la nulidad del negocio representativo sino en la responsabilidad personal del mandatario.<sup>265</sup>

#### SISTEMAS DE MANDATOS QUE SUBSISTEN EN INCAPACIDAD

<i>Irlandés</i>	Inscripción en registro especial, previa declaración del médico de la disminución de facultades del mandatario
<i>Griego</i>	Subsiste aún en caso de incapacitación judicial si el mandante lo ha dispuesto así.
<i>Alemán</i>	Mandato otorgado expresamente en previsión de la propia incapacitación, expresándose esta circunstancia en el mismo.
<i>Británico</i>	Mandato otorgado expresamente en previsión de la propia incapacitación, expresándose esta circunstancia en el mismo y precisando además de declaración de subsistencia por mandante y mandatario e inscripción en el Tribunal de Protección.

<sup>265</sup> Martínez García, Manuel Ángel, *Protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, p. 140.

La interdicción del mandante o del mandatario termina con el mandato. La razón es que al quedar privado el mandante, por efecto de la declaración de interdicción, de la posibilidad de revocar, la adecuada protección de sus intereses implica necesariamente la extinción automática del mandato, cosa que nos parece sensata. Ahora bien, existen opiniones en el sentido que la incapacidad puede tener sus matices, que puede ser reversible, y que por ello no hay fundamento para entender que el mandato quede extinguido en cuanto se refiriese a facultades que el mandante conserva después de la declaración de interdicción. Asimismo, es digna de tomarse en cuenta la opinión del tratadista español José Hupka, quien consideraba que la capacidad del mandante sólo debe ser evaluada en el momento de la concesión del mandato: una vez otorgado, subsiste como negocio abstracto que es, hasta su extinción. El que concluye el negocio representativo es el mandatario, y no el mandante, por más que los efectos recaigan en cabeza de éste, por lo que sólo habrá que atender a la capacidad del primero para evaluar la eficacia del negocio jurídico celebrado.<sup>266</sup>

La legislación no hace referencia al caso del comatoso, en que evidentemente no hay declaración de interdicción por requerir ésta de un proceso judicial. Sin embargo, no hay duda del estado de incapacidad en que se encuentra una persona en estado comatoso o en vida vegetativa, y que precisamente ese sería el momento en que su apoderado requeriría hacer uso de sus facultades para representar al poderdante. En este supuesto, se debe prever la posibilidad de que el poderdante manifieste que el poder otorgado subsista o, en su caso, se termine si se cae en estado comatoso o en vida vegetativa.

Consideramos de imperativa importancia la regulación en nuestro sistema jurídico de los mandatos en previsión de la propia incapacidad, con los siguientes caracteres fundamentales:

- a) En cuanto al mandante, deben regir respecto de su capacidad las normas generales para el otorgamiento de mandatos: para conferirlo necesitará la misma capacidad que para celebrar los actos y negocios a que el mandato se refiere.
- b) En cuanto al mandatario, podrá serlo cualquier persona física o jurídica capaz.

- c) Por lo que se refiere al contenido, el otorgamiento de las facultades quedará a discreción del mandante, ya que nadie mejor que él para decidir al respecto, si el mandato ha de ser general o especial, si implica únicamente la esfera patrimonial o extramatrimonial, o ambas, la duración de la representación, la rendición de cuentas, entre otros. El mandante, si así lo desea, debe hacer constar en el instrumento donde se transmita la representación que ésta no se dará por terminada en la eventualidad de que resulte incapaz.
- d) En cuanto a la forma, es indispensable la documental pública, con la debida intervención del notario.
- e) Relativo al momento desde el cual el mandato ha de desplegar sus efectos, consideramos que debe ser a partir del mismo momento en que es otorgado. Esto no es obstáculo para que, en caso de declaración expresa del mandante, pueda relegarse su eficacia a un momento posterior, mediante la determinación de un término inicial y mediante el condicionamiento a un determinado dictamen pericial.
- f) Los mandatos preventivos o en previsión de la propia incapacidad deben ser inscritos en el registro correspondiente. Dicho registro será declarativo de derechos y no constitutivo, no será privado sino de publicidad restringida.
- g) El mandato podría ser revocado por el juez, a petición de la parte interesada, ya sea el tutor, el curador, el Ministerio Público o los parientes a quienes la ley concede el derecho a heredar, si media causa justa que amenace comprometer el patrimonio del incapaz. Adicionalmente, mientras el mandante no sea declarado incapaz puede revocarlo sin problema, con la correspondiente intervención del notario.
- h) En el procedimiento de interdicción, el juez deberá solicitar informes al registro correspondiente para conocer si existe disposición o si la que le es presentada por el promovente, en su caso, es la última otorgada por la persona de cuya interdicción se trata.

