

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a cross, a lion, and architectural elements like columns and a castle. The Latin text "SIBIS CONSPICUA CAROLINA ACCEDEIT COXTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA
DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN
EL ÁMBITO NOTARIAL**

JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA
DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN
EL ÁMBITO NOTARIAL**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal:	Lic. César Augusto López López
Secretario:	Lic. Luis Alfredo González Ramila

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Iliana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Secretario:	Lic. Héctor Orozco y Orozco

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

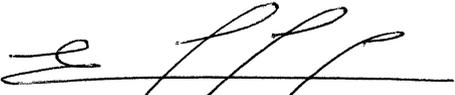


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 03 de julio de 2013.

ASUNTO: JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, CARNÉ No. 200511153, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20100786.

TEMA: "CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO NOTARIAL".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, Abogado y Notario, colegiado No. 6.220.


X DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.





USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



Guatemala, 03 de julio de 2013.

Licenciado
EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Ciudad de Guatemala

Licenciado EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por la estudiante: JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, CARNÉ No. 200511153, intitulado "CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO NOTARIAL" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

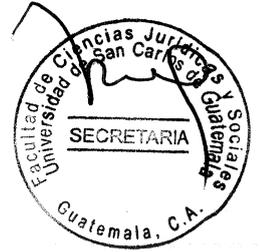

* DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



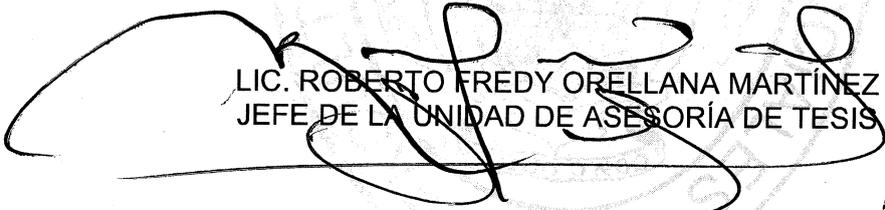
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala 28 de febrero de 2018.

Atentamente pase a el LICENCIADO ROY JUAN CARLOS RODRÍGUEZ JUÁREZ, en sustitución del asesor propuesto con anterioridad LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, carné:200511153 intitulado "CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO NOTARIAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para recomendar a la estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo
RFOM/darao.



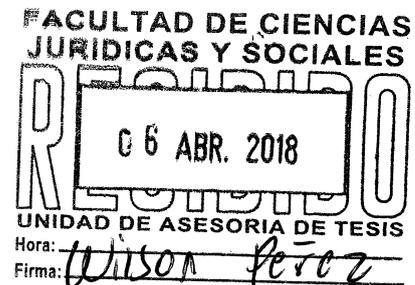


LICENCIADO ROY JUAN CARLOS RODRÍGUEZ JUÁREZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 27 de marzo de 2018

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Estimado licenciado Orellana:

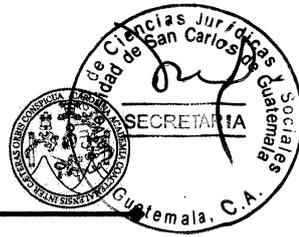
Me dirijo a usted con el propósito de informarle que en cumplimiento del cargo de asesor recaído en mi persona, según resolución de fecha veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, emitida por esa jefatura, me permití revisar el trabajo de tesis de la bachiller JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, intitulado **“Causas que originan la falta de regulación legal de la declaración de voluntad anticipada en Guatemala y su impacto en el ámbito notarial.”**

Con base a lo anterior, me permito resaltar que el trabajo realizado posee un excelente contenido temático, técnico y científico, en el que se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales, así como legislación nacional e internacional concerniente al tema, arribando a conclusiones, recomendaciones y propuestas importantes, que deben ser tomadas en cuenta, las que constituyen un aporte científico y sistemático.

En el lapso de la asesoría, la bachiller realizó las modificaciones sugeridas por mi persona durante la elaboración de la tesis, quien a su vez aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, así mismo la bachiller manifestó sus capacidades de investigación, utilizando técnicas y métodos como el deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema de la declaración de voluntad anticipada.



LICENCIADO ROY JUAN CARLOS RODRÍGUEZ JUÁREZ
ABOGADO Y NOTARIO



La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos estipulados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

Atentamente,

Licenciado Roy Juan Carlos Rodríguez Juárez
Abogado y Notario
Colegiado 12,443
Asesor de Tesis

Lic. Juan Carlos Rodríguez Juárez
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 06 de abril de 2018.

Atentamente, pase a el LICENCIADO CARLOS NOÉ AVILA MARROQUÍN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, intitulado: "CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO NOTARIAL".

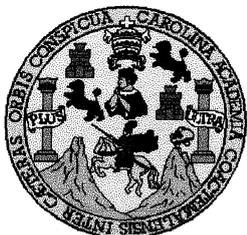
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
RFOM/darao.





AGM & ASOCIADOS

Lic. Carlos Noé Avila Marroquín

ABOGADO Y NOTARIO

8ª. Av 13-76 Oficina 5, 3er. Nivel, zona 1, Edificio Gómez Robles

Guatemala, Guatemala. Tel. 53675125

Email: licdos.agm@hotmail.com y cnam1009@yahoo.com



Guatemala 23 de abril de 2018

Licenciado

Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho

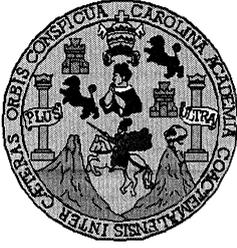


Estimado licenciado Orellana:

Me dirijo a usted con el propósito de informarle que en cumplimiento del cargo de revisor recaído en mi persona, según resolución de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, emitida por esa jefatura, procedí a la revisión del trabajo de tesis de la bachiller JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, titulado **“Causas que originan la falta de regulación legal de la declaración de voluntad anticipada en Guatemala y su impacto en el ámbito notarial.”**

Realice la respectiva revisión del trabajo de investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las cuales considero que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla. El tema está redactado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y de gran utilidad para la persona que esa clase de información necesite.

En tal virtud, el contenido de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el tema central de la investigación es considerablemente actual y vanguardista, por lo que puede ser sometido a discusión y aprobación definitiva, ya que se encuentra ampliamente fundamentado, así mismo son



AGM & ASOCIADOS

Lic. Carlos Noé Avila Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO

8ª. Av 13-76 Oficina 5, 3er. Nivel, zona 1, Edificio Gómez Robles
Guatemala, Guatemala. Tel. 53675125
Email: licdos.agm@hotmail.com y cnam1009@yahoo.com



planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre el tema de la declaración de voluntad anticipada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas, así mismo la bachiller atendió las sugerencias y observaciones señaladas. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que puede ser discutido en el examen correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

Atentamente

Lic. Carlos Noé Avila Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciado Carlos Noé Avila Marroquín
Abogado y Notario
Colegiado 9,801
Revisor de Tesis



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de mayo de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JESSICA MARICELA MORALES RODRÍGUEZ, titulado CAUSAS QUE ORIGINAN LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA EN GUATEMALA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO NOTARIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

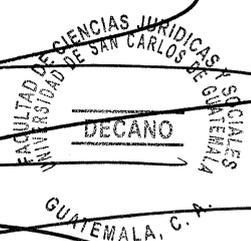
RFOM/cpchp.

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]





DEDICATORIA

A DIOS:

Porque cada día ha llenado mi vida de su perfecto amor, de su infinita gracia y misericordia, ha guardado mi vida en su manos, me ha dado la sabiduría para alcanzar esta meta y por ser mi guía en todo momento.

A MIS PADRES:

En especial a mi madre, por su incansable esfuerzo, y por haberme dado la mejor herencia que es el estudio.

A MIS DOS HERMANAS:

En especial a mi hermana Sandra Patricia Duarte Rodríguez (+) porque siempre me protegió, me brindó su amor y apoyo incondicional; y a mi hermana Laura Morales por siempre estar a mi lado.

A MIS AMIGOS:

Quienes incansablemente me han apoyado en cada momento de mi vida y me han ayudado a alcanzar esta meta en mi carrera profesional; a mis compañeras de estudio por su compañía, consejos y apoyo.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme las herramientas indispensables para desarrollarme como profesional y por forjarme como una profesional con conciencia social.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y catedráticos.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	1
1.1. Hechos y hechos jurídicos.....	2
1.2. Actos y actos jurídicos.....	3
1.3. Voluntad.....	5
1.4. Declaración.....	5
1.5. Autonomía de la voluntad.....	6
1.6. Declaración de voluntad.....	8
1.6.1. Tipos de declaración de voluntad.....	8
1.7. Capacidad.....	9
1.7.1. Clases de capacidad.....	9
1.8. Negocio jurídico.....	11
1.8.1. Forma del negocio jurídico.....	11
1.8.2. Formulario prerredactado.....	13
1.8.3. Cláusulas abusivas.....	14

CAPÍTULO II

2. Derecho notarial.....	17
2.1. Notario.....	17
2.1.1. Definición de función notarial.....	19
2.1.2. Clasificación de las funciones del notario.....	19
2.1.3. Finalidades de la función notarial.....	25
2.2. El instrumento público.....	26



CAPÍTULO III

3. Declaración de voluntad anticipada.....	29
3.1. Antecedentes históricos de la declaración de voluntad anticipada.....	29
3.1.1. Estados Unidos de Norte América.....	35
3.1.2. España.....	39
3.2. Definición de la declaración de voluntad anticipada.....	42
3.3. Falta de información sobre la declaración de voluntad anticipada.....	43

CAPÍTULO IV

4. Declaración de voluntad anticipada y su relación con la ciencia de la medicina.....	47
4.1. Bioética.....	47
4.2. Bioderecho.....	49
4.3. Inaplicabilidad de los principios deontológico que rigen el campo de la medicina.....	51
4.3.1. Distanasia.....	52
4.4. Procedimientos extraordinarios para prolongar la vida.....	53
4.5. Directivas médicas anticipadas.....	55
4.5.1. Clases.....	56
4.6. Enfermedades terminales.....	60
4.7. Eutanasia.....	65
4.7.1. La eutanasia y el derecho penal guatemalteco.....	65

CAPÍTULO V

5. Aplicabilidad de la declaración de voluntad anticipada.....	69
5.1. Falta de capacitación al notario para la realización de la declaración de voluntad anticipada.....	69



5.2. Requisitos personales para otorgar la declaración de voluntad anticipada.....	71
5.3. Contenido del documento de declaración de voluntad anticipada.....	75
5.3.1. Muerte cerebral.....	76
5.3.2. Aborto terapéutico.....	78
5.3.3. Esterilización terapéutica.....	80
5.3.4. Donación de órganos.....	82
5.3.5. Transfusión sanguínea.....	87
5.3.6. Tratamientos invasivos.....	89
5.4. Límites de la declaración de voluntad anticipada.....	90
5.4.1. Personas que no pueden realizar la declaración de voluntad anticipada	92
5.5. Ausencia de normativa específica que regule la declaración de voluntad anticipada.....	94
5.6. Regulación de la declaración de voluntad anticipada en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	95
5.7. Reformas al Código de Notariado.....	96
5.8. Registro de voluntades anticipadas.....	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

El tema principal de esta tesis surge de la lectura de una investigación, por lo cual se consideró la necesidad que existe en Guatemala de regular un tema tan novedoso a nivel mundial como lo es la declaración de voluntad anticipada, ya que hasta la presente existe un gran desconocimiento de las implicaciones y beneficios que podrían obtenerse con la entrada en vigencia de un documento como el que se propone en este trabajo.

El objetivo de esta investigación fue el de realizar un análisis de las normas legales vigentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco que pudieran ser aplicables en el tema de la declaración de voluntad anticipada, dicho objetivo fue alcanzado pues se estableció que son varias las normativas legales que abordan de alguna manera el tema central de esta tesis. La hipótesis de esta tesis radica en la importancia que tiene la inclusión de la institución de la declaración de voluntad anticipada en el ordenamiento jurídico guatemalteco y los grandes beneficios que esta aportaría en el ámbito notarial, dicha hipótesis fue comprobada como se demuestra en el desarrollo de esta investigación.

Uno de los términos que resaltan en esta investigación es el de la declaración de voluntad anticipada, la cual consiste en una manifestación de voluntad que es documentada con el objeto de hacer constar los tratamientos o procedimientos médicos que una persona estaría o no dispuesta a recibir en el caso que por alguna emergencia él no pueda expresar su voluntad de manera directa e indubitable.

Esta investigación consta de cinco capítulos, los cuales se desarrollan de la siguiente forma: en el capítulo I, se desarrolla lo relativo a los conceptos básicos del derecho civil y que son vitales para una mejor comprensión del tema central de esta tesis; en el capítulo II, se aportan algunos conceptos esenciales del derecho notarial; en el capítulo III, se describe la institución de la declaración de voluntad anticipada, incluyendo algunos de sus antecedentes históricos y su evolución; en el capítulo IV, se desarrolla



lo relativo a como la institución de la declaración de voluntad anticipada se relaciona con el derecho y con la ciencia de la medicina; en el capítulo V, se analizan las leyes que se encuentran vigentes en este país y que se aplican al tema central del presente trabajo de investigación, se desarrollan los temas centrales sobre los que versaría la declaración de voluntad anticipada, así como cuál es el documento público que se considera idóneo para que contenga esa declaración de voluntad y su fundamento.

Para sustentar esta tesis se emplearon los siguientes métodos: el método deductivo, se empleó esta estrategia al analizar instituciones del derecho civil y del derecho de notariado hasta llegar a la institución de la declaración de voluntad anticipada; el método sintético, para sistematizar la información; y el método analítico, en la desmembración de toda la información para observar las causas, la naturaleza y los efectos de la declaración de voluntad anticipada.

En cuanto a las técnicas de investigación se emplearon las fuentes directas, referentes a las leyes específicas aplicables al caso concreto y las fuentes indirectas consistentes en técnicas de investigación bibliográfica y documental a efecto de obtener datos doctrinarios y jurídicos. La teoría en que se basa esta investigación es la consulta y análisis de documentos y normas jurídicas de carácter nacional e internacional aplicables al tema central de esta tesis.

Finalmente, se hace una serie de conclusiones y recomendaciones que se considera, deben ser tomadas en cuenta para dar una solución al problema jurídico estudiado, esperando que la presente tesis sirva como un aporte académico que pueda ser consultada en la elaboración de posteriores trabajos de investigación.



CAPÍTULO I

1. Derecho civil

En Roma el derecho se dividió en: *ius publicum* y *ius privatum*. El primero se refiere al derecho público, es decir a la organización del gobierno del Estado, a las magistraturas y a las relaciones jurídicas de los ciudadanos con el Estado. El segundo se refiere al derecho privado y tenía por objeto normar las relaciones entre los particulares. Dentro del derecho privado estaba comprendido el *ius naturale*, *ius gentium* y el *ius civile*.

Para los jurisconsultos romanos, el *ius civile* consistía en las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de los cuales no podían participar los extranjeros. Posteriormente a consecuencia de la expansión de la civilización, las instituciones que estaban reservadas únicamente para los ciudadanos romanos fueron también aplicadas a los extranjeros.

El campo que abarca el derecho civil es vasto, por lo que puede definirse de muchas maneras. Para algunos tratadistas “el derecho civil determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana en relación a sus semejantes (capacidad civil, deudas y crédito) o en relación a las cosas (propiedad, usufructo, etcétera)”¹, pero de manera general se puede decir que el derecho civil es la rama del derecho privado que contiene el conjunto de principios y disposiciones que tienen por objeto regular los atributos de las personas y las relaciones de naturaleza privada que mantienen entre sí los individuos.

¹ García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 146.



1.1. Hechos y hechos jurídicos

Los hechos son considerados como “alguna cosa que sucede”², dicho en otras palabras los hechos son toda acción material de las personas, que ya sea por sucesos independientes a la voluntad de estas, se generan fenómenos en la naturaleza.

Por otro lado se encuentran los hechos jurídicos, los cuales son fenómenos o sucesos naturales, es decir ajenos totalmente a la acción humana, que pueden llegar a tener importantes consecuencias jurídicas. Entonces, se puede decir que los hechos jurídicos se caracterizan porque pueden llegar a producir en el mundo del derecho consecuencias que no han sido premeditadas.

Si bien es cierto que dentro de la legislación guatemalteca no existe ninguna definición de lo que son los hechos jurídicos, si se pueden encontrar algunos ejemplos de los mismos, y a continuación se describen algunos de ellos que se encuentran contenidos en el Código Civil:

- a. El Artículo 8 al normar sobre la capacidad establece: “La capacidad para el de ejercicio de los derechos civiles adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.” En el caso que se cita en el Artículo antes transcrito, se puede apreciar que el hecho que una persona cumpla la mayoría de edad es un suceso totalmente natural y fuera de la voluntad del hombre, pero es relevante resaltar que con este hecho también van implícitas consecuencias jurídicas.

² <http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a>. (Consultado: 09 de mayo de 2014).



- b. El Artículo 676 al regular la avulsión determina: “Cuando la corriente de un arroyo, torrente o río segrega de su ribera una porción conocida de terreno, y la transporta a las heredades fronteras o a las inferiores, el dueño de la finca que orillaba la ribera segregada conserva la propiedad de la porción de terreno incorporado; pero si dentro del término de seis meses no ejercitare su derecho, lo perderá en favor del dueño del terreno a que se hubiere agregado la porción arrancada”. En este ejemplo es evidente que la voluntad del hombre no tuvo cabida y a pesar de ello la avulsión generó consecuencias de derecho.
- c. El Artículo 918 al referirse sobre la transmisión de la herencia estipula: “Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; y la sucesión puede ser a título universal y a título particular”. De acuerdo al ciclo natural de la vida, se podría decir que la muerte también es un suceso absolutamente natural en la vida del ser humano, pero a su vez dicho suceso también conlleva repercusiones en el mundo del derecho.

1.2. Actos y actos jurídicos

Acto es el “ejercicio de la posibilidad de hacer; resultado de hacer; hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho”.³ Teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que el acto es una acción en la que se ve inmersa la voluntad del ser humano.

“Los actos jurídicos son, pues, las conductas o manifestaciones de voluntad en las que su autor quiere ciertos resultados fácticos, meramente de hecho. No busca

³ Ibid.



deliberadamente determinados efectos jurídicos, pero éstos se producen por estar de antemano establecidos en la norma legal para el caso de que alguien, actuando de manera consciente y libre, los provoque con su comportamiento. Es decir, no se quiso el resultado jurídico, pero sí fue querida la conducta de la cual dicho resultado es efecto inevitable prevista por la ley”.⁴ La anterior definición de los actos jurídicos resulta muy completa, pues ayuda a determinar con certeza la distinción entre un acto y un acto jurídico.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que los actos jurídicos se pueden clasificar en actos jurídicos lícitos y actos jurídicos ilícitos. A su vez los actos jurídicos ilícitos se dividen en culposos y dolosos.

Los actos jurídicos ilícitos culposos comprenden conductas inicialmente apegadas a la ley pero que el resultado final origina consecuencias jurídicas. Los actos jurídicos ilícitos dolosos son las acciones cometidas por el ser humano que tienen como propósito causar un daño o transgredir deliberadamente la norma legal. Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra en el Artículo 1653 del Código Civil, el cual establece: “Abuso del derecho. El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”. Al analizar este Artículo, y tomando en consideración las definiciones aportadas con anterioridad, se puede decir que el acto jurídico, es decir la voluntad del ser humano, va dirigida a causar un daño razón por la cual va a llevar aparejada una consecuencia jurídica.

⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**. Pág. 184.



1.3. Voluntad

La voluntad puede ser definida como la facultad psíquica que tiene el individuo para elegir entre realizar o no un determinado acto. Es decir, que la voluntad conlleva la facultad de decidir y ordenar la propia conducta, con la intención de obtener un resultado específico.

Doctrinariamente se llega a un consenso en afirmar que la voluntad debe reunir algunos requisitos, entre los que se pueden mencionar:

- a. Discernimiento: Entendimiento o comprensión que le permite a la persona conocer en general y formarse un concepto de la realidad en que actúa, así como valorar las consecuencias del acto que realiza.
- b. Intención: Propósito de obtener, mediante su accionar, el resultado que persigue.
- c. Libertad: Ejecución del acto jurídico sin coacción externa.

1.4. Declaración

La declaración es toda expresión que se realice con el fin de manifestar un punto de vista u opinión. Es decir, que la declaración hace referencia a la manifestación que realiza una persona para explicar hechos que le afectan o que le son conocidos. En la rama del derecho, la declaración se entiende como la manifestación cuyo objeto es comunicar una



situación que ha sido percibida y que evoca hechos que pueden constituir la base para la determinación del objeto de prueba en particular. También se puede decir que la declaración es la manifestación consciente del estímulo percibido y exteriorizado que se transmite públicamente. La declaración se debe presentar en la forma y lugares que para el efecto establecen las leyes o reglamentos, según sea el caso.

Es necesario indicar que para el derecho, el concepto de declaración tendrá un doble significado, ya que por una parte se refiere a la decisión que adopta un juez, por lo general mediante sentencia, proclamando o estableciendo determinadas circunstancias de hecho o de derecho, este tipo de declaraciones son más conocidas como resoluciones judiciales. Por otra parte, la declaración también se entiende como la manifestación que en un procedimiento judicial hacen las partes o terceros para aclarar hechos que les son conocidos a fin de tratar de conocer la verdad sobre las cuestiones debatidas.

1.5. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad puede definirse como: “la facultad de las personas de crear por actos libres, derechos y obligaciones.”⁵ Con base a esa definición, se puede establecer que cada persona tiene la libertad y la facultad para decidir sobre la adquisición de derechos y obligaciones. A la autonomía de la voluntad también se le conoce como principio de la libertad contractual o dogma de la autonomía de la voluntad. Con base a lo anterior, se puede decir que la autonomía de la voluntad se refiere a la potestad que tienen los individuos para adquirir derechos y obligaciones mediante el

⁵ Gutiérrez y Colmenares, María del Carmen y Josefina Chacón Machado. *Introducción al derecho*. Pág. 178.



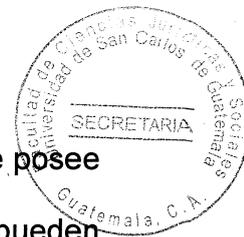
ejercicio de su libre arbitrio, la cual queda plasmada o representada en convenciones o contrato, siempre y cuando lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. Así mismo, la libertad que el ser humano posee es generadora de derecho.

Lo anterior tiene su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala, al tenor de lo que para el efecto establece el Artículo 5, el cual indica: “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe...”, aunque este precepto no es aplicable en el caso de los funcionarios públicos, pues estos únicamente pueden hacer lo que la ley les autoriza.

La autonomía de la voluntad posee dos aspectos que resulta necesario destacar, siendo estos:

- a. La libertad de llevar a cabo o celebrar un acto jurídico determinado
- b. La facultad de dar al acto jurídico el contenido deseado, el cual varía según el acto de que se trate.

De conformidad con lo expuesto se puede inferir que el tema central de la presente investigación, como lo es la declaración de voluntad anticipada, es un acto que se puede ubicar dentro del ámbito del derecho privado, el cual está conformado por un conjunto de normas jurídicas renunciables y modificables por los mismos sujetos, en el cual rige el principio de autonomía de la voluntad.



Es necesario indicar que la única limitante para el libre ejercicio de la voluntad que posee el ser humano por naturaleza, son las normas de orden público, las cuales no se pueden sustituir, modificar ni renunciar. Lo anterior en el entendido que el orden público está constituido por un conjunto de principios que tienen como característica común la prevalencia del interés público o social sobre el interés individual o privado.

1.6. Declaración de voluntad

La declaración de voluntad es un elemento indispensable para la validez de los actos jurídicos que tengan por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. También puede considerarse que es el acto jurídico en el cual la conducta humana consiste en la exteriorización de un querer, con el propósito de realizar un negocio jurídico.

1.6.1. Tipos de declaración de voluntad

Teniendo claro el concepto de la declaración de voluntad, se desarrollará lo relativo a los tipos de declaración que existen, entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

a. Declaración expresa

A este tipo de declaración también se le conoce como declaración positiva, y procede cuando se realiza una manifestación verbalmente, por escrito o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos.



b. Declaración tácita

Procede cuando se realiza la manifestación mediante actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad en los casos en que no se exige una declaración expresa, o cuando no exista una protesta o declaración expresa en contrario. En síntesis, se podría decir que la declaración tácita es una declaración de la voluntad que se realiza por medio de actos totalmente distintos al lenguaje escrito o hablado.

Lo anterior expuesto tiene su fundamento en los Artículos 1252 y 1254 del Código Civil, los cuales establecen que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que esta lo disponga expresamente.

1.7. Capacidad

Es la aptitud que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo. Se puede decir que tienen capacidad para litigar las personas que tengan libre ejercicio de sus derechos.

1.7.1. Clases de capacidad

Como se explicó, la capacidad es la aptitud derivada de la personalidad para tener y ejercer derechos en la vida civil, por lo que teniendo en cuenta lo anterior, se aporta una



clasificación de la capacidad:

a. Capacidad de goce

Este tipo de capacidad, debe entenderse que es la que posee toda persona por el mero hecho de poseer personalidad.

b. Capacidad relativa

Es la que la ley le otorga a las personas con capacidad de goce, para hacer valer sus derechos y contraer obligaciones. Por ejemplo, los menores de 14 años de edad tienen la capacidad para realizar ciertos actos que la ley les permite.

c. Capacidad de ejercicio

La tiene toda persona al cumplir los 18 años de edad, por lo que puede hacer valer los derechos que posee y está facultado legalmente para adquirir y ejercitar por si mismos los derechos y obligaciones.

El Artículo 8 del Código Civil regula lo relativo a la capacidad de la forma siguiente: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años...” El anterior es el fundamento legal en donde se determina cual es la edad con la que se adquiere la capacidad de ejercicio.



1.8. Negocio jurídico

Es la declaración de la voluntad de las partes que crea efectos jurídicos de los que intervienen. Todo acto voluntario, lícito, realizado de conformidad con la ley, por medio del cual se crean, modifican o extinguen obligaciones, dentro de la esfera del derecho privado.

El Artículo 1251 del Código Civil establece: “el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” Debe entenderse que existe vicio en la voluntad cuando hay dolo, error o violencia, y se distorsiona cuando hay simulación.

1.8.1. Forma del negocio jurídico

Este tema puede ser visto desde dos ángulos, uno es en sentido amplio y uno estricto. En el sentido amplio, la forma es el medio por el cual se exterioriza o formula la declaración de voluntad. En sentido estricto, la forma es el medio concreto y determinado en la ley o en que la voluntad exige para la exteriorización de la declaración de voluntad, presentando la clasificación del negocio jurídico y sus ventajas e inconvenientes:

a. Clasificación de la forma del negocio jurídico

- Por su origen: Puede ser legal o voluntaria. La legal tiene su origen en la ley y la voluntaria viene impuesta por la voluntad de las partes.



- Por su expresión: Pueden ser verbal u oral y también escrita o documental.

 - Por su carácter: Puede ser de forma privada o de forma pública. Es privada cuando el documento del negocio lo realizan los propios interesados por sí o asistidos de técnicos. Es pública cuando el documento lo elabora un funcionario público investido de funciones para ello, por lo que se estaría hablando de un documento público.

 - Por su eficacia: Puede ser de forma *ad substantiam*, como requisito de constitución o existencia. Y también puede ser de forma *ad probationem*, la cual es impuesta para fines probatorios.
- b. Ventajas e inconvenientes de la forma del negocio jurídico
- Proteger contra la precipitación, la ligereza y las decisiones poco meditadas de los contratantes, así como proporcionar una mayor seriedad al negocio jurídico permitiendo distinguir entre aquellas declaraciones que se hacen seriamente y aquellas en las que las partes no pretenden obligarse.

 - Dar mayor seguridad y certeza a las circunstancias de la conclusión de un negocio y a su contenido.

 - Se facilita la prueba y la interpretación, pues puede que la voluntad reconstruida no sea la voluntad real y verdadera.

 - Constituye un medio de publicidad del negocio para terceros y una garantía de



seguridad para los mismos.

- Aumentar la capacidad de circulación de ciertos derechos (títulos valores).
- Evita nulidades negociales por la intervención de técnicos en Derecho.
- Su peligrosidad, por razón del daño que los vicios de forma pueden acarrear a la parte inexperimentada que incurra en ellos.
- Su incomodidad en cuanto puede significar un entorpecimiento para el tráfico, el cual se podría traducir o en la paralización del mismo o en la inobservancia práctica de la forma.

Ante las ventajas e inconvenientes descritos, se establece que la política legislativa adecuada es la de adoptar una postura intermedia entre la plena libertad formal y el excesivo formalismo, atendiendo a las peculiaridades de cada negocio en particular, de tal suerte que se permita un tráfico a la vez rápido y seguro.

1.8.2. Formulario prerredactado

El formulario prerredactado es el documento diseñado de forma unilateral para que el usuario introduzca datos estructurados en determinados espacios, con el objeto que estos sean almacenados y procesados posteriormente. "Son de gran utilidad en diferentes instancias, mayormente en el tráfico mercantil. Generalmente en el dorso de



ese documento se encuentran las condiciones de la contratación.”⁶ Como se expuso, los formularios prerredactados son de uso común en el ámbito mercantil, pero con ese hecho no se puede restringir su uso solo a ese ámbito, ya que el mismo puede emplearse en diversas situaciones fuera del área mercantil.

1.8.3. Cláusulas abusivas

Una cláusula abusiva o cláusula leonina, es toda cláusula contractual no negociada individualmente, cuya incorporación viene impuesta por una sola de las partes. Este tipo de cláusula o condición va en contra del principio de buena fe, causa un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del trabajador, consumidor o una de las partes contractuales. La ley considera las cláusulas abusivas nulas de pleno derecho, lo que no implica la nulidad del contrato aunque puede verse alterado sustancialmente. También reciben el nombre de cláusula leonina, pues asegura a una sola de las partes ventajas contrarias a la equidad, atribuyéndole beneficios o liberándola de todos los riesgos.

La expresión cláusula leonina toma su origen de una fábula de Esopo, en la cual se dice que: “una vaca, una cabra y una oveja habían hecho compañía con un león, y cazaron un ciervo. Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: la primera parte es mía, pues me toca como león, la segunda me pertenece porque soy más fuerte que ustedes, la tercera me la tomo porque trabajé más que todos, y quien tocare la cuarta, me tendrá por su enemigo; de modo que tomó todo el ciervo para sí. En

⁶ <http://www.eljurista.eu/?s=formulario+prerredactado&x=0&y=0>. (Consultado 23 de octubre de 2016).



esta fábula se halla el origen de la expresión cláusula leonina".⁷ En la referida fabula se puede identificar con facilidad el objeto de una cláusula abusiva.

⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1usula_abusiva. (Consultado: 13 de agosto de 2011).





CAPÍTULO II

2. Derecho notarial

El derecho notarial es la rama del derecho que estudia y regula la función del notario y la teoría formal del instrumento público notarial. El derecho notarial “en una buena medida se compone de reglas de derecho privado que complementan, en su dimensión formal, las normas sustantivas del derecho civil y del mercantil.”⁸ Es decir que las normas sustantivas del derecho civil y del derecho mercantil son el contenido principal de los instrumentos públicos y por ende de la función notarial.

2.1. Notario

A manera de indicar parte de la historia de la evolución del notario y de cómo ha venido desempeñando sus atribuciones, es necesario mencionar que en Roma los *scriba* conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones de los magistrados. Los *notarii*, quienes también formaban parte de la organización judicial, eran los encargados de escuchar a los litigantes y a los testigos, para luego dejar por escrito, de forma ordenada y sintética, todo lo manifestado ante su persona.

Los *chartularii*, además de la redacción de los instrumentos, ellos tenían a su cargo la conservación y custodio de los instrumentos que redactaba. Los *tabularii* eran contadores del fisco y archiveros de documentos públicos, pero luego se les fue asignada la

⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm>. (Consultado: 02 de enero de 2016).



atribución de encargarse de la formalización de testamentos y contratos, los cuales que tenían la obligación de custodiar, esto sucedió hasta que se convirtieron en los denominados *tabellios*.

Los *tabellios* eran quienes se dedicaron exclusivamente a esa actividad y que representan uno de los antecedentes de los notarios a nivel latinoamericano, ya que era un hombre conocedor del derecho, aconsejaba a las partes, redactaba los instrumentos necesarios, con la diferencia que no podía darle autenticidad a los instrumentos que elaboraba, ya que era necesario que acudiera ante una corte, la cual estaba integrada por un magistrado presidente, tres curiales y un canciller, quienes eran los únicos que podían otorgar la *insinuatio*, cuya finalidad era darle autenticidad al instrumento elaborado por el *tabellio*.

Actualmente el notario podría definirse como el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido.

Dentro de la función notarial está contenida la atribución referente a la autenticación de hechos. El notario “está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestros medios asuntos de jurisdicción voluntaria.”⁹ Con lo expuesto, puede entenderse que el ámbito en el que se desarrolla el notario, es un área en la cual no existe litis.

⁹ Muñoz, Nery Roberto. *Introducción al estudio del derecho notarial*. Pág. 35.



2.1.1. Definición de función notarial

En términos sencillos, se puede decir que la función notarial consiste en el que hacer del notario, es decir, lo que el profesional del derecho realiza basado en su calidad notarial.

2.1.2. Clasificación de las funciones del notario

Teniendo en cuenta lo antes descrito, a continuación se desarrolla lo relativo a cada una de las funciones que son competencia del notario:

a. El notario es un profesional del derecho

Debido a que requiere de una preparación universitaria que culmina con el título de profesional del notario. El hecho de tener el título profesional lo hace eso, un profesional, perito, experto en derecho, conocedor a profundidad del derecho interno y del derecho internacional. Esto se aventaja mucho en los países que no tienen sistema de notariado latino, porque en el sistema sajón no se requiere tener un título profesional y cualquier persona que llena determinados requisitos puede llegar a ser notario.

En los países que llevan un sistema sajón, en cualquier lugar se puede localizar un notario, en una farmacia, en una tienda, o en un quiosco, ya que la función del notario sajón, difiere mucho de la función del notario latino, puesto que el notario sajón únicamente legaliza firmas en documentos que le llevan ya preparados pero no asesora ni prepara documentos.



b. Encargado de la función pública

Tomando como fundamento que la función pública consiste en dar fe pública notarial, esta puede ser apreciada desde dos puntos de vista, uno como la investidura que se da a todos los notarios en el momento de su graduación profesional, ya que cuando le confieren el título como notario, lo están invistiendo con fe pública, a partir de ese momento es un notario.

Desde luego, para ejercitar esa fe pública, tiene que cumplir con determinados requisitos contenidos en el mismo Código de Notariado en el Artículo 2 así como los relativos a la colegiación. Desde otro punto de vista, la fe pública notarial es la presunción legal de la veracidad que tienen los hechos y actos en los cuales en su autorización ha intervenido un notario.

c. Función receptiva

Es cuando el notario recibe de sus clientes en términos sencillos la petición, para que les autorice un instrumento. Debe expresarse de manera sencilla, en vista que la mayoría de los clientes del notario, no conocen de derecho y expresan con sus propias palabras que es lo que desean. El cliente es el emisor y el notario el receptor.

Por el principio de rogación el notario no puede actuar de oficio, tiene que darse el requerimiento o rogación de las partes. Este principio está contenido en el Artículo 1 del Código de Notariado.



d. Función directiva o asesora

Como antes se indicó, el notario es una persona versada en derecho, es así como él puede interpretar la voluntad de las partes; después de recibir la solicitud de sus clientes, él las interpreta, las dirige, las asesora sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.

e. Función modeladora

Da forma legal a la voluntad de las partes, esta se da cuando el notario está adecuando mentalmente la voluntad de las partes a las normas que regulan el negocio jurídico que se pretende celebrar, antes de plasmarlo en el instrumento público.