Por lo anterior, las modificaciones legislativas podrían efectuarse al siguiente tenor:

Artículo 2548, CCDF. Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado. El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la sa-

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

Artículo 2555...

I...

II...

III...

IV. En el supuesto del segundo párrafo del artículo 2548.

Artículo 2595...

I...

II...

III...

IV. Por la interdicción de uno u otro, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del segundo párrafo del artículo 2548 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz.

V...

VI...

En consecuencia, es necesario que la capital de la república haga eco del ejemplo del estado de Coahuila y, a su vez, sea modelo para las legislaciones de otros estados y se logre romper el dogma que dispone que el mandato termina con la interdicción del mandante.

### VIII. HIPOTECA INVERSA

La hipoteca es un derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, por manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley para asegurar el pago de un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento, pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda. Esta definición es congruente con lo dispuesto por el artículo 2893 del Código Civil, que regula a esta figura jurídica.<sup>267</sup>

<sup>267</sup> García Mendieta, Carmen, "Hipoteca", *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. IV.

Los caracteres esenciales que la doctrina atribuye a esta figura, que sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados son los siguientes:

- a) Realidad. Es un derecho real, es decir, que siempre se tiene sobre el bien, aunque éste pase a poder de otro poseedor o cambie de propietario. De este carácter derivan los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago.
- b) Accesoriedad. El derecho real de garantía es siempre accesorio de una obligación personal, cuyo cumplimiento garantiza.
- c) Inseparabilidad. La hipoteca seguirá al bien a pesar de las transmisiones del dominio que sufra el mismo, y será oponible a terceros de buena o de mala fe.
- d) Indivisibilidad. Esto implica que, aunque la deuda garantizada sea reducida por pagos parciales, el gravamen hipotecario permanece íntegro.
- e) Especialidad. La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados; nunca es tácita ni general.
- f) Publicidad. El requisito de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad es indispensable para que el gravamen tenga validez frente a terceros. Ahora bien, la falta de inscripción no invalida el acto realizado entre las partes.<sup>268</sup>

En los últimos años y en otras latitudes, debido a la necesidad de ampliar la oferta de servicios adecuada dirigida a las personas en previsión de su propia incapacidad, están apareciendo nuevos instrumentos financieros que tratan de buscar nuevas fórmulas de cobertura de las circunstancias que aparecen en la vejez, tras la vida laboral de las personas. Entre ellos se encuentra la denominada “hipoteca inversa”.

Las estrecheces económicas de los adultos mayores son un elemento determinante para que un porcentaje elevado de este sector de la población tenga como único ingreso económico su pensión de la seguridad social, una cantidad que generalmente resulta insuficiente para pagar la estancia en un centro geriátrico o adaptar su vivienda a las nuevas necesidades derivadas de la edad. Además, para muchos adultos mayores, el retiro no supondrá entrar en un periodo de contención de gastos sino todo lo contrario, ya que deben hacer frente a gastos derivados de nuevas

necesidades de salud, atención o dependencia, y, por lo tanto, la obtención de rentas complementarias se convierte en una necesidad acuciante para un buen número de ellos.

Una posibilidad financiera no sólo para las personas mayores sino para toda persona en previsión de su propia incapacidad sería transformar la vivienda en propiedad en un instrumento de previsión. En la actualidad, la principal modalidad para convertir el patrimonio inmobiliario en rentas es la hipoteca inversa.

Este instrumento financiero consiste en la contratación de una hipoteca a cambio de una renta mensual o de fondos extraordinarios, con lo que se costea la renta de una persona mayor y los intereses de la hipoteca. Es decir, se trata de un crédito que en lugar de pagar se cobra. El cliente —sin perder la titularidad de la casa— puede disponer de la cantidad otorgada en una o varias veces o puede optar por el cobro de una renta mensual durante el resto de su vida. El beneficiario tiene garantizado que hasta que no haya fallecido no se ejecutará la hipoteca, aunque haya vencido el plazo del contrato. Una vez producido el fallecimiento, los herederos deciden si cancelan el préstamo (el capital dispuesto más los intereses), establecer una nueva hipoteca por el valor adecuado manteniendo la vivienda, o si prefieren vender la propiedad.