El notario tiene a su cargo el protocolo, el cual está conformado con hojas de un papel especial que le venden únicamente a él con rigurosos controles en su venta y que de su uso es personalmente responsable. En ese papel especial es donde el notario procede a redactar los instrumentos.

f. Función autenticadora

En este apartado es menester recordar lo relativo al tema de la fe pública notarial. El notario al ejercer la función autenticadora, le da autenticidad al acto o contrato contenido en el instrumento público que faccionó, por lo que estos se tomaran como ciertos y auténticos, y mientras no se pruebe lo contrario, producen fe y hacen plena prueba.



El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Autenticidad de los documentos. Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad...” En la norma citada se encuentra el fundamento legal de lo expuesto en el párrafo anterior.

El Artículo 2 del Código de Notariado estipula: “Para ejercer el notariado se requiere:...3. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.” Es decir que previo a que el notario inicie a desempeñarse como tal, es un requisito que su firma y sello sean registrados de conformidad con la ley, esto a efecto que los instrumentos que faccione sean revestidos de autenticidad.

El Artículo 60 del Código de Notariado, estipula: “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.” Es necesario resaltar que la naturaleza de los hechos y las circunstancias a las que se hace mención anteriormente no pueden ser materia de contratos. Aunado a lo expuesto, el Artículo 54 del Código de Notariado establece: “Los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas en su presencia. Asimismo, podrán legalizar fotocopias, fotostáticas y otras reproducciones elaboradas por procedimientos análogos, siempre que las mismas sean procesadas, copiadas o reproducidas del original, según el caso, en presencia del Notario autorizante.” En las normas citadas se encuentran algunos de los ejemplos de lo que se refiere a la función autenticadora del notario.



Relacionado a lo anterior, el Artículo 77 del Código de Notariado establece: “Al notario le es prohibido: ...5. Usar firma o sello que no estén previamente registrados en la Corte Suprema de Justicia.” Con lo anterior, se puede determinar que el notario puede cambiar cuantas veces sea necesario, tanto su firma como su sello, pero tiene la obligación de realizar el registro correspondiente en todas las oportunidades.

g. Función conservadora

El Artículo 8 del Código de Notariado establece: “El Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley.” En la norma citada se encuentra el fundamento legal sobre la obligación del notario en cuanto a conservar en el protocolo a su cargo, todas las escrituras que él autorice. Así mismo, el notario siempre será el responsable de la conservación y guarda del protocolo a su cargo hasta el momento que por mandato legal o voluntariamente lo entregue al Archivo General de Protocolos y en caso de muerte del notario, dicha obligación se traslada a una tercera persona.

h. Expide copias que dan fe del contenido

Estas copias reciben el nombre de testimonios y primeros testimonios, testimonios especiales y copias simples legalizadas. Son los traslados o copias fieles de la escritura matriz, que se expiden para los interesados y en el caso de los testimonios especiales para el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia. En ellos se



cubren los impuestos fiscales y notariales a que esta afecto el acto o contrato documentado. Tienen la misma validez que los originales que reproducen y por medio de ellos es que se ejercitan los derechos contenidos en los mismos, es decir, los testimonios son los que sirven del título, no los instrumentos originales que obran en el protocolo.

i. Conoce, tramita y resuelve algunos asuntos de jurisdicción voluntaria

Los asuntos no contenciosos, conocidos como de jurisdicción voluntaria, son aquellos en los cuales no existe litis, pero se requiere de una declaración de parte para darles vida. Debido a que existe un acuerdo de voluntades entre las partes, esos asuntos no litigiosos salen de la esfera del conocimiento de los jueces y pasan al campo del que hacer de los notarios. No obstante, los interesados tienen la opción de escoger al notario o al juez para que conozca y resuelva el respectivo asunto.

Es necesario aclarar que hay casos en los que no existe esa posibilidad, ya que algunos asuntos de jurisdicción voluntaria, por imperativo legal, solo pueden tramitarse ante juez. También debe ser conocido por los jueces los asuntos en que se genera litis entre los interesados.

Entre los asuntos que pueden conocer los notarios, están: la identificación de tercero o acta de notoriedad, subastas voluntarias, procesos sucesorios, ausencias, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces o ausentes, reconocimiento de preñez o parto, cambio de nombre, inscripciones y omisiones de partidas y actas del registro civil, determinación de edad, patrimonio familiar y rectificación de área.



j. **Función legitimadora**

La desarrolla el notario cuando legitima a las partes que requieren sus servicios, requiriendo para el efecto el documento personal de identificación, si no fueren personas de su conocimiento, después que efectivamente sean los titulares de los derechos sobre los que se pretende negociar. Si actúan en nombre de otro, deben acreditar la representación de conformidad a la ley.

k. **Función preventiva**

Esta la desarrolla el notario, cuando previene problemas, cuando se adelanta a ellos, cuando previene cualquier posibilidad o dificultad que pueda sobrevenir, debe evitar el conflicto posterior. Siempre que se contrata de buena fe, esperando que todo salga tal como se planteó, pero si se da un incumplimiento de una de las partes, debe prevenirse que sucederá en tal situación.

2.1.3. Finalidades de la función notarial

Dentro de las finalidades que se persiguen como parte de la función notarial se pueden mencionar las siguientes:

a. **Seguridad**

Es aquella calidad de firmeza, y que otros llaman certeza, que se le otorga al documento



notarial, el cual persigue el análisis de su competencia que hace el notario, autoanalizándose si es competente para conocer el asunto y que no tenga prohibición o impedimento para actuar; que el acto sea lícito y la perfección jurídica de la obra, para lo cual debe saber si los clientes son aptos para otorgar, dar fe de conocimiento de los otorgantes o identificarlos por los medios legales.

b. Valor

Es la utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. La actuación del notario da valor jurídico, el cual es amplio, ya que también es ante terceros, es la eficacia y fuerza que otorga la intervención del notario entre las partes y frente a terceros.

c. Permanencia

Esta se relaciona con el factor tiempo, ya que el documento notarial nace para proyectarse en el futuro. El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro, en cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, o sea que tienen a no sufrir mudanza alguna. Es decir, que pueden morir las partes que celebraron un documento notarial, o incluso el mismo notario, pero el documento perdurará.

2.2. El instrumento público

La palabra instrumento proviene “del latín *instruere*, instruir. En sentido general, escritura,



documento”¹⁰. Según la definición anterior no existe ninguna diferencia entre una escritura y un documento, pero esa es una definición que parte de la etimología de la palabra instrumento. El instrumento público es un documento autorizado por notario a instancia de parte, cuya finalidad consiste en perpetuar hechos y manifestaciones de voluntad, así como servir de prueba en juicio y fuera de él.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que tanto la escritura pública como el acta notarial son instrumentos públicos. Si bien es cierto que la legislación guatemalteca no aporta ninguna definición de los dos conceptos citados, se puede decir que la escritura pública es el documento autorizado por el notario, en el cual se hace constar la creación, modificación o extinción de negocios jurídicos o declaraciones de voluntad, con la particularidad que ese documento forma parte del protocolo a cargo del notario.

A diferencia de la escritura pública, el acta notarial es un documento que se encuentra fuera del protocolo y en el cual el notario consignará hechos que presencie y circunstancias que le consten, de los cuales dará fe y que por su naturaleza, no sean objeto de contrato.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 403.





CAPÍTULO III

3. Declaración de voluntad anticipada

En el presente capítulo se abordará la institución de la declaración de voluntad anticipada, incluyendo una reseña de como esa institución ha ido evolucionando en el tiempo, hasta llegar a la forma en la que actualmente se conoce.

3.1. Antecedentes históricos de la declaración de voluntad anticipada

A lo largo de la historia, se ha tratado de regular la muerte producida de forma voluntaria, tanto la realizada por el propio sujeto como la realizada por terceros, mediante normas escritas o no, siendo estas normas un reflejo de las concepciones imperantes en cada época, ya fueran religiosas, filosóficas científicas o de cualquier otro orden.

Las prácticas eutanásicas y el suicidio por motivos altruistas, eran bastante frecuente en los pueblos primitivos, pudiéndose destacar tres categorías: suicidios de hombres una vez han llegado a la vejez o son atacados por una enfermedad, suicidios de mujeres a la muerte de su marido y suicidios de clientes o servidores a la muerte de sus jefes.

Tanto en Grecia como en Roma, hubo numerosos defensores y algún detractor de la eutanasia, como lo atestiguan numerosos documentos y testimonios literarios. En la obra titulada Fedón, se describe el comportamiento de Sócrates en sus últimos días, e indica que Sócrates fue condenado a muerte, sus amigos le prepararon un plan de fuga, pero él



prefirió acatar la ley y murió por ello. Pasó sus últimos días de vida con sus amigos y seguidores. Poco antes de cumplir su sentencia se bañó, para evitar con ello que las mujeres tuvieran que lavar su cadáver. Una vez limpio, bebió el veneno, y cuando sintió sus piernas ya pesadas, se acostó dignamente sobre sus espaldas, sin quejarse ni mostrando sufrimiento alguno, sino al contrario él era la persona más optimista que se encontraba en ese lugar ya que toda la demás gente sufría al saber que Sócrates iba a morir, con esto despertó la admiración de cuantos lo rodeaban.

En el libro III de La República también afirma que cada ciudadano tiene un deber que cumplir en todo Estado bien organizado y habrá que establecer una legislación para el Estado que cuide de los ciudadanos bien constituidos de alma y cuerpo, pero respecto a los que no son sanos corporalmente se les dejará morir.

Hipócrates se opuso a la eutanasia, para él eran fundamentales la santidad de la persona y el verdadero bienestar del paciente. Reconoció, sin embargo, que se podría violar fácilmente esta ética ya que los médicos no tienen sólo el poder para curar sino también para matar. Por esta razón hizo que los médicos se comprometieran éticamente con el denominado juramento hipocrático, en el cual se indica: “Y no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente.”¹¹ Este juramento permitió a la medicina proteger al paciente vulnerable.

El estoicismo fue la filosofía más influyente en el Imperio Romano durante el periodo

¹¹ <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>. (Consultado: 15 de agosto de 2016).



anterior al ascenso del cristianismo. La base de la ética estoica se fundamenta en que el bien no está en los objetos externos, sino en la condición del alma en sí misma, en la sabiduría y en el dominio, mediante los que una persona se libera de las pasiones y deseos que perturban su vida. Séneca, Epícteto y Marco Aurelio son los tres filósofos estoicos cuyos escritos se conservan.

Séneca, basándose en que la ley eterna fija un solo modo de iniciar la vida, pero varios para salir de ella, ha transmitido su opinión al respecto cuando dice que es al hombre a quien corresponde decidir libremente sobre el sentido y su capacidad de soportar su existencia en el cuerpo, y no se debe ni querer demasiado a la vida, ni odiarla demasiado, sino buscar un término medio y ponerle fin cuando la razón lo aconseje, pues no se trata de huir de la vida sino de saber dejarla y es preferible quitarse la vida, a una vida sin sentido y con sufrimiento.

Epícteto ve la muerte como una afirmación de la libertad. Ya que la vida a veces no tiene rumbo alguno y solo provoca sufrimientos tanto para el enfermo como para sus familiares, es por lo que el enfermo tiene el derecho a decidir. Marco Aurelio, en su Libro III expresa que es una de las funciones más nobles de la razón consiste en saber si es o no, tiempo de irse de este mundo. El cristianismo, en un principio, no solo no condenó el suicidio, sino que incluso lo consideró como un gesto heroico, para escapar al deshonor o como una forma de aceptar el martirio. A partir del siglo IV, es cuando para evitar el gran número de suicidios de creyentes fanáticos, que pretendían, a través de la inmolación, conquistar el paraíso y para restablecer un poco de valor a la vida humana, empieza a manifestarse en su contra. San Agustín equiparó el suicidio al homicidio y no admitía



ningún tipo de excepción, ni en casos de gran dolor moral ni desesperación. El pensamiento agustiniano influyó en gran medida en la doctrina posterior de la Iglesia. El Código Canónico empezó a condenar el suicidio a partir del Concilio de Arles en el año 452, estableciendo sanciones como la prohibición de la celebración de la misa y el canto de los salmos, cuando se acompañaba al difunto a la tumba, también la prohibición de sepultura en campo santo y la excomunión para quienes solo lo hubieren intentado.

En la Edad Media la Iglesia Católica siguió condenando el suicidio, y por tanto la eutanasia, por atentar contra el amor debido a sí mismo, la sociedad y el derecho exclusivo de Dios sobre la vida del hombre y además ordenó la confiscación de todas las propiedades del suicida y todo tipo de humillaciones para el cadáver. Sin embargo, no logró suprimirlo del todo, puesto que en determinadas circunstancias se siguió produciendo, en las ordalías medievales se utilizaba un puñal corto y afilado para rematar a los heridos sin posibilidad de curación, que recibía el nombre de misericordia.

En el Renacimiento se produce un cambio de mentalidad, y en lo que se refiere a la eutanasia, a esta se la relaciona con el buen morir en el sentido físico, como el último proceso de la vida del ser humano. Tomas Moro, al describir en su obra Utopía, la forma del Estado ideal, afirma por una parte que se debe prestar a los moribundos todo cuidado y solidaridad. Pero considera que, en casos de dolores extraordinarios, se puede recomendar poner término a su vida. Se le puede causar la muerte al enfermo, si este está de acuerdo, privándole de los alimentos o administrándole un veneno. También indica que se requiera el permiso de las autoridades y de los sacerdotes para evitar posibles abusos.



En 1605 Francis Bacon introduce por primera vez, la actual concepción de eutanasia, indicando que es la acción del médico sobre el enfermo incluyendo la posibilidad de apresurar la muerte. David Hume justifica la eutanasia cuando dice que si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla.

Los Utilitaristas, a finales del siglo XVIII y en el XIX, en su pensamiento mantienen que cualquier acción es moralmente buena cuando produce mayores beneficios que perjuicios, y por lo tanto, el valor ético de la conducta está determinado por el carácter práctico de los resultados. Bentham identifica el bien con el placer o la felicidad, y el mal con el dolor o la infelicidad y defiende el mayor bien para el mayor número de gente. En relación a la eutanasia su posicionamiento está basado en que será mayor el bien y la felicidad, tanto para el enfermo como para su familia, si se ayuda al enfermo a morir de una forma digna, que si se le ayuda a prolongar el sufrimiento.

La Revolución Francesa creó la tradición jurídica de la no punición del suicidio que se refleja en la mayoría de la actual codificación penal. Los eugenistas buscan el perfeccionamiento de las cualidades de la raza humana mediante el estudio de la herencia. La idea de eugenesia estaba presente en la República de Platón, el actual concepto surgió durante la segunda mitad del siglo XIX, fundamentado en la perfección de la especie humana y en una confianza cada vez mayor en la ciencia como forma de conocimiento. Cuando sus lemas de la lucha por la supervivencia y de ley del más fuerte, se aplicaron a la sociedad, es cuando aparece la eugenesia moderna.



A partir de 1900, con la aparición de la genética moderna, las corrientes interesadas en mejorar la raza humana se transformaron en un movimiento institucionalizado, los eugenistas, en el que cabe destacar dos corrientes: la eugenesia positiva, que se centra en aumentar el potencial educativo de los individuos especialmente adaptados; y la eugenesia negativa, que subraya la necesidad de apartar a aquellos particularmente inadaptados.

Entre 1910 y 1940 el movimiento estrechamente asociado con un sentimiento de superioridad blanca anglosajona, fue especialmente intenso en Inglaterra, Estados Unidos y Alemania. Karl Binding y Alfred Hoche en 1920 utilizan el término eutanasia, para proponer la muerte de personas social y económicamente inadaptadas como los enfermos mentales o minusválidos.

A finales de 1939, Hitler autorizó, por primera vez, la aplicación de la eutanasia, a un niño ciego, deficiente mental y con sólo dos extremidades, que se encontraba ingresado en una clínica de Leipzig.

En 1939 la Alemania Nazi aprobó una norma por la que se obligaba a informar a las autoridades, del nacimiento de niños con defectos físicos y tres peritos decidían si el niño debía o no seguir viviendo. Poco después, Hitler dictó las normas legales que legitimaron la eutanasia en Alemania. Por primera vez en la historia, una autoridad política, emanada de unas elecciones democráticas, aprobaba la supresión de vidas humanas sin valor. Después de la Segunda Guerra Mundial la eutanasia se vuelve un tema tabú.



3.1.1. Estados Unidos de Norte América

Después de años de lucha para que alguien, en algún lugar de Estados Unidos, reconozca el derecho a practicar la eutanasia, en el Estado de Oregón se llevó a cabo el primer suicidio asistido legal de la historia de este país.

Compasión en la Muerte, es un grupo partidario de hacer accesible una muerte digna a enfermos terminales, fue uno de los principales impulsores de la ley llamada: Muerte con Dignidad, un texto aprobado en 1994 por la Asamblea de Oregón y, posteriormente en noviembre de 1997 fue aprobado por los votantes del Estado, mediante referéndum.

La regulación de la eutanasia, dentro de las coordenadas marcadas hasta el momento por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, depende de las autoridades de cada Estado y, en último término, de la decisión de los votantes. El Estado pionero de Estados Unidos hasta el momento es Oregón, quien ha sido el pionero en la cruzada que se desarrolla en Estados Unidos en favor del llamado derecho a morir. La ley aprobada finalmente en Oregón permite a los médicos recetar medicamentos de efectos mortales a petición de pacientes con una enfermedad terminal y con una expectativa de vida menor de seis meses.

Los grupos que se oponen a la eutanasia, encabezados por la Iglesia Católica, pusieron realmente el grito en el cielo, condenaron la muerte y expresaron su profundo pesar por esa noticia. La Iglesia Católica en Oregón dirigió la campaña contra la promulgación de la ley, aprobada por un escaso margen por la asamblea estatal, en 1994, y que, tras tres



años de suspensión cargados de idas y venidas, finalmente se sometió a referéndum en noviembre último. Algunas personas pronosticaban que gracias a esa ley, el Estado maderero del noroeste del país podría convertirse en una especie de meca de suicidios. Según el grupo Compasión en la Muerte, nadie se había trasladado a Oregón para hacer uso de su revolucionaria ley.

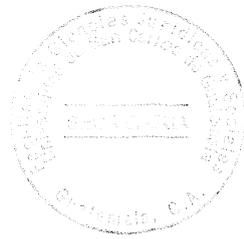
No ocurre lo mismo en Michigan, donde, quizá por la gran publicidad que alcanzaron las prácticas eutanásicas del doctor Jack Kevorkian, se han practicado ya decenas de muertes asistidas de pacientes gravemente enfermos, aun cuando la medida no está de acuerdo con la ley. Por tanto, Kevorkian, aprovechando los agujeros legales que le permiten evadirse de la justicia en aquellos Estados donde no está expresamente prohibida esta práctica, trata de abrir brecha en lo que él y a pesar de las muchas dudas que suscita su personalidad, considera es de justicia.

En Estados Unidos hay 30 Estados que tienen leyes que prohíben expresamente la práctica del suicidio asistido y sólo uno, Oregón, que lo permite. Es en el siglo XX en el que alcanza notoriedad, a escala de Estado, la eutanasia. A continuación se describe a detalle la evolución de la eutanasia en el siglo XX y principios del XXI:

- a. 1932. El doctor Millart, presidente de la Society Medical of Heat, exigió la legalización de la “mercy killing” en Inglaterra.
- b. 1935. Lord Moynihan, presidente del Real Colegio de Cirujanos, funda la asociación Exit en Inglaterra.



- c. 1938. En Estados Unidos de Norte América se funda la *Euthanasia Society of America*, y más tarde se llamó *Society for the Right to Die*.
- d. 1939. Adolf Hitler estableció la eutanasia como política de Estado. Con fecha primero de septiembre de 1939 se emitió la orden que autorizaba la eliminación física de personas epilépticas, débiles mentales, personas con deformidades, niños recién nacidos con defectos físicos y otros.
- e. 1974. 40 personalidades de la cultura y la ciencia, entre ellos tres premios Nobel: Jacques Monod, Linus Pauling y George Thomson, afirmaron que ninguna moral racional puede prohibir categóricamente que el individuo ponga fin a su existencia si está enfermo de un mal horrible contra el cual los medios conocidos carecen de efecto.
- f. 1976. En California se aprueba la primera Ley del Testamento de Vida.
- g. 1980. En India se introduce en el parlamento un proyecto de ley que de haberse aprobado proporcionaría la muerte a petición del paciente.
- h. 1981. Se funda en Alemania la Sociedad de Eutanasia Voluntaria.
- i. 1982. En el estado de Indiana, específicamente en el Condado de Bloomington, se da el caso denominado *Baby Doe*, en donde un niño con síndrome de down lo dejan morir de hambre en el hospital, a petición de los padres, a pesar de ofertas de adopción.
- j. 1986. En Estados Unidos de Norte América, 35 Estados ya habían aprobado leyes relativas a los testamentos de vida.



- k. 1989. En Filipinas se da un proyecto de legislación a favor de la eutanasia.
- l. 1991. Fue publicado el libro *Final Exit*, cuyo autor es Dereck Humphrey, en ese libro se explican las diferentes formas de matarse sin dolor.
- m. 1991. En Holanda se rinde el informe *Remlik*, en el cual se expone que han ocurrido más de 1000 casos de eutanasia, en los cuales los médicos tomaron decisiones sobre la vida de sus pacientes aún sin el consentimiento de estos.
- n. 1991. En Estados Unidos de Norte América se aprueba la Ley *Patient Self Determination*.
- o. 1994. En el Estado de Oregón, sus habitantes aprobaron por votación 51% a 49% la primera ley a favor de la eutanasia, en la historia y en todo el mundo.
- p. 1997. En Australia el parlamento revocó la legalización de la eutanasia en el territorio del norte.
- q. 2001. En Holanda el senado aprobó la ley que permite la eutanasia.

Como se mencionó anteriormente, en Estados Unidos de Norte América a lo largo de los últimos años se han dictado regulaciones sobre las denominadas *Advance Directives*. En Alabama, la *Alabama's Natural Death Act* del año 1997 otorgaba a toda persona adulta y capaz la posibilidad de suscribir una directiva anticipada. Comprende dos supuestos: uno denominado *Living Will* y el otro *Durable Power of Attorney for Health Care*. El primero es un instrumento en el cual una persona prevé disposiciones respecto del cuidado de su salud, indicando la aceptación o rechazo de tratamientos médicos para el caso en que



llegara a padecer en el futuro una enfermedad terminal y estuviera imposibilitado de expresar su voluntad.

Por su parte, el durable *Power of Attorney for Health Care*, permitía que el declarante designe a un agente o representante para que tome las decisiones pertinentes concernientes a su salud. En el Estado de Florida, la ley reconoció un tercer tipo de documento, el llamado *Health Care Surrogate Designation*, a través de la cual un paciente designa a una persona para que supla su voluntad por el tiempo durante el cual éste se encontrare en estado de inconsciencia. En el Estado de Michigan, aunque no se ha declarado normativamente el derecho a la emisión de directivas anticipadas, pacífica jurisprudencia las ha venido aceptando y reconociendo como válidas, por considerarlas de suma utilidad.

3.1.2. España

La muerte sigue siendo un tabú, pero cuando a alguien se le pregunta si le teme a la muerte, suele contestar que a lo que en realidad teme es al sufrimiento, al dolor físico, por supuesto, pero también al dolor psicológico de tener que seguir viviendo en condiciones insoportables. Fabiano Antoniani, un tetrapléjico italiano decía que se sentía atrapado en una jaula, pues vivía postrado desde que en 2014 sufrió un grave accidente que le dejó sin visión y sin movilidad. Él sabía que podía vivir todavía mucho tiempo, porque el organismo de un hombre fuerte de 40 años puede aguantar mucho, pero no quería seguir en esas condiciones. Fabiano Antoniani viajó a Suiza, por ser el único de los seis países entre los que han legalizado la eutanasia o la ayuda al suicidio, que



admite extranjeros para la aplicación de ese procedimiento. Este hombre, con un movimiento de sus labios, accionó el mecanismo que introdujo el cóctel de la dulce muerte en su boca.

El caso de Antoniani se parece mucho al de Ramón Sampredo, el tetraplégico gallego que en los años 90 acudió sin éxito a los tribunales para que le ayudaran a morir y abrió en España el debate de la eutanasia. Sampredo pudo morir finalmente en 1998, ya que alguien le facilitó los fármacos que le permitieron morir, aunque de forma clandestina y no tan dulce como él hubiera querido. Casi 20 años después, en España se retoma el debate de la eutanasia. Siete Parlamentos autonómicos han pedido que se regule y el grupo parlamentario de Unidos Podemos ha presentado una proposición de ley en el Congreso. Tanto la oposición como la abstención han impedido que la propuesta sea tomada en consideración, pero el asunto ha entrado de lleno en la agenda política.

La regulación de la eutanasia para enfermos incurables tiene en España un amplio apoyo ciudadano. Así lo indican todas las encuestas: CIS 2009, CIS 2011, Isopublic 2013, Ipsos Mori 2015, y Metroscopia 2017. La del CIS, por ejemplo, muestra que el 77,5% de los españoles está total de acuerdo en que se regule la ayuda a morir. Según la realizada por Ipsos Mori para *The Economist* en 15 países europeos, España figuraba en el cuarto lugar, después de Bélgica, Francia y Holanda, con mayor apoyo social a la eutanasia: un 78% de los encuestados está a favor de la regulación, frente a un siete por ciento que está en contra. La encuesta realizada por Metroscopia en 2017, corrobora y amplía esos porcentajes: el 84% de los encuestados es partidario de permitir la eutanasia en caso de enfermedad incurable. El apoyo alcanza el 90% entre los menores de 35 años.



En la Comunidad Europea, el cuatro de abril de 1997 el Consejo de Europa aprobó el primer instrumento jurídico con alcance internacional y con carácter vinculante para los países que lo suscriben. Dicho instrumento viene a reforzar y otorgar un trato especial al derecho a la autonomía del paciente y contiene disposiciones sobre las instrucciones previas y los deseos del paciente expresados con anterioridad. En el Artículo 9 se establecía que iban a ser tomados en consideración los deseos expresados con anterioridad con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

En España, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en diciembre de 2000 se dictó la Ley N° 21 el cual versa sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica, y con ella el testamento vital adquirió status legal en la región. En otras Comunidades Autónomas, como Galicia, Aragón y Madrid se han aprobado leyes similares. Andalucía por su parte, aprobó en el año 2003, la Ley N° 5 la cual norma lo relativo a las declaraciones de voluntad anticipadas, estableciendo que se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

A nivel federal, el 14 de noviembre del 2002 se sancionó la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, la que incluye un expreso reconocimiento del testamento vital.

Como la mayoría de los instrumentos normativos que regulan el instituto, establece que las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito y podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando expresa constancia.

En Argentina las directivas anticipadas encuentran anclaje legal en la consagración de los derechos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal, todos ellos garantizados en esa Constitución Nacional, tal como surge de su Artículo 19 y, en términos más amplios, en principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del Artículo 75, inciso 22 y que otorga status supra legal a los tratados internacionales sobre derechos humanos, donde se resguarda el derecho de la salud. Siguiendo el recorrido normativo de España, se encuentra la obligación que recae sobre los profesionales de la salud de respetar la negativa del paciente a tratarse o internarse, tal como lo establece el Artículo 19, inciso 3º de la Ley Número 17.132 que regula el ejercicio de la medicina. También se debe mencionar la Ley Número 26.529 de Derechos del Paciente 1, que con alcance nacional ha consagrado expresamente el respeto por el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente.

3.2. Definición de la declaración de voluntad anticipada

Es el documento en el que una persona manifiesta de forma anticipada los deseos o instrucciones que sobre las actuaciones médicas, se deberán tener en cuenta en caso de encontrarse en una situación en la que las circunstancias no le permitieran expresar libremente su voluntad. Este documento sirve para que tales deseos sean respetados y cumplidos por el médico o el equipo sanitario que intervienen cuando la persona que ha

otorgado el documento se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad por deterioro físico o psíquico.

La declaración de voluntad anticipada también puede definirse como: "la manifestación escrita hecha por una persona capaz quien, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria a recibir cuando se produzcan circunstancias clínicas que le impidan comunicar personalmente su voluntad"¹², igualmente, en el documento de voluntades anticipadas (DVA) se podrá incluir la declaración de voluntad sobre donaciones y destino del cuerpo interesado.

3.3. Falta de información sobre la declaración de voluntad anticipada

Son varios los países que han ido agregando a sus legislaciones el tema de la declaración de voluntad anticipada, aunque como ya ha sido expuesto, los países europeos cuentan con una gran ventaja en relación a este tema, en comparación con los países latinoamericanos, pues en muchos países anglosajones el tema de la declaración de voluntad anticipada ha sido ampliamente discutido y ha ido evolucionando considerablemente. Así mismo, derivado de lo vanguardista que aún resulta ser el tema central de esta investigación, existe poca información sobre la declaración de voluntad anticipada.

Como ya ha sido expuesto, en algunos países la declaración de voluntad anticipada ha

¹²http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/OOAA/ServicioAragonesSalud/AreasTematicas/InformacionProfesional/ci.03_documentos_de_voluntades.detalleDepartamento?channelSelected=c479d2a38e2b210VgnVCM100000450a15acRCRD. (Consultado 25 de abril de 2012).

recibido diferentes denominaciones, por ejemplo también se le conoce como el testamento en vida, instrucciones previas, testamento vital o voluntad anticipada. Si bien es cierto que las denominaciones pueden llegar tan variadas, los efectos que cada una de esas instituciones busca es el mismo, el cual se podría resumir en el derecho que tiene el individuo de decidir sobre el tratamiento médico que está dispuesto a recibir, con base al respeto a la dignidad y a los valores de la persona.

Teniendo en cuenta lo anterior, en algunos países la voluntad anticipada tiene su asidero legal en algunos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que buscan la protección del derecho que tienen las personas a una existencia digna. Por ejemplo, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, el cual se encuentra regulado y reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así mismo este mismo derecho también se encuentra consagrado en la Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual además reconoce el derecho de toda persona a mejorar sus condiciones de existencia. En el mismo sentido, el denominado Pacto de San José, determina que toda persona tiene derecho a que le sea reconocida su dignidad como persona. Los anteriores son algunos ejemplos de instrumentos legales de carácter internacional en los se puede fundamentar la declaración de voluntad anticipada.

Por citar un ejemplo a nivel de los países latinoamericanos, se puede mencionar el caso de México, país en el que el derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna, ese derecho se extiende como

una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física y la vida. Lo anterior es el fundamento empleado a efecto que una persona pueda concluir su existencia con dignidad, ya que un individuo puede decidir de forma libre sobre su propio tratamiento médico, basado en el respeto a la dignidad y a los valores de la persona.

En el caso de México, la finalidad de la voluntad anticipada es proteger la dignidad de la persona cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural y se le garantiza a la persona que podrá concluir su existencia de una forma que no vaya en contra de sus creencias o valores, ni de infringirle dolor o agonía innecesaria.

Se puede concluir que las diferentes legislaciones tienen un común denominador y es que la declaración de voluntad anticipada se refiere a instrucciones que da el paciente mayor de edad, en el pleno uso de sus facultades mentales, independientemente de su estado de salud y que manifiesta de forma unilateral su voluntad y en el uso de su legítima autonomía, la cual constará por escrito y expresará su deseo o no de recibir cualquier tipo de tratamiento médico, determinados medicamentos y/o cuidados paliativos que se adecuen a su enfermedad, necesidad o calidad de vida; esto cuando la persona se encuentre en una situación en la que no pueda expresarse personalmente.

Se puede decir las características de la declaración de voluntad anticipada podrían ser:

- a. Es una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho, amparada por la norma jurídica.



- b. Es unilateral, ya que para su formación interviene una sola expresión de voluntad la del causante.

- c. Es un acto revocable, ya que esa declaración de voluntad puede ser revocada en cualquier momento y en el caso que existan varios documentos de esta naturaleza, se toma como válido el último documento que haya sido firmado por el causante.

- d. Solemne, esto en virtud que para que el documento sea válido es necesario que cumpla con las formalidades establecidas en la ley.

En conclusión se puede decir, que la falta de información que existe en cuanto a la declaración de voluntad anticipada, no solo se ve reflejada en la normativa jurídica, sino también se puede evidenciar en el hecho de que hasta el momento no se cuenta con mayores aportes doctrinales en cuanto a este tema.

CAPÍTULO IV

4. Declaración de voluntad anticipada y su relación con la ciencia de la medicina

En este capítulo se desarrollará la relación que tiene el derecho y la ciencia de la medicina, así como la declaración de voluntad anticipada con la medicina, siendo esta una característica esencial del tema central de esta investigación.

4.1. Bioética

Es el estudio de los aspectos éticos de las ciencias de la vida (medicina y biología, principalmente), así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos. De modo clásico, la bioética puede definirse como el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, examinada a la luz de los valores y de los principios morales. La palabra bioética un neologismo introducido por el oncólogo Van Rensselaer Potter, el cual se utiliza por primera vez en una monografía titulada *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: un puente hacia el futuro), la bioética se ha convertido en uno de los temas de obligada referencia en la medicina y la investigación actual, una nueva disciplina que ha ido adquiriendo a lo largo de los últimos 30 años un importante cuerpo doctrinal, convirtiéndose en una de las ramas de estudio más desarrolladas de la ética.

Esto ha dado lugar a un relanzamiento de la ética médica, enriquecida con nuevas formulaciones y principios de argumentación, en los que la competencia profesional y los

datos obtenidos de la evidencia científica se convierten en requisitos básicos para la toma de decisiones morales. Precisamente esta confrontación y armonización de datos científicos y dilemas éticos distinguirá a la nueva bioética de la clásica deontología médica enunciada por Hipócrates, ya en el siglo V a. C. surge, por tanto, esta nueva área de conocimiento y de discusión, partiendo del legítimo pluralismo ideológico, como una necesidad de logros de acuerdos a nivel de la comunidad científica internacional, para asegurar el respeto a la vida humana y la dignidad personal en el ámbito de la investigación científica y el trabajo biomédico.

De hecho, esa búsqueda de principios éticos reguladores de la actuación profesional resulta especialmente necesaria en el fragmentado ámbito cultural, ya que el recurso a la conciencia individual, aludido frecuentemente como única fuente de ética o moralidad, en demasiados casos sólo ha demostrado servir como puerta de escape o justificación de las opciones éticas más cómodas o más propiciadoras de actuaciones utilitaristas en las que se busca sacar el máximo provecho personal.

La nueva ética biomédica intenta recuperar el sentido de dignidad del ser humano, como paciente o sujeto de investigación, en todas las fases de su vida, reconociéndolo en todo momento como sujeto de derechos, lo que implica necesariamente el respeto a su libertad y el acceso a la información útil en cada caso, integrando estos derechos con los deberes de conciencia del propio médico, que no debe quedar en ningún momento despojado de su propia responsabilidad ni de sus propias convicciones, ya que cada uno es responsable de sus propios actos sin que pueda delegar en nadie esa responsabilidad moral.

Es evidente que problemas tan actuales como el incierto destino de los embriones crioconservados, la clonación, la aplicación en humanos de vacunas de dudoso resultado para tratar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, las consecuencias del conocimiento del genoma de cada individuo o la terapia celular, investigada en algunos casos a partir de embriones en desarrollo, han desbordado el campo específico de la práctica médica, llenando las páginas de los medios de comunicación.

Aparte de estos grandes problemas que surgen de la investigación básica, también en la práctica diaria de los profesionales que realizan su labor a nivel clínico, tanto en centros de salud como en grandes hospitales, surgen con frecuencia conflictos de valores, dudas sobre qué datos relativos a la enfermedad se deben comunicar a los pacientes más vulnerables o de edad más avanzada y nuevos dilemas éticos ante los cuales muchas veces el clínico se encuentra con la obligación de tomar decisiones sin patrones de referencia en los que saberse respaldado.