En España, la hipoteca inversa es un producto especialmente orientado para las personas mayores que suelen tener un patrimonio (vivienda completamente pagada) que no pueden monetizar, porque ningún banco les concedería una hipoteca. La hipoteca inversa tiene precisamente ese objetivo, el de monetizar ese patrimonio para hacer frente a las necesidades financieras en esa etapa de la vida. Se trata de un crédito concedido al anciano contra el valor de su vivienda, comprometiéndose la entidad financiera a no reclamar ningún importe mientras la casa no sea vendida o mientras la persona no fallezca. En este caso, los herederos podrán optar por devolver las cantidades concedidas, vender la vivienda para cancelar el crédito o refinanciarla con otro tipo de producto. La forma de concesión del crédito es flexible: toda la cantidad en el momento de la concesión, una renta periódica, una línea de crédito para casos de necesidad; cualquier combinación con un solo límite: el precio de la vivienda. A diferencia de otros planteamientos más habituales, en este caso no se produce una transacción de la propiedad (es decir, el banco no se convierte en propietario de la vivienda), sino que la persona sigue siendo dueña de su vivienda.

A pesar de que aún es incipiente la regulación en materia de hipoteca inversa, y de que pudieran existir ciertos “focos rojos” por resolver,<sup>269</sup> se trata de una forma interesante de cubrir las necesidades económicas de las personas en previsión de su propia incapacidad, que podrán hacer uso de los recursos acumulados a lo largo de una vida de esfuerzo.

En consecuencia, proponemos incluir en el Código Civil en el título que regula a la hipoteca, un capítulo III bis denominado “de la hipoteca inversa”, en los siguientes términos:

Artículo 2939 bis. Se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya una vivienda habitual, solicitado por una persona física de edad igual o superior a 60 años cuya finalidad sea obtener para el solicitante, directa o indirectamente, una renta, sin perjuicio de la disposición de parte del crédito de una sola vez. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social.

Artículo 2939 ter. Los herederos del deudor hipotecario, al fallecimiento de éste, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas, con sus intereses. En las cancelaciones, anticipadas o no, de hipotecas inversas que se produzcan como consecuencia del fallecimiento del prestatario o acreditado, la entidad acreedora no tendrá derecho a percibir cantidad alguna en concepto de penalización.

#### IX. REGISTRO DE DISPOSICIONES ANTICIPADAS; DE PODERES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD, Y DE AUTOTUTELA

Ante el cúmulo de figuras a las que se ha hecho referencia en este trabajo, consideramos la necesidad de contar con una institución especial creada o adecuada al efecto de recoger este tipo de documentos. Todos

<sup>269</sup> Por ejemplo, el tipo de interés puede ser mayor que el de una hipoteca normal ya que la entidad financiera se compromete a no ganar nada hasta que los titulares de la vivienda fallezcan. Asimismo, al contrario de lo que sucede en las hipotecas normales, el monto de la deuda aumenta con el paso del tiempo, pudiendo crecer más rápidamente que el valor del inmueble. Otro riesgo técnico puede ser la inflación inmobiliaria y la eventual inexperiencia de las instituciones de crédito en la gestión “a futuro” de inmuebles. Tampoco pueden obviarse los riesgos y limitaciones derivados del derecho sucesorio y las expectativas de los herederos.

los documentos que contengan disposiciones anticipadas facilitan el conocimiento de los valores y los deseos de las personas, para poder influir en las decisiones asistenciales futuras que le afecten o sobre sus correspondientes decisiones patrimoniales.

Una institución encargada de recibir avisos sobre las disposiciones anticipadas de toda índole cumpliría preponderantemente dos finalidades: una, de certeza jurídica sobre los datos de los documentos emitidos, así como de sus modificaciones y revocación, en su caso; y, otra, de publicidad restringida a las personas profesionales, de forma que facilite la consulta ágil y rápida en aquellos supuestos que sean previstos por la ley.