4.2. Bioderecho

El bioderecho también se conoce como *biolaw*, *health law* o *medical law*. El bioderecho constituye una nueva forma de solucionar los conflictos desde planteamientos éticos, con el aval de la ciencia y bajo el marco de un derecho cercano a la sociedad, cuyo referente último radica en el imperativo sustentado por los derechos humanos.

Los avances de la ciencia, la posibilidad de intervenir en la entidad constitutiva del ser humano, la delgada línea que separa ciencia y tecnología de intimidad, el conflicto abierto

entre lo natural y lo artificial y el respeto debido a la dignidad, plantean la interrogante que se constituye en la razón de ser y en el punto de partida de la ciencia del bioderecho. Una de las interrogantes en la material del bioderecho es que si frente al creciente poder de intervención de la ciencia y de la tecnología en la vida humana, todo lo que es materialmente posible es éticamente aceptable y, si lo es, dentro de qué límites jurídicos.

El origen de la vida, el concepto de muerte, la capacidad de tomar racionalmente decisiones difíciles, el valor del principio de autonomía personal, los descubrimientos de la ingeniería genética, los avances en materia de salud, las nuevas fronteras del derecho a la intimidad, los límites al control informatizado, la influencia de la tecnología en los ecosistemas, el respeto a la identidad cultural y multicultural, el cuidado del medio ambiente o el papel del Estado en una política de carácter respetuoso con las exigencias de sus ciudadanos, son ejemplos que ilustran la trascendencia de los nuevos retos del milenio y que, en definitiva, han propiciado la eclosión del bioderecho como disciplina y el crecimiento que, en las dos últimas décadas, ha experimentado la relación entre biología, tecnología, medicina, ética y derecho.

El bioderecho tiene por objetivo una sociedad más justa, el rescate de la dignidad del ser humano, la opción por la sostenibilidad, la defensa de la solidaridad social y jurídica, la eliminación de los conflictos entre ética y tecnología, la creación de un derecho preocupado por las personas y beligerante con las estructuras en las que estas han quedado atrapadas. El bioderecho es una ciencia que ha de tener, como eje argumental de todas sus reflexiones, la sensibilidad hacia el ser humano. Es una ciencia que, desde la objetividad de sus planteamientos y resultados, no puede dejar de mirar a quienes son

sus destinatarios; y en ellos, lo que se trasluce es dignidad, realización personal, derecho a vivir (y a morir) en conciencia y a ser respetados socialmente en su autonomía en cuanto este respeto se formula con reciprocidad.

Por lo expuesto, se puede decir que el bioderecho es una nueva área del conocimiento jurídico que considera a la bioética como un enfoque ético de todo lo relativo a la vida y el impacto de esta en el derecho, destacando que el derecho tutela bienes sociales como la vida, por lo que el bioderecho puede ser definido como un conjunto de normas jurídicas que recoge temas de la bioética y los regula normativamente.

4.3. Inaplicabilidad de los principios deontológico que rigen el campo de la medicina

La palabra deontología emana de dos componentes griegos, uno es *deontos* que significa deber u obligación, y el segundo es *logia* que significa estudio. Deontología es un concepto que se utiliza para nombrar a una clase de tratado o disciplina que centra su análisis en los deberes y los valores regidos por la moral, es decir que se analiza todo aquello que se debe hacer o evitar según lo que dicta la conciencia. La deontología forma parte de lo que se conoce como ética normativa, esto quiere decir que cada profesión debe tener su propia deontología, la cual indica cuál es el deber de cada uno.

Lo habitual es que ciertas profesiones cuenten con un código deontológico, que es una especie de manual que recopila las obligaciones morales que tienen que respetar aquéllos que ejercen un trabajo. Generalmente los códigos de deontología médica



siempre estarán basados en el juramento hipocrático. A continuación se explicará por qué muchos de los principios deontológicos de la medicina no pueden ser aplicables en el tema de la declaración de voluntad anticipada.

4.3.1. Distanasia

La palabra distanasia es el compuesto del griego *dys* que significa difícil o malo y *thánatos* que es muerte. Se define como una muerte lenta y dolorosa, aunque se puede matizar el dolor, controlándolo y así dejar que sea una muerte lenta o natural. La distanasia es un fenómeno que surge asociado a la emergencia y desarrollo de la biomedicina. La definición de distanasia es expresión de una lógica determinista y señala al médico como único responsable de los actos distanásicos. La distanasia también se puede definir como la acción, intervención o procedimiento médico que no corresponde al objetivo de beneficiar a la persona cuando está en fase terminal, y que prolonga, en forma inútil y con sufrimiento, el proceso de morir, promoviendo la postergación de la muerte.

La definición de distanasia establece una relación de causalidad entre el médico como agente de una acción y un paciente quien sufre sus efectos, los cuales pueden ser calificados como inútiles o perjudiciales. Además revela que en su enfoque subyace una lógica lineal. La actividad médica actual utiliza abundante cantidad de conocimientos y recursos tecnológicos y farmacológicos, que han contribuido al bienestar de las personas. Sin embargo, existe una zona limítrofe más allá de la cual, el beneficio obtenido con la aplicación de más tecnología se torna insignificante y se convierte en perjuicio, genera



maltrato, insatisfacción, desperdicio de recursos y una sensación de fracaso y pérdida del sentido del quehacer médico. La distanasia es una muestra de estas circunstancias.

El sufrimiento es un factor común a todo paciente, tanto que su alivio constituye uno de los objetivos más generales del quehacer médico. El sufrimiento se expresa más intensamente en los pacientes en estado crítico, a pesar de lo cual no se le presta suficiente cuidado. El no entender la naturaleza del sufrimiento puede promover intervenciones que, aunque técnicamente adecuadas, no lo alivian y pueden ser fuente de mayor sufrimiento. El sufrimiento, diferente del estrés físico, se presenta cuando las personas ven amenazada su integridad por fuentes de orden biológico, psicológico o social.

4.4. Procedimientos extraordinarios para prolongar la vida

Para iniciar el desarrollo de este tema, se considera oportuno definir qué es el enfermo terminal. La Sociedad Española de Cuidados Paliativos define al enfermo terminal como: “la persona que sufre una enfermedad avanzada, progresiva e incurable, sin posibilidad razonable de respuesta al tratamiento específico, donde concurren numerosos síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes, que producen gran impacto emocional en pacientes, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la posible muerte o con un pronóstico de vida inferior a seis meses.”¹³ La anterior es una definición bastante completa de lo que se debe entender como un enfermo terminal.

¹³ http://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermo-terminal. (Consultado 08 de junio de 2016).



Otros autores también definen al enfermo terminal como el paciente que no ha respondido a ninguna de las medidas curativas que se conocen y que le han sido suministradas, y por consiguiente, el único objetivo del tratamiento que le será aplicado es el de proporcionarle el máximo bienestar por el tiempo que sea necesario.

Teniendo en cuenta lo anterior, los procedimientos extraordinarios para prolongar la vida pueden definirse como los cuidados otorgados a un enfermo terminal, los cuales no son suministrados como medios para preservar la vida, sino que son aplicados en razón de una asistencia ética obligatoria. Cuando los cuidados médicos se aplican por técnicas especiales, pueden llegar a perder el carácter de obligatoriedad y pueden llegar a convertirse en cuidados extraordinarios o desproporcionados.

Cuando un paciente se encuentra en peligro de muerte, pero existe una posibilidad de recuperación, se considera que los cuidados que le serán suministrados son de carácter proporcionados u ordinarios, ya que su fin primordial es salvar una vida, pero cuando se trata de un enfermo terminal y como resultado de los cuidados suministrados no se espera una curación sino únicamente un prolongamiento de la vida, esos cuidados tendrán un carácter desproporcional o extraordinarios.

A la prolongación de la vida mediante procedimientos desproporcionados, se le conoce con el nombre de ensañamiento terapéutico o distanasia. Cabe resaltar que los tratamientos que son considerados para prolongar la vida son aquellos cuyo objetivo es prolongar el proceso natural de la muerte. En los procedimientos para prolongar la vida se debe respetar el derecho del paciente a tomar la decisión sobre los medios ordinarios

o extraordinarios que le serán suministrados. Sin embargo, la expresión métodos extraordinarios de tratamiento se refiere a una serie de procedimientos terapéuticos específicos, distinguibles de los métodos terapéuticos o incluso se piensa que sólo puede prolongar innecesariamente un esfuerzo terapéutico o un sufrimiento para el paciente, se convierten en procedimientos extraordinario.

4.5. Directivas médicas anticipadas

Diversos ordenamientos jurídicos han incorporado a su legislación la institución de la eutanasia, “pero el grado de desarrollo alcanzado por las Directivas Médicas Anticipadas en cada uno de ellos, no ha sido homogéneo. Así, tanto Estados Unidos como España han desarrollado regulaciones legales fundamentalmente a nivel regional, en tanto la mayoría de los países de Latinoamérica se encuentra actualmente atravesando un proceso de reconocimiento legislativo. En América del Sur, tiene particular trascendencia el aporte que ha hecho la República de Uruguay con la sanción de la Ley de Voluntad Anticipada.”¹⁴ Como puede establecerse, varios países se encuentran incorporando en sus ordenamientos jurídicos el tema central de la declaración de voluntad anticipada.

Al establecer la operatividad de las directivas anticipadas, estas se circunscriben exclusivamente a casos de enfermedades terminales, incurables o irreversibles, se deja a un lado la opción de manifestar indicaciones respecto de un tratamiento, en aquellas situaciones en donde no se configura un cuadro como el descrito. Otro rasgo que vale la pena resaltar consiste en la clara libertad de revocación, permitiendo que esta se exprese

¹⁴ Ibid.

sin ningún tipo de formalidad, lo cual puede considerarse uno de los puntos de mayor fortaleza en esa ley.

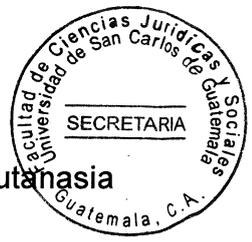
El documento debe incorporarse a la historia clínica de cada paciente, pero no se estipula un procedimiento claro para garantizar fehacientemente que llegue al legajo médico, lo cual implicaría en la práctica y ante la inexistencia de una historia clínica unificada, que cada persona deba llevar una copia de su testamento vital a cada uno de los establecimientos donde sea tratado. Queda expresamente establecida en esa ley la obligación de los establecimientos médicos, tanto públicos como privados, de procurar el cumplimiento de las voluntades anticipadas, y asimismo se regula un procedimiento específico para suspender tratamientos en casos en donde el paciente se encuentre impedido de comunicar su voluntad, producto de una enfermedad terminal e irreversible, haciendo valer su derecho a no sufrir un ensañamiento terapéutico y de morir dignamente.

4.5.1. Clases

Teniendo en cuenta lo descrito en cuanto a las directivas medicas anticipadas, resulta oportuno desarrollar a continuación cuál es su contenido o clases en que se divide:

a. Eutanasia activa, positiva o directa

Es aquella que, mediante una acción o intervención positiva se provoca la muerte de la persona. Se distinguen dos variantes, siendo la primera la eutanasia voluntaria, es la que



se lleva a cabo con consentimiento de la persona; y la segunda es la eutanasia involuntaria o cacotanasia, la cual se práctica sin el consentimiento de la persona.

b. Eutanasia pasiva, negativa o indirecta

Procura aliviar al enfermo de sus dolores aunque se corra el riesgo de acortar su vida. Esta expresión se presta a equívocos y es preferible no usarla cuando tiene ese sentido, es decir, que no hay intención de provocar o acelerar la muerte de la persona. También se usa para significar la interrupción deliberada de la curación, con lo que si hay intencionalidad de causar la muerte.

c. Suicidio asistido o voluntario (eutanasia suicida)

Consiste en facilitar, proporcionar o ayudar a una persona a terminar con su vida. Por lo general se trata de enfermos en etapa terminal o que tienen un grado tal de invalidez que no puede desempeñar una vida útil.

d. Eutanasia homicida

Esta clasificación se subdivide en la eutanasia por piedad y la eutanasia eugenésica. La eutanasia por piedad se trata en realidad de un homicidio por piedad, tiene el propósito de liberar a la persona de una senectud angustiosa o de las consecuencias de una enfermedad invalidante o que provoque dolores insoportables. Por último, a la eutanasia eugenésica se le conoce como eugenesia económica o social, su objetivo es suprimir o



eliminar a aquellas personas que no son económicamente útiles pues sus vidas, carecen de valor y tiene como meta purificar la raza.

e. Ortotanasia

También denominada eutanasia pasiva, esta equivale a no retrasar el fallecimiento de la persona, permitiendo que Este ocurra sin intervención o ayuda. Algunos consideran que la ortotanasia contempla interrumpir tratamientos que sostienen la vida.

f. Distanasia

También llamada ensañamiento terapéutico y consiste en la aplicación consciente de tratamientos desproporcionados al enfermo que se encuentra en etapa terminal.

g. Adistanasia o antidistanasia

Es la cesación de la prolongación artificial de la vida, dejando que el proceso patológico termine con la existencia del enfermo.

h. Sufrimiento

Es la sensación de padecimiento de un daño o dolor, o una enfermedad o un trastorno físico. Es el límite de la praxis, algo distinto al dolor físico. El dolor físico, el malestar, la sensación de desagrado, no son desde el principio idénticos al sufrimiento.

i. Muerte digna

Preconiza una serie de intereses en virtud del cual el enfermo o el médico pueden elegir la realización de procedimientos o no ejecución de otros que le lleven al desenlace fatal de su enfermedad con el consiguiente fin de la vida.

j. Medicina paliativa (cuidados paliativos)

Reafirma la importancia de la vida y considera a la muerte como la etapa final de un proceso normal. Centra su atención en los enfermos terminales, es decir, aquellos cuya expectativa de vida es relativamente corta por causa de una enfermedad que no responde a los tratamientos curativos. Está enfocada en lograr la máxima calidad de vida y actividad en los pacientes terminales, sin intentar acortar ni alargar la vida, procurando el alivio del dolor y otros síntomas estresantes. Además, integra los aspectos psicológicos y espirituales en la aplicación de los cuidados, considerando activamente a la familia del paciente, tanto durante el proceso como en el duelo.

Los cuidados paliativos incluyen no sólo los tratamientos médicos y farmacológicos que se dan a los pacientes terminales, sino que también todas las atenciones del equipo interdisciplinario, por ejemplo las atenciones psicológicas, de enfermería, sociales y de terapia ocupacional.

Los cuidados paliativos no adelantan ni retrasan la muerte, sino que constituyen un verdadero sistema de apoyo y soporte integral para el paciente y su familia.



Entonces, en síntesis se puede decir que se proporciona al enfermo una muerte humana y digna, sin sufrimientos innecesarios, íntima, silenciosa, apacible, sencilla, consciente, sin soledad, en compañía de sus seres más queridos, con el consuelo de la fe en los creyentes, en paz consigo mismo y con todo lo humano, en su momento, sin adelantarla ni alargarla con actitudes agresivas y desproporcionadas; así se ayudará al enfermo y a su familia a efecto de minimizar la pesadilla de la muerte, a comprender su significado y a convertirla en un hecho trascendente para la vida.

4.6. Enfermedades terminales

El paciente o enfermo terminal es un término médico que indica que una enfermedad no puede ser curada o tratada de manera adecuada y se espera como resultado la muerte del paciente, dentro de un período corto de tiempo. Este término es más comúnmente utilizado para enfermedades degenerativas tales como cáncer, o enfermedades pulmonares o cardíacas avanzadas. Esta expresión se popularizó en el siglo XX, para indicar una enfermedad que eventualmente terminará con la vida de una persona.

Paciente terminal es la persona que se encuentra en la etapa final de algunas enfermedades crónicas, especialmente de las cancerígenas. Esta fase se inicia en el momento en que es preciso abandonar los tratamientos de finalidad curativa, ya que no le aportan beneficios a su estado de salud, para sustituirlos por otros cuyo objetivo es controlar y paliar los síntomas, tanto físicos como psíquicos que origina la enfermedad. A veces, se usa sólo la palabra terminal, la cual es sinónimo de enfermo o paciente desahuciado. Pero no debe confundirse con un enfermo o paciente agónico, que se



refiere a la fase de agonía la previa al fallecimiento de un paciente.

A menudo, un paciente se considera que sufre una enfermedad terminal cuando su esperanza de vida se estima en seis meses o menos, bajo el supuesto de que la enfermedad sigue su curso normal. La norma de los seis meses es arbitraria y las mejores estimaciones disponibles de la longevidad pueden ser incorrectas. Por consiguiente, aunque un enfermo diagnosticado correctamente puede ser considerado terminal, esto no es una garantía de que el paciente va a morir dentro de los seis meses. Del mismo modo, un paciente con una enfermedad que progresa lentamente, como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, no se puede considerar una enfermedad terminal, ya que las mejores estimaciones de longevidad son mayores de seis meses. Sin embargo, esto no asegura que el paciente no muera de forma temprana.

Cada paciente reacciona de manera diferente ante la noticia de que sufre una enfermedad terminal. En general, casi todos los pacientes pasan por cinco etapas hasta aceptar su dramática situación, según el modelo de Kübler-Ross, cuando se diagnostica una enfermedad terminal o una pérdida catastrófica.

La primera etapa es la negación, esta es solamente una defensa temporal para el individuo. Este sentimiento es generalmente remplazado con una sensibilidad aumentada de las situaciones e individuos que son dejados atrás después de la muerte.

La segunda etapa es la ira, en esta el individuo reconoce que la negación no puede continuar. Debido a la ira, esta persona es difícil de ser cuidada debido a sus



sentimientos de ira y envidia. Cualquier individuo que simboliza vida o energía es sujeto a ser proyectado resentimiento y envidia.

La tercera etapa es la negociación, aquí se involucra la esperanza de que el individuo pueda, de alguna manera, posponer o retrasar la muerte. Usualmente, la negociación por una vida extendida es realizada con un poder superior a cambio de una forma de vida reformada.

La cuarta etapa es la depresión, aquí se empieza a entender la certeza de la muerte. Debido a esto, el individuo puede volverse silencioso, rechazar visitas y pasar mucho tiempo llorando y lamentándose. Este proceso permite a la persona moribunda desconectarse de todo sentimiento de amor y cariño. No es recomendable intentar alegrar a una persona que está en esta etapa. Es un momento importante que debe ser procesado.

La quinta etapa es la aceptación, esta es la etapa final, se llega con la paz y la comprensión de que la muerte está acercándose. Generalmente, la persona en esta etapa quiere que la dejen sola. Además, los sentimientos y el dolor físico pueden desaparecer. Esta etapa también ha sido descrita como el fin de la lucha contra la muerte.

A pesar de los avances que ha tenido la medicina a lo largo de la historia, aún hay graves enfermedades que no tienen cura definitiva y a cuya merced se encuentran los países más pobres y desvalidos del mundo. Dentro de las enfermedades más conocidas se



encuentran las siguientes:

- a. Cáncer, no se puede considerar como una enfermedad de causa única, sino más bien como el resultado final de una interacción de múltiples factores entre los que se incluyen el ambiente, los hábitos dietéticos, la herencia genética, etc.
- b. Asma, aunque se conoce que el asma es una condición causada por una inflamación crónica de las vías aéreas, los componentes precisos de esta inflamación están todavía por dilucidar y sus causas son inciertas.
- c. Síndrome de inmunodeficiencia adquirida, se dice que una persona padece de sida cuando su organismo, debido a la inmunodepresión provocada por el virus de inmunodeficiencia humana, no es capaz de ofrecer una respuesta inmune adecuada contra las infecciones.
- d. Diabetes mellitus, esta no es una patología única sino que es un síndrome, por lo cual esta denominación incluye hoy en día a su vez, lo que son varios tipos de afecciones diferentes pero con una característica común: la hiperglucemia y sus consecuencias.
- e. La enfermedad denominada Creutzfeldt-Jakob, sus primeros síntomas incluyen típicamente demencia y problemas de coordinación muscular. Las personas con esa enfermedad también pueden experimentar insomnio, depresión o sensaciones inusitadas.



- f. Lupus eritematoso sistémico es una enfermedad autoinmune crónica. En esta, el sistema inmunológico ataca a las células del organismo y los tejidos, produciendo inflamación y daño.
- g. Polio, dentro del sistema nervioso central, el poliovirus preferencialmente infecta y destruye las neuronas motoras. Esa destrucción de neuronas causa debilidad muscular y parálisis aguda flácida.
- h. Ébola, en el lapso de una semana, una erupción, frecuentemente hemorrágica, aparece en todo el cuerpo. Las hemorragias se presentan generalmente desde el tubo gastrointestinal, haciendo que el infectado sangre tanto por la boca como por el recto.

No existe una cura o tratamiento específico para las enfermedades terminales. Sin embargo, algunos tratamientos médicos pueden ser apropiados, especialmente con el objetivo de reducir el dolor o facilitar la respiración. Algunos pacientes con enfermedades terminales precisan detener todos los tratamientos que les debiliten, para reducir los efectos secundarios no deseados. Otros continúan un tratamiento agresivo en la esperanza de un éxito inesperado. Otros rechazan el tratamiento médico convencional y buscan tratamientos no probados, tales como radicales modificaciones en la dieta. Las decisiones de los pacientes sobre los diferentes tratamientos pueden cambiar con el tiempo.

Los cuidados paliativos se ofrecen a los pacientes con enfermedades terminales,

opciones que ayuden a controlar los síntomas, el dolor y mejorar su calidad de vida. Los cuidados paliativos se pueden proporcionar en el hogar por su médico de cabecera o en hospitales de larga estancia, además, se ofrece apoyo emocional a los pacientes y sus familiares.

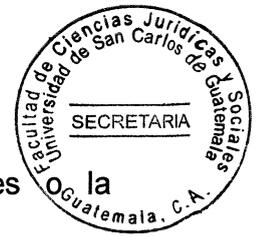
4.7. Eutanasia

El vocablo eutanasia se refiere a muerte natural, suave, indolora, sin agonía; o muerte criminal provocada sin sufrimiento, por agentes adecuados. También puede definirse como el derecho del paciente a decidir la forma y momento de su muerte y que tiene como fin librar a la persona de sus intensos sufrimientos causados por la enfermedad que padece (la cual es terminal o grave).

Para que pueda ser considerada como tal deben existir dos requisitos, el primero es que el enfermo debe padecer una enfermedad terminal y el segundo es que el personal ha de contar con el consentimiento expreso del enfermo.

4.7.1. La eutanasia y el derecho penal guatemalteco

Por mucho tiempo se ha creado una discusión en torno al tema de la eutanasia, específicamente si esta debe ser incluida dentro del ordenamiento jurídico o no. Es de hacer mención que hasta el momento muy pocos países la tienen legalizada y Guatemala no es la excepción. La eutanasia consiste en un acto u omisión cuya responsabilidad recae en personal médico o en individuos cercanos al enfermo, los cuales ocasiona la



muerte inmediata de este con el fin de evitarle sufrimientos insoportables prolongación artificial de su vida.

Actualmente no existe regulación alguna sobre la eutanasia, por lo que esta no puede ser aplicada, si alguien la práctica sin el consentimiento de la persona se encuadraría en el delito de homicidio, aunque sería muy difícil comprobar que fue con el consentimiento de la persona, y si se logra comprobar que fue con su consentimiento se encuadraría en el delito de inducción o ayuda al suicidio.

Parece resultar paradójico que en México, se expida una ley cuyo objeto se dirige al derecho para rechazar tratamientos médicos y que debe reunir una cantidad de requisitos como: su realización de manera escrita ante un notario que verificará la identidad del solicitante, de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción, redactar las cláusulas del documento, en algunos casos deberán concurrir dos testigos, nombrar un representante para corroborar la realización del documento, realizar una manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados, que el documento sea notificado a una Coordinación Especializada de la Secretaría de Salud en Materia de Voluntad Anticipada y hacerse del conocimiento del Ministerio Público.

Por otro lado, las instituciones públicas de salud en muchas ocasiones no pueden atender a los enfermos, los atienden deficientemente o sólo les niegan el servicio por falta de medicamentos o instalaciones, así que el enfermo no recibe ningún tratamiento sin necesidad de realizar toda una serie de trámites, por lo que simplemente se va a su casa y se muere sin tanta necesidad de trámites burocráticos.

No obstante lo anterior, la expedición de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal es un buen inicio y pionera en la materia a nivel federal, aunque será necesario esperar para poder observar en la realidad cómo se aplica y en su caso, cómo serán subsanadas algunas lagunas, además será necesario realizar ajustes aprovechando la experiencia que sobre el tema se ha conseguido en otros países, para evitar andar caminos ya andados.

Lamentablemente, para quienes quieren verse beneficiados con las disposiciones contenidas en este ordenamiento jurídico y ya cayeron dentro de la definición de enfermo en etapa terminal, en realidad no hay tiempo, ya que estas personas van contra reloj, por lo que será necesario esperar. Por supuesto que la aplicación de esta ley requiere de muchos esfuerzos, recursos, disposición y voluntad, para no dejarla como letra muerta y únicamente haber ocupado un lugar en la estadística internacional dentro de los países que ya han legislado en la materia.

Lo más importante de la expedición de esta ley radica en el reconocimiento a la dignidad del paciente que, al menos teóricamente hasta ahora podrá ser tratado como un ser humano, convirtiéndolo en un sujeto activo y con capacidad para determinar con anticipación respecto de los tratamientos médicos que esté dispuesto a recibir, en el caso que se encuentre impedido para manifestar su voluntad en caso de una emergencia.

Finalmente, se puede decir que ante el umbral de la muerte, con la expedición de las instrucciones previas o la manifestación de la voluntad anticipada, el enfermo terminal en uso de su libertad para elegir manifestará su deseo, más de que se haga sobre su



cuerpo, para que no se haga, quedando pendiente de darse el siguiente paso, en beneficio de la libertad del individuo para determinar sobre su vida y sobre su muerte, reconociendo a este su mayoría de edad y la capacidad para tomar determinaciones cuando algo ya ha llegado a su fin, cuando el cuerpo ya no da más y se hacen esfuerzos sobrehumanos para arrancarle al destino unos instantes más de vida, ya que al decir de Fernando Savater, la aventura de la vida no está en la duración, sino en la intensidad.



CAPÍTULO V

5. Aplicabilidad de la declaración de voluntad anticipada

En este capítulo se expondrán y fundamentarán los motivos que inspirar este trabajo de investigación, ya que la inclusión de la institución de la declaración de voluntad anticipada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, aportaría grandes beneficios para diversos sectores de la población, así mismo se explicará porque se considera que lo idóneo es que un notario sea el encargado de faccionar tal documento.

5.1. Falta de capacitación al notario para la realización de la declaración de voluntad anticipada

En Guatemala se desconoce el tema de la declaración de voluntad anticipada y no es de extrañarse, pues incluso en muy pocos países se cuenta con una legislación sobre este tema, así mismo desde hace algunos años la declaración de voluntad anticipada ha surgido en el mundo jurídico, esto como una nueva figura jurídica que ha tomado más relevancia por los beneficios que esta aporta.

En Guatemala es común el hecho que cuando un paciente, por diversas situaciones médicas ya no se encuentra en la posibilidad de expresar su voluntad por él mismo, los médicos optan por requerir el consentimiento de los parientes del paciente a efecto de practicarle cualquier tipo de tratamiento, hecho con el cual a la familia del paciente le trasladan la responsabilidad de decidir sobre el tema de la salud y el futuro de la vida del paciente. Lo anterior viene a



provocar en los familiares una carga emocional, controversias por opiniones encontradas y también el claro irrespeto que se muestra sobre la voluntad del paciente en cuanto a determinado tema que influirá en la vida y la salud de él mismo.

Si se toma en cuenta lo expuesto, el hecho que la formación inicial de un notario, como profesional del derecho, la obtiene en las aulas de las universidades que operan en este país, salones de clases en los cuales se obtienen conocimientos, tanto teóricos como prácticos del derecho en sus distintas manifestaciones por parte de sus catedráticos, quienes a su vez son profesionales del derecho quienes no cuentan con la información necesaria en cuanto al tema de la institución de la declaración de voluntad anticipada, esto como consecuencia que en la legislación de la República de Guatemala hasta el momento no se cuenta con la normativa necesaria que regule la institución de la declaración de voluntad anticipada, por lo que se tiene como resultado el desconocimiento y falta de capacitación que existe en cuanto al manejo del tema central de esta investigación por parte de los profesionales del derecho.

Con esto se puede inferir con mayor claridad que el notario, como concedor del derecho, legalmente no cuenta con las herramientas indispensables para plasmar expresamente en un documento de índole pública la voluntad de una persona en cuanto a qué acciones terapéuticas está dispuesto a someterse y con cuales otras no está de acuerdo en recibir, esto en el entendido que en algún momento y por cuestiones puramente médicas, él no pueda expresar directa y libremente su voluntad al respecto.

Si se pudiera contar con un documento público mediante el cual el individuo pueda hacer constar su voluntad en el caso que por diversas situaciones que le pudieran acontecer, él



mismo no pueda expresar su voluntad en cuanto a los tipos de tratamientos de índole médica a los cuales está dispuesto a someterse y con cuales está en desacuerdo, se evitaría poner a los familiares de la persona en el dilema de tener que decidir sobre la vida y la salud del paciente, pues se hace necesario recordar que pese a que una persona crezca en un mismo ambiente familiar puede tener una opinión muy distinta a la del resto de los integrantes de su familia.

También es necesario hacer mención que al contar con un documento que contenga expresamente la voluntad de una persona sobre determinadas cuestiones netamente de índole médica, se respetaría su deseo el cual se hubiera hecho constar en el documento público correspondiente. Lo anterior no solo implicaría oponerse a ser sometido a determinados tratamientos médicos, si no que la persona también podría manifestarse a favor de recibir algunos procedimientos médicos.

5.2. Requisitos personales para otorgar la declaración de voluntad anticipada

El objeto de la creación de un documento que contenga la voluntad anticipada de una persona, es establecer mediante un documento público qué tratamientos, procedimientos o intervenciones quirúrgicas, está o no dispuesta una persona a someterse, o en cuanto al tema relativo a la donación de órganos, esto en un momento en que el médico tratante necesite el consentimiento del paciente pero que por diversas circunstancias que se pueden dar en relación al estado de salud de este, el médico no las puede obtener, por lo que se recurriría al referido documento. Según el Servicio Aragonés de Salud, España, el documento de la voluntad anticipada se define como: “aquel documento en el que una persona manifiesta de

forma anticipada los deseos o instrucciones que, sobre las actuaciones médicas, se deberán tener en cuenta en caso de encontrarse en una situación en la que las circunstancias no le permitieran expresar libremente su voluntad.”¹⁵ Se cita la anterior definición, en el entendido que España es uno de los países que han desarrollado con mayor amplitud y desde hace mucho tiempo la institución de la declaración de voluntad anticipada.

El centro médico de la Universidad de Maryland define el documento de voluntad anticipada como: “el termino declaración de voluntades anticipadas se refiere a la instrucción específica, elaborada con anticipación, con la intención de guiar la atención médica que se recibe en caso de que, en algún momento futuro, la persona pierda la capacidad de expresar sus deseos al respecto.”¹⁶ Al analizar las dos definiciones expuestas, se puede determinar que su objeto principal es el mismo.

La propuesta que se realiza a través de este trabajo de investigación es que el documento que contenga la declaración de voluntad anticipada del individuo sea un documento público otorgado ante un notario. Esto en concordancia con el principio de libertad de forma estipulado en el Artículo 1256 del Código Civil: “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.” así mismo en lo estipulado en el Artículo 1 del Código de Notariado: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.” Estos son algunos de los fundamentos en los que se basa la propuesta, posteriormente se mencionaran algunos otros.

¹⁵http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/OOAA/ServicioAragonesSalud/AreasTematicas/InformacionProfesional/ci.03_documentos_de_voluntades.detalleDepartamento?channelSelected=c479dd2a38e2b210VgnVCM100000450a15acRCRD. (Consultado: 10 de octubre de 2017).

¹⁶http://www.umm.edu/difusion/documentodevoluntadanticipada/65_vi_marV_num_65_41_42. (Consultado: 17 de octubre de 2017).



Los requisitos personales para proceder al faccionamiento del documento público que contenga la declaración de voluntad anticipada de una persona serían:

- a. Mayoría de edad. En este punto se hace necesario destacar que el según el Artículo 8 del Código Civil, en Guatemala se adquiere la mayoría de edad cuando el individuo cumple 18 años.
- b. En pleno goce de sus facultades mentales y volitivas. Esto debido a que el otorgamiento del documento público que se refiere es un acto voluntario y de elección personal. Aunado a lo expuesto es necesario recordar que la capacidad es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y para poder ejercerlos por sí misma.
- c. Voluntad exenta de vicios. Este punto implica que la persona debe tener el pleno discernimiento de los efectos que conlleva el acto que realiza, así mismo debe estar exento de cualquier tipo coacción, ya que de esa declaración de voluntad nacen derechos y obligaciones.

Lo anterior tiene su fundamento legal en el Artículo 8 del Código Civil, el cual estipula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.” Se hace mención del referido Artículo, en virtud que es la base legal de la capacidad de ejercicio de una persona. También se hace necesario indicar que por seguridad jurídica, el documento que contenga la declaración de voluntad anticipada de una persona debe realizarse en forma expresa, es decir que debe hacerse constar en un documento público, el cual debe cumplir con los siguientes



requisitos legales:

- a. Lugar, día, mes, y año del otorgamiento.
- b. Nombres y apellidos del otorgante, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, oficio u ocupación, domicilio, dirección de su residencia, documento con el cual se identifica.
- c. El Notario dará fe de la capacidad mental del otorgante.
- d. La persona debe expresar por sí misma su voluntad.
- e. Firma y la huella dactilar del requirente.
- f. Firma y sello del Notario.

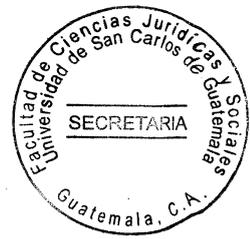
Así mismo, si en algún momento el otorgante decidiera modificar la declaración de voluntad anticipada contenida en el documento público donde se haya hecho constar la misma, entonces obligatoriamente deberá realizar dicha modificación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 1578 del Código Civil, es cual establece: “La ampliación, ratificación o modificación de un contrato debe hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato”. En virtud de lo anterior, cualquier modificación que se realice al documento público que contenga la declaración de voluntad anticipada debe realizarse en un documento público, así mismo deberá hacerse constar al margen del primer documento otorgado que el mismo fue modificado, debiendo identificar para el efecto el nuevo documento público.

5.3. Contenido del documento de declaración de voluntad anticipada

Con el propósito de delimitar los temas que podría contener el documento de la declaración de voluntad anticipada, se hace necesario indicar en este apartado algunas de las definiciones de esos temas, siempre en el entendido que a través de la declaración de voluntad anticipada se hacen constar las instrucciones sobre los cuidados y tratamientos médicos del paciente con los cuales está o no de acuerdo en recibir, documento que surtirá sus efectos en el momento en el que la persona no pueda expresarse por sí mismo de manera indubitable.

El Artículo 37 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, establece: "Si el enfermo no estuviera en condiciones de dar su consentimiento a la atención médica por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultara imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su qué hacer profesional." Con base a este Artículo los médicos tratantes en caso de emergencia pueden emprender las acciones que estimen convenientes, transgrediendo incluso la voluntad del paciente, por lo que se recalca nuevamente la necesidad que existe de la emisión del documento de declaración de voluntad anticipada.

Es necesario enfatizar que quedarían excluidos del documento que contenga la declaración de voluntad anticipada toda circunstancia donde la persona se encuentre consiente y pueda manifestarse por sí mismo previo a cualquier procedimiento médico, un ejemplo de esa exclusión sería una cirugía estética. Los temas que sería objeto de la declaración de voluntad anticipada son: muerte cerebral, aborto terapéutico, esterilización terapéutica, donación de órganos, transfusión sanguínea y tratamientos invasivos.