Consideramos viable que la institución que podría llevar a cabo estas importantes finalidades es el Registro Nacional de Avisos de Testamento. Desde hace varios años, se consideró la necesidad de establecer un registro a nivel nacional como fuente de información confiable para apoyar las actividades judiciales y notariales, cuyo contenido fuese, precisamente, los avisos de los actos de otorgamiento de testamentos. Pero apenas es en el año 2005 cuando se logra la coordinación de todas las entidades federativas para el funcionamiento del Registro. Esta dependencia federal se encuentra adscrita a la Secretaría de Gobernación y tiene como función ofrecer de manera confiable y eficiente el registro de los testamentos que se hayan otorgado y que se otorguen a nivel nacional, recabando y coordinando la información que recibe cada una de las entidades federativas y proporcionándola cuando así lo requieran. Su finalidad es la de dar una mayor certeza jurídica a los actos realizados por los particulares con relación al otorgamiento de disposiciones testamentarias y que, como tal, sea respetada la voluntad manifestada por el autor de un testamento, logrando con ello evitar la tramitación de juicios inútiles y costosos.

El Registro Nacional de Avisos de Testamento podría contar con una instancia encargada del registro actualizado de las disposiciones efectuadas en previsión de la propia incapacidad, bajo cualquiera de las modalidades a las que hemos hecho referencia en este capítulo.

El procedimiento para la inscripción de las disposiciones anticipadas en el registro se podría efectuar bajo los siguientes lineamientos:

- Solicitud por el notario ante quien se hayan otorgado.
- La inscripción en el registro es automática respecto de los documentos de disposiciones anticipadas otorgados notarialmente.

- Las disposiciones anticipadas son susceptibles de revocación en cualquier momento por parte de la persona otorgante. Si la revocación es parcial tendrá que expresarse claramente la parte modificada y los términos en que la voluntad queda emitida.
- La inscripción en el Registro de un documento que revoque parcial o totalmente un documento previamente inscrito tiene que seguir la formalidad necesaria.

Las disposiciones que se considera deberían reformarse para estos efectos son las siguientes:

- a) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, entre las atribuciones de la Secretaría de Gobernación:

Artículo 27...

...

XXXII. Crear, administrar y resguardar la base de datos que contenga los avisos de testamentos y de disposiciones para la propia incapacidad otorgados en las entidades federativas y ante los cónsules mexicanos en el extranjero, emitir los reportes de búsqueda nacional correspondientes y promover la cultura de otorgamiento de testamentos y de disposiciones ante la propia incapacidad.

- b) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

Artículo 905 bis. Cuando se inicie el procedimiento de interdicción, el juez ante quien se tramite deberá obtener previamente el informe de existencia o inexistencia de alguna disposición efectuada en previsión de la propia incapacidad ante el Archivo General de Notarías del Distrito Federal, siendo esta última dependencia la encargada de solicitar la información ante el registro Nacional de Avisos de Testamento, sobre la existencia o inexistencia de alguna disposición en previsión de la propia incapacidad en alguna otra entidad federativa.

- c) Ley del Notariado para el Distrito Federal:

Artículo 121 bis. Además de la obligación del notario de informar al Archivo General de Notarías sobre el otorgamiento de testamentos a que se refiere el artículo anterior, el notario deberá dar un aviso en el mismo plazo, de los siguientes actos que se otorguen ante su fe:

- a) De las disposiciones por las cuales se dan instrucciones a los médicos o familiares relativas a tratamientos médicos.
- b) De las disposiciones por las que se nombre alguna o algunas personas que tomarán decisiones en caso de algún tratamiento médico o para el cuidado de su propia salud.
- c) De los actos por los que una persona dispone respecto a sus propios órganos, tejidos o cadáver, o como disponente secundario dispone respecto de otra persona.
- d) Los actos por los cuales se modifique o revoque alguno de los actos enumerados en este artículo.

#### X. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A la luz de la referencia concerniente a los derechos de la personalidad, consideramos pertinente que en nuestra carta magna se garanticen expresamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Asimismo, será necesario establecer en nuestro derecho positivo un sistema eficaz para su protección por vía civil. El reconocimiento constitucional de estos derechos y su protección civil coadyuvarían, paralelamente, a la instauración de las disposiciones para la propia incapacidad. Concomitantemente, cada persona capaz podría efectuar disposiciones para la protección de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en previsión de su propia incapacidad.