5.3.1. Muerte cerebral

La muerte cerebral o muerte encefálica, es el cese completo e irreversible de la actividad vital de todo el encéfalo, incluido el tronco encefálico con comprobación mediante protocolos clínicos neurológicos y con el apoyo de pruebas especializadas. Para ser declarada la muerte cerebral deben existir pruebas de la irreversibilidad de la ausencia de la función cerebral. Así mismo, el diagnóstico de muerte encefálica tiene requerimientos tan rigurosos para declarar la muerte, que si alguno de los ítems no se cumple en forma cabal no se puede declarar fallecida a la persona, pero una vez que se cumple todo el protocolo, la irreversibilidad del daño encefálico es segura.

El diagnóstico de muerte encefálica y la comprobación de la persistencia de los signos correspondientes deben estar a cargo de dos o más médicos especializados, uno de los cuales deberá ser especialista en ciencias neurológicas, quienes realizaran al menos dos exámenes físicos y dos electroencefalogramas, también se hace necesario para que se diagnostique una muerte cerebral, que se certifique que no existe posibilidad de recuperación, y para ello es necesario que se realicen una serie de pruebas comprobatorias y la aplicación de protocolos muy sistematizados. Dichas actuaciones deberán constar por escrito en el correspondiente historial clínico, con indicación de la fecha y la hora, su resultado y el diagnóstico definitivo.

En otras palabras, la muerte cerebral se declara si el paciente es incapaz de respirar sin asistencia médica, carece de respuesta pupilar a la luz y de respuesta al dolor, se interrumpe el flujo de sangre al cerebro y esto da como resultado que no hay posibilidad de conciencia

una vez que el tronco encefálico se daña permanentemente, a esto se suma a la incapacidad de respirar o mantener las funciones corporales, lo que constituye la muerte del individuo.

En la regulación legal que se encuentra vigente en Guatemala, se menciona de forma somera el tema de la muerte cerebral, por ejemplo la Ley para la Disposición de Donación de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 26 estipula: “Cadáver humano. Para los efectos de esta ley, se entiende por cadáver, el cuerpo humano que cumpla criterios de muerte cerebral que se describen así...” Otro ejemplo se encuentra en el Artículo 86 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, el cual establece: “La decisión de poner término a la supervivencia artificial en caso de muerte cerebral, sólo se tomará en función de los más rigurosos criterios científicos y las garantías exigidas por la ley.” Estos son algunos de los ejemplos en el ordenamiento jurídico guatemalteco que norman en alguna medida lo relativo al tema de la muerte cerebral.

Con base a lo anterior, se hace evidente que en Guatemala aún no existe una regulación legal que aborde el tema de la muerte cerebral, con el fin que la persona no sea objeto de un ensañamiento terapéutico o la distanasia, se deben establecer legalmente límites a los procedimientos médicos extraordinarios o desproporcionados de los que son objetos pacientes en el momento que no puedan expresarse por sí mismo, específicamente de procedimientos médicos cuyo objeto sea prolongar la vida a través del empleo de medios artificiales cuando el paciente se encuentre en una situación incurable, es decir métodos cuyo único objetivo es prolongar el proceso de la muerte del paciente.

Esta es la razón fundamental de la declaración de voluntad anticipada, ya que no cabe duda



que algunas personas no están de acuerdo en recibir ningún tipo de tratamiento que tenga como fin primordial prolongar su vida de manera artificial cuando ya ha sido declarada legalmente la muerte cerebral, pero también pueden existir casos en los que algunas personas si están de acuerdo con recibir ese tipo de tratamientos, por lo que es imperativo que se establezca este extremo de manera certera en un documento como lo es la declaración de voluntad anticipada.

Al contar con la declaración de voluntad anticipada, el médico tratante accedería a ese documento, el cual le brindará las directrices a seguir y se evitaría a los parientes más cercanos del paciente la carga emocional de tener que dar la autorización en cuanto a ese tema.

5.3.2. Aborto terapéutico

El aborto terapéutico es el aborto practicado por prescripción médica, cuyo objeto primordial es evitar el peligro para la vida o la salud de la madre. Científicamente existen cinco razones básicas por las que se justifica el aborto terapéutico, y son:

- a. Riesgo grave para la vida de la madre: se da cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida de la madre.
- b. Para salvaguardar la salud física o mental de la madre; procede cuando la salud física o mental están amenazadas por el embarazo o por el parto.
- c. Riesgo de enfermedad congénita o genética: el objetivo es evitar el nacimiento de un niño

con una enfermedad congénita o genética grave que es fatal o que le condena a padecimientos o discapacidades muy graves, que ponen en peligro mortal su vida.

- d. Reducción de embriones o fetos en embarazos múltiples, hasta un número que haga el riesgo aceptable y el embarazo viable.
- e. Riesgo grave para la vida del hijo, cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida del hijo, ya sea porque viene con una malformación, o tiene un muy alto riesgo de muerte dolorosa al momento o poco después del nacimiento.

Se considera necesario hacer la inclusión de este tema en el documento de la declaración de voluntad anticipada, en el entendido que este documento resultaría de gran utilidad al médico tratante, en el caso que este luego de agotados todos los recursos científicos y técnicos deba practicar un aborto terapéutico a manera de evitar que peligre la vida de la madre, y que por supuesto la madre no pueda expresarse por sí misma de forma directa e indubitable. En el caso expuesto, al contar con un documento como la declaración de voluntad anticipada, se tendría la certeza de cuál es la decisión de la madre en cuanto a dar o no su consentimiento para que le sea practicado un aborto terapéutico.

En el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente en el libro segundo, título I, capítulo III, se encuentra regulado el tema del aborto, en el Artículo 137 se regula el aborto terapéutico, el cual establece: "Aborto Terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico, previo diagnóstico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para



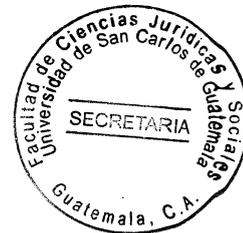
la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos.” El referido Artículo es el fundamento legal que establece cuales son los únicos casos en los que no será penado la práctica de un aborto.

Así mismo, de conformidad con lo estipulado en el Artículo citado y con lo expuesto en el punto anterior, se puede determinar que la declaración de voluntad anticipada al abordar el tema del aborto terapéutico, no estaría transgrediendo la norma penal, pues se estarían cumpliendo con los presupuestos legales establecidos en la norma adjetiva penal, eliminando de esa manera el elemento punible del tipo penal del aborto.

5.3.3. Esterilización terapéutica

La esterilización es una acción quirúrgica o química que tiene por objeto la supresión de la facultad procreativa y no simplemente de impedir la procreación. Sin embargo, cuando la esterilización se procura mediante la extirpación o modificación (quirúrgica o no) de alguno de los órganos indispensables para la procreación, se llama esterilización orgánica, ya que el órgano reproductor ha sido afectado en su funcionamiento normal o extirpado.

Existen dos tipos de esterilización, una es la esterilización directa, también conocida como esterilización antiprocreativa, es la que tiene por objeto inmediato impedir la procreación, no sólo como fin en sí, sino también como medio para obtener otros beneficios que se cree se derivan de ella. Dentro de los beneficios mencionados pueden ser evitar los daños físicos que se cree se seguirían del embarazo en una mujer con la salud debilitada o los daños psíquicos que se cree se seguirían de tener hijos indeseados o más hijos de los que se cree que se



puedan tener.

También existe la llamada esterilización indirecta o terapéutica, y es la que tiene por objeto “la eliminación de un órgano indispensable para la procreación, en cuanto que su presencia constituye un grave riesgo para la salud del organismo, ya sea por estar seriamente dañado o porque su normal funcionamiento acarree una grave amenaza para todo el cuerpo”.¹⁷ Los anteriores descritos son las dos clases de esterilización que existen.

En el Artículo 82 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, se hace mención al tema de la esterilización terapéutica, el cual establece que: “Es lícita la esterilización por razón terapéutica con el fin de evitar un peligro para el paciente. En este caso deberá tener el apoyo de la opinión escrita de por lo menos otro médico, y contarse con la anuencia del paciente según sus condiciones orgánicas, psicológicas, mentales y emocionales condenándose si estas obedecen a razones eugenésicas, demográficas y punitivas.” La anterior es una de las referencias legales que aborda el tema de la esterilización terapéutica en el Código citado.

Con base a lo expuesto, en el caso que la persona no pueda expresarse por sí misma, y si el médico estimara necesario practicar una esterilización terapéutica con el propósito de evitar un grave riesgo o una amenaza a la vida del paciente, el hecho de contar con la manifestación de voluntad del paciente a través de la declaración de voluntad anticipada, sería de gran ayuda al médico tratante, ya que este sabría de manera certera cuál es la voluntad del paciente y no tendría más opción que acatar lo establecido en el referido documento.

¹⁷ <http://www.vidahumana.org/Articulos/Esterilizacion/DEFINICION%20Y%20TIPOS%20DE%20ESTERILIZACION%20INDIRECTA.html>. (Consultado: 12 de noviembre de 2016).

5.3.4. Donación de órganos

La donación de órganos es la remoción de órganos o tejidos del cuerpo de una persona que ha muerto recientemente o de un donante vivo, cuyo propósito es el de realizar un trasplante. Los órganos y los tejidos son extirpados en procedimientos similares a la cirugía. Actualmente los órganos que más se trasplantan son el riñón, el hígado, el corazón, el páncreas y los pulmones; dentro de los tejidos que más se trasplantan en todo el mundo se encuentran: las córneas, los huesos y la piel (la cual se usa como vendaje en pacientes quemados); en cuanto a células que más se trasplantan se pueden mencionar las hematopoyéticas (médula ósea).

Existen diversos tipos de donaciones, de las cuales se indicaran dos de ellas a continuación:

- a. Donación ordinaria: Procede cuando la persona en vida expresó su voluntad de donar todos o algunos de sus órganos y tejidos para que sean utilizados después de su muerte.

- b. Donación extraordinaria: Se da cuando los deudos autorizan la donación de todos o algunos de sus órganos y tejidos de la persona fallecida.

La Organización Mundial de la Salud ha establecido algunos principios rectores en cuanto a tema del trasplante de células, tejidos y órganos humanos, dentro de los cuales se pueden mencionar los siguientes:

- a. Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente



competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida.

- b. Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas. La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

En el mes de diciembre de 2016 se inauguró en el Hospital San Juan de Dios el Centro de Procuración de Órganos y también se creó una Sala de Procuración de Órganos, en la cual se pretender recibir a los familiares del paciente a efecto de explicarles el proceso de extracción de órganos de sus seres queridos.

El médico y cirujano encargado de ese procedimiento en el referido Hospital, el doctor Salvador López, manifestó que: “todo iniciaba con una alerta en la unidad de cuidados intensivos o en la emergencia del Hospital San Juan de Dios, y si ya se había comprobado la muerte cerebral del paciente, los médicos tratantes le preguntan a la familia si están de acuerdo en donar órganos de su familiar fallecido. Si estos daban su autorización para proceder con la extracción de órganos del paciente fallecido, por parte del nosocomio se le da el respectivo aviso al Ministerio Público, y posteriormente junto con el personal



correspondiente al Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, se realiza el protocolo de extracción de órganos.”¹⁸ Esto representa un gran aporte a la sociedad, ya que se empiezan a socializar los beneficios que conlleva la donación de órganos.

En Guatemala existe la fundación denominada Donare, la cual fue creada a principios del año 2004, por iniciativa de dos madres, una con una donación positiva en Estados Unidos y otra con una donación frustrada en Guatemala. El propósito principal de esa fundación era promover la cultura de donación de órganos y tejidos en la población guatemalteca.

Debido a que la regulación legal guatemalteca en cuanto al tema de la donación de órganos y tejidos no aborda de manera integral ese tema, en la Fundación Donare “se instruye a las personas que tienen el deseo de donar sus órganos, tejidos o celular, que deben informar a sus familiares y amigos en cuanto a su decisión, pidiéndoles que respeten su decisión en el momento en que la situación fuera tal que pudiera ser un posible donante. Además en esa fundación se puede llenar y firmar un carnet como donador, el cual es extendido en sus oficinas centrales o bien puede ser descargado de su página web.”¹⁹ La fundación Donare es pionera en el ámbito guatemalteco en promover y brindar la respectiva asesoría en el tema de la donación de órganos.

En Guatemala aún no existe un documento mediante el cual la persona pueda dejar constancia por escrito en cuanto a su voluntad de si está o no de acuerdo con donar sus órganos, tejidos o células, cuando se declare clínicamente su muerte. Por esta razón se hace necesario contar con un documento como la declaración de voluntad anticipada a efecto de

¹⁸ <http://www.soy502.com/articulo/procedimiento-donar-organos-71746>. (Consultado: 25 de mayo de 2017).

¹⁹ <https://www.donare.org.gt/comodonar.htm>. (Consultado: 30 de mayo de 2017).



dejar constancia si la persona está o no de acuerdo en cuanto a donar su órganos, tejidos o células, por lo que el documento propuesto sería de gran utilidad al médico que tenga a su cargo el caso de una persona que por causas de fuerza mayor se encuentre impedido para expresarse por sí mismo en cuanto a la posibilidad de donar o no sus órganos, tejidos o células, por lo que en algunas ocasiones al no contar con la expresión de voluntad de las personas, los médicos requieren la respetiva autorización de los parientes más cercanos de la persona, en el entendido que existen algunas personas que se oponen a la donación de órganos, tejidos y células por razones religiosas, pero existen otras personas que ven la donación de órganos, tejidos y células como un acto caritativo de gran beneficio para la comunidad.

En la actualidad, en Guatemala existe poca regulación legal en cuanto al tema de la donación de órganos, tejidos y células, como parte de esa normativa vigente se puede mencionar la siguiente:

- a. Ley para la Disposición de Donación de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala. Siendo esta ley la principal que aborda el tema de la donación de órganos y tejidos humanos, en el Artículo 5 se encuentra lo relativo a la donación, el cual estipula: "Donación. Se entiende por donación de órganos o tejidos, la cesión hecha por la persona en forma voluntaria expresa y escrita. Esta donación puede ser para que en vida se disponga de un órgano o tejido o para que en caso de muerte se tomen de su cadáver para su utilización. En este último caso, cuando la donación fue efectuada por el individuo en el pleno uso de sus facultades, no podrá ser revocada por los parientes del donador. Se entiende por parientes los comprendidos entre el cuatro grado de



consanguinidad y segundo de afinidad.” Esto se concatena con el capítulo III, título I del libro I del Código Civil, en cuanto al tema del parentesco.

- b. Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala. En este Código, en las oportunidades en las que se hace mención a la donación de órganos y tejidos humanos, se indica que se debe estar a lo regulado en la ley específica, siendo esta la Ley para la Disposición de Donación de Órganos y Tejidos Humanos. Dentro de los Artículos que se pueden mencionar están el Artículo 120, el cual estipula: “Utilización de cadáveres, órganos y tejidos. Podrán ser utilizados para fines terapéuticos, educativos y científicos, los cadáveres, sus órganos y tejidos de acuerdo a lo establecido en la ley específica sobre disposición de órganos y tejidos. Su transgresión será sancionada en la presente ley.” También el Artículo 204 el cual establece: “Regulación. La disposición de órganos y tejidos, está regulada en la ley respectiva.” Como se indicó, los ejemplos mencionados son solo algunos de los fundamentos relativos a la donación de órganos y tejidos humanos.
- c. Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala. En esta ley se encontraban algunos otros antecedentes que se referían a la donación de órganos y tejidos humanos, pero debido a las reformas realizadas a la Ley del Registro Nacional de las Personas mediante el Decreto número 23-2008 del Congreso de la República de Guatemala, se dejaron sin efecto aportes como el contenido en el Artículo 56, el cual antes de ser suprimida la literal K estipulaba: “Contenido. El Documento Personal de Identificación –DPI-, deberá contener como mínimo, la fotografía del rostro del titular de frente y con la cabeza descubierta, la cual será capturada en vivo y



además deberá contener los siguientes datos:... k) Declaración del titular de ceder o ~~no~~ sus órganos y tejidos, para fines de trasplante después de su muerte.” Así mismo previo a la reforma antes identificada, el Artículo 63 establecía: “Vigencia. El Documento Personal de Identificación –DPI- tendrá una vigencia de diez (10) años, toda vez su titular no produzca modificaciones en su estado civil, capacidad civil, y revoque su decisión de ceder sus órganos...” Como se manifestó, los referidos Artículos contenían grandes aportes en cuanto al tema de la donación de órganos, esto antes de ser derogados.

5.3.5. Transfusión sanguínea

La transfusión de sangre es la transferencia de la sangre o un componente sanguíneo de una persona (donante) a otra (receptor). Mediante la donación de sangre se pretende cubrir las necesidades de transfusión que necesitan las personas enfermas. La sangre se extrae por medio de una punción en el brazo y se trata para impedir su coagulación, posteriormente la sangre se separa en sus componentes principales, plasma, plaquetas y glóbulos rojos.

La sangre de los donantes es analizada, pasando un exhaustivo control que incluye numerosas pruebas para detectar los virus que puede contener la sangre, como: pruebas para la detección de anticuerpos irregulares, pruebas de serología infecciosa, pruebas para medir el nivel de transaminasas y prueba del NAT (*Nucleic Acid Testing*). Para realizar transfusiones, deben tomarse medidas para asegurar la compatibilidad de los grupos sanguíneos del donante y el receptor, para evitar reacciones hemolíticas potencialmente fatales. Es necesario recordar que debido a las creencias religiosas, algunas personas están en desacuerdo con que se le realice una transfusión de sangre con propósitos médicos para salvar su vida.



De conformidad con el Artículo 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “Libertad de religión. El ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos.” El Artículo citado es el fundamento legal de la libertad de culto, por lo que también representa la base legal para que una persona pueda negarse a recibir alguna transfusión de sangre por motivo de sus creencias religiosas.

Así mismo, el Artículo 32 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala señala: “El médico deberá respetar las creencias religiosas y costumbres de su paciente y puede retirarse, si considera que tales ideas son perjudiciales para un buen tratamiento y ponen en riesgo sus condiciones de salud.” En el referido Artículo se puede establecer la obligación que tiene el médico de respetar la religión y las costumbres del paciente, lo cual adquiere una importancia superlativa en un país multiétnico y pluricultural como lo es Guatemala.

En el Artículo 35 del mismo Código se establece: “...si el paciente debidamente informado no accediera a someterse a un examen o tratamiento que el médico considerare necesario, o si solicitara del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas juzga inadecuado o inaceptable, el médico queda dispensado de su obligación de asistencia.” Este artículo es el fundamento legal del derecho del paciente a negarse a someterse a un examen o tratamiento, quedando dispensado el médico de su obligación de asistencia si lo considera científica o éticamente inadecuado.



Por lo expuesto, se recalca una vez la necesidad que existe en cuanto al otorgamiento de un documento que contenga la declaración de voluntad anticipada, en el cual la persona pueda expresar de manera clara e indubitable su deseo en cuanto a si está de acuerdo o no en recibir alguna transfusión de sangre, por lo que llegado el momento en el que la persona no pueda expresar su voluntad por sí misma, el médico tratante debe recurrir a la declaración de voluntad anticipada y darle cumplimiento a lo estipulado en ese documento.

5.3.6. Tratamientos invasivos

Los tratamientos o procedimientos invasivos consisten en la colocación de filtro de vena cava, tubo de tórax, prótesis esofágica, biliar o colónica, la realización de pleurodesis, drenaje biliar externo, nefrostomía, gastrostomía percutánea, toracocentesis, o inserción de catéter peritoneal. Los procedimientos invasivos se han convertido en técnicas de uso frecuente de las que se benefician un importante número de pacientes al mejorar su calidad de vida o evitarles tratamientos más agresivos.

En el Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala se encuentra la regulación legal mediante la cual el médico tratante tiene prohibido emplear métodos que puedan ser considerados como tratamientos invasivos, o que su fin primordial consistan en únicamente prolongar el proceso de la muerte de una persona. A continuación se citan algunos Artículos relevantes en este tema:

- a. El Artículo 40 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala señala: “El médico deberá evitar emprender acciones terapéuticas sin esperanza cuando



supongan molestias o sufrimiento adicional e innecesario para el enfermo.” Este es uno de los deberes de los médicos tratantes.

- b. El Artículo 41 del Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala estipula: “El médico puede ayudar al agonizante calmándole su dolor y su angustia. Debe intentar, de ser posible, que los familiares no abandonen al moribundo.” Esto es parte del que hacer del médico tratante.

Es necesario que no se confunda el objeto de los tratamientos invasivos, con el concepto de los cuidados paliativos, los cuales estos últimos consisten en programas de cuidado activo dirigidos principalmente a aliviar los síntomas molestos y a mejorar la comodidad y calidad de vida del paciente en fase terminal.

Con lo expuesto se evidencia la necesidad que existe en Guatemala sobre la implementación de un documento que contenga la declaración de voluntad anticipada con el propósito de que la persona pueda expresarse de forma clara y concisa sobre el hecho de si está o no de acuerdo en recibir algún tipo de tratamiento invasivo o cuidados paliativos, esto con el propósito que en caso la persona no pueda expresarse por ella misma, el médico tratante no deba trasladar esa responsabilidad a los familiares del paciente, a quienes se les requiere su autorización para proceder.

5.4. Límites de la declaración de voluntad anticipada

Previo al desarrollo del presente tema, es necesario citar algunos Artículos que se consideran

esenciales, los cuales se indican a continuación:

- a. El Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.” En este fundamento se encuentra lo relativo a la libertad que tiene toda persona en cuanto a realizar cualquier tipo de acción, la única limitante son las normas de carácter prohibitivo.
- b. El Artículo 1301 del Código Civil estipula: “hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia”. Este Artículo contiene el límite que tienen las partes en el momento de crear un negocio jurídico.
- c. El Artículo 1251 del mismo Código, es cual determina: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” En este Artículo se estipulan los requisitos básicos del negocio jurídico.
- d. El Artículo 1254 del Código Civil establece que: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces.” Este Artículo establece la limitante legal que tienen los incapaces para la celebración de un negocio jurídico.



Si bien es cierto, los Artículos citados del Código Civil regulan lo relativo al negocio jurídico, también norma lo relativo a la declaración de voluntad que puede manifestar una persona, por lo que se considera aplicable para el caso de la declaración de voluntad anticipada. Teniendo en cuenta lo preceptuado en los Artículos citados, se establece que según la legislación guatemalteca, la única limitación al principio de la autonomía es el orden público, por lo que al otorgar la declaración de voluntad anticipada el límite que se debe tener en consideración es que su objeto no sea contrario al orden público o a leyes prohibitivas.

Así mismo cabe mencionar que las decisiones que el paciente tome sobre el cuidado de su salud no tiene más límites que el contenido del Artículo 56 del Código de Salud, el cual establece: "Acatamiento. Los enfermos portadores de enfermedades transmisibles y sus contactos tienen la obligación de acatar las disposiciones que el Ministerio de Salud emita, para evitar la difusión y favorecer el control o la eliminación de las enfermedades transmisibles." Fuera de esa limitación, ningún enfermo está obligado a seguir un tratamiento específico, ya que tiene el derecho de negarse a someterse a un examen o tratamiento.

Lo anterior se conoce como el derecho que tiene la persona a la autodeterminación, el cual obliga al equipo médico tratante a otorgar los cuidados elegidos por el paciente, excepto cuando estos vayan en contra de la práctica médica acostumbrada, es decir cuando supongan intervenciones que a su juicio sean contraterapéuticas.

5.4.1. Personas que no pueden realizar la declaración de voluntad anticipada

Existen algunas personas que no podrían otorgar la declaración de voluntad anticipada, por lo



que a continuación se explicaran algunas de esas circunstancias:

a. Los menores de edad

Para abordar este tema, se hace indispensable citar el Artículo 8 del Código Civil, el cual establece: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.” Es necesario recordar que la capacidad es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y poder ejercerlos por sí misma, por lo que al tenor del Artículo antes citado, se puede establecer que los menores de 18 años no tienen la capacidad legal para ejercer sus derechos civiles, por consiguiente serían incapaces de poder otorgar la declaración de voluntad anticipada.

b. Quien padezca alguna enfermedad mental o incapacidad volitiva

En este caso el Código Civil establece en el Artículo 9: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos. La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.”

Así mismo, el referido Código estipula en el Artículo 10: “Las perturbaciones mentales



transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.” En virtud de lo expresado se puede concluir que las personas que sean declaradas en estado de interdicción tienen incapacidad absoluta para el ejercicio de sus derechos, por lo que no pueden otorgar la declaración de voluntad anticipada.

c. Mujeres embarazadas

Con referencia a este apartado, es menester mencionar lo que para el efecto establece el Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el referido Artículo se regula lo relativo al derecho a la vida que garantiza el Estado a los habitantes de la República de Guatemala, y establece: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” Del análisis del referido Artículo se desprende que se acepta la teoría de la concepción, la cual establece que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le beneficie.

El Artículo 1 del Código Civil estipula: “...al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.” Por lo que pese a que la mujer haya otorgado la declaración de voluntad anticipada previo a su estado de gestación, el instrumento público no surtiría sus efectos cuando lo regulado en el mismo pueda poner en peligro la vida del que está por nacer.

5.5. Ausencia de normativa específica que regule la declaración de voluntad anticipada

Como ya fue expresado en esta investigación, el tema de la declaración de voluntad



anticipada, es un tema muy novedoso a nivel mundial, por ende son muy pocos los países alrededor del mundo que cuentan con una legislación que regule la declaración de voluntad anticipada. Por ejemplo, en Guatemala incluso se desconoce el tema de la declaración de voluntad anticipada, por lo que es comprensible que aún no exista alguna normativa que regule específicamente ese tema.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo principal de la investigación es poder dar a conocer lo relacionado a la declaración de voluntad anticipada y los beneficios que aportaría el poder contar con una normativa que regule expresamente lo relativo a la declaración de voluntad anticipada.

5.6. Regulación de la declaración de voluntad anticipada en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Si bien es cierto que en la legislación guatemalteca no se regula expresamente lo relativo a declaración de voluntad anticipada, también es cierto que en las diversas normas citadas en el desarrollo de este capítulo se pueden encontrar algunas referencias legales que abordan el objeto central de la declaración de voluntad anticipada. Debido a que ya fueron expuestas algunas referencias legales que norman algunos de los temas que son objeto de la declaración de voluntad anticipada, a continuación únicamente se hará mención de la legislación guatemalteca que aborda de manera directa algunas de las circunstancias que son objeto de la declaración de voluntad anticipada, dentro de las que se puede mencionar:

- a. Constitución Política de la República de Guatemala.



- b. Ley para la Disposición de Donación de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.

- c. Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.

- d. Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala.

- e. Código Civil, Decreto Ley número 106.

- f. Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- g. Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala. En el caso de esta ley, únicamente se hace referencia en el entendido que previo a la reforma realizada mediante el Decreto número 23-2008 del Congreso de la República de Guatemala, esta ley contenía valiosos aportes en cuanto al tema de la donación de órganos, aportes que actualmente han quedado sin efecto.

5.7. Reformas al Código de Notariado

Si bien es cierto que el Código de Notariado no aporta ninguna definición de escritura pública, esta se puede definir como el documento autorizado por un notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en el que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad. Relativo al tema del registro de las escrituras públicas, se puede indicar que: "La mayoría de testimonios de escrituras públicas van a los registros públicos. Desde luego esta



no es una obligación del notario, sino de las partes interesadas. La obligación notarial, radica en advertir la obligación que tienen de presentar el testimonio a los registros.²⁰ Así mismo, se puede concluir que las escrituras públicas son instrumentos públicos que el notario facciona a requerimiento de parte, en la cual el otorgante deja constancia de una declaración de voluntad y que la mayoría de los testimonios de esas escrituras públicas deben presentarse en algunos registros públicos a efecto que las declaraciones de voluntad en ellas contenidas puedan ser inscritas y adquieran un valor jurídico.

La propuesta que se realiza es que la declaración de voluntad anticipada pueda otorgarse mediante escritura pública, a efecto que la misma pueda ser inscrita en el Registro de Voluntades Anticipadas y surta los efectos legales para los cuales fue creada. De momento no se aborda el tema del registro público antes citado, ya que este será desarrollado posteriormente.

Teniendo en consideración lo anterior, se considera necesario realizar algunas reformas al actual Código de Notariado, por lo que se propone la siguiente reforma:

Artículo 45 Bis. Además de los requisitos de los instrumentos públicos estipulados en el presente título, la escritura pública de declaración de voluntad anticipada contendrá los siguientes requisitos especiales:

1º Lugar, fecha y hora del otorgamiento;

²⁰ Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Pág. 40.



- 2° Nombres y apellidos del otorgante, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, oficio u ocupación, domicilio, dirección de su residencia, y documento con el cual se identifica;
- 3° Fe de la capacidad mental del otorgante, a juicio del Notario;
- 4° Que el otorgante exprese por sí mismo su voluntad;
- 5° El otorgante deberá dar lectura íntegra a la escritura pública;
- 6° Firma y huella dactilar del otorgante, y firma y sello del Notario.

El objeto de la reforma propuesta va encaminada a que se establezcan las formalidades especiales de la escritura pública de la declaración de voluntad anticipada a efecto que no solamente le sean aplicables los requisitos generales de todos los instrumentos públicos en general.

5.8. Registro de voluntades anticipadas

En el desarrollo de la investigación se indicó que España es uno de los países que cuenta con una legislación que norma la novedosa institución de la declaración de voluntad anticipada, en ese país la inscripción del respectivo formulario la tiene a cargo el Registro de Voluntades Anticipadas. Por lo que tomando en cuenta ese modelo que cuenta con grandes avances en el tema de la declaración de voluntad anticipada, se propone la creación del registro de



declaraciones de voluntades anticipadas, a efecto que la escritura pública que contenga la declaración de voluntad anticipada sea inscrita en ese registro público y que esta adquiera la protección legal, ya que los instrumentos públicos al nacer a la vida jurídica y ser inscritos de conformidad con la ley, son investidos de fuerza probatoria.

El registro de declaraciones de voluntades anticipadas tendría a su cargo otorgar la información necesaria a efecto de orientar a la persona que se encuentre interesada en otorgar la declaración de voluntad anticipada, proveerá información sobre el procedimiento administrativo, la normativa aplicable y otorgaría una guía que contenga los datos esenciales a consignar en la declaración de voluntad anticipada.

Inscribir se define como: "Tomar razón, en algún registro, de los documentos o de las declaraciones que han de asentarse en él según las leyes."²¹. En ese sentido el registro de declaraciones de voluntades anticipadas también tendría a su cargo la inscripción de escritura pública de la declaración de voluntad anticipada, esto a efecto de realizar la respectiva anotación, también se encargaría de registrar la ampliación, modificación y revocación de la declaración de voluntad anticipada que realice el otorgante. Una vez inscrita la respectiva escritura pública, el registro extenderá una constancia, que debe portar el otorgante, y que contendrá el código interno con que se realizó la respectiva inscripción.

Así mismo, la persona que haya otorgado una declaración de voluntad anticipada tendrá la obligación de informar a su médico de cabecera (particular o del seguro social según sea el caso) sobre el contenido del respectivo instrumento público, el cual a su vez también se

²¹ <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=LjZ6dL7>. (Consultado: 15 de agosto de 2015).



encontraría inscrito en el registro de declaraciones de voluntades anticipadas, a efecto que se realice la anotación correspondiente en su historial clínico. La persona también deberá informar a sus familiares y amigos de dicha inscripción, a efecto que los mismos tengan conocimiento del documento en caso esa información pudiera ser de utilidad en el futuro.

Se considera necesario que la información que se inscriba en el registro de declaraciones de voluntades anticipadas sea digitalizada a manera de crear una base de datos electrónica que contenga la información contenida en la escritura pública de declaración de voluntad anticipada a efecto que en caso de ser necesario cualquier médico tratante pueda realizar la respectiva consulta electrónica, con especial énfasis en que los datos registrados serán estrictamente confidenciales. Si bien es cierto que la información que se inscriba en el referido registro público tendrá carácter confidencial, al momento de la respectiva inscripción en el registro, al otorgante también se le hará la advertencia que existe una excepción a ese principio de confidencialidad, la cual consiste en que al momento de proceder a la inscripción de la escritura pública, el otorgante estará dando la autorización para que en caso fuera necesario cualquiera que sea el médico tratante pueda consultar de manera electrónica el contenido de la declaración de voluntad anticipada.

Se propone que el registro de voluntades anticipadas sea una dependencia adjunta al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social a efecto que la información que se inscriba en ese registro público pueda ser consultada de una manera más ágil y certera por parte de cualquier médico tratante, por lo que si en determinado momento al ingresar a un centro asistencial una persona no puede expresarse por sí misma, el médico tratante podría verificar si dentro de las pertenencias personales se encuentra alguna constancia que refiera a la



declaración de voluntad anticipada o podría verificar con mayor celeridad en el registro electrónico si la persona ha otorgado la declaración de voluntad anticipada.

En el registro de declaraciones de voluntades anticipadas el procedimiento de inscripción de la escritura pública de declaración de voluntad anticipada sería el siguiente:

- a. Recepción de la solicitud.
- b. Revisión de la documentación presentada.
- c. Inscripción en el registro. En esta fase se estaría asignando el código interno de registro.
- d. Archivo de la documentación física y la respectiva digitalización.



CONCLUSIONES



1. La institución de la declaración de voluntad anticipada es un tema muy novedoso, no solo en Guatemala sino incluso a nivel mundial, que ha aportado en otros países grandes beneficios en cuanto la protección al principio de la autonomía de la voluntad de la persona, la autodeterminación, la libertad de culto y la libre expresión, principios que son garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. El notario es un profesional del derecho, que de conformidad con la ley ejerce una función pública que consiste en interpretar y dar forma legal a la declaración voluntad de las partes, para posteriormente redacta los respectivos instrumentos públicos, a los cuales les confiere autenticidad por la fe pública con la que se encuentra investido legalmente.
3. El Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, es la norma jurídica vigente que regula la actividad del notario y establece cuales son los requisitos que se deben cumplir al momento de faccionar cualquier instrumento público, así mismo estipula cuales son las formalidades especiales que deben cumplirse en determinadas escrituras públicas.
4. El documento idóneo para contener la declaración de voluntad anticipada de una persona es una escritura pública, pero debido a que ese instrumento empezaría a surtir efectos en el momento en el que la persona no pueda expresarse por sí misma de



manera directa, es menester que ese instrumento público obre en algún registro que pueda ser consultado por el respectivo médico tratante en caso de ser necesario.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario incluir en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la institución de la declaración de voluntad anticipada, ya sea mediante la emisión de una ley que regule específicamente este tema o mediante la respetiva reforma a una ley o código, esto a efecto de evitar que se continúe violentando el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, específicamente en cuanto a la toma de decisiones sobre los tratamientos médicos con los cuales se encuentra o no de acuerdo en recibir.
2. Atendiendo la calidad jurídica con la cual actúa el notario, este sería el profesional idóneo para faccionar la escritura pública que contenga la declaración de voluntad anticipada de una persona, ya que debido a la fe pública que posee en notario, le daría certeza jurídica a lo expresado por el requirente, quien también sería previamente asesorado por el profesional del derecho en cuanto a las implicaciones legales que conllevaría el acto que se estaría celebrando.
3. Debido a la relevancia de los temas sobre los que versa la institución de la declaración de voluntad anticipada, se hace necesario reformar el actual Código de Notariado, a manera de establecer las formalidades especiales que debe cumplir la escritura pública que contenga la declaración de voluntad anticipada de una persona y que no solamente le sean aplicables los requisitos generales de todos los instrumentos públicos.
4. Se hace necesaria la creación del registro de declaraciones de voluntades anticipadas



como una dependencia adjunta al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social a efecto que la información que se inscriba en ese registro público sea digitalizada e ingresada en una base de datos electrónica a efecto que la misma pueda ser consultada de una manera más ágil y certera por parte de cualquier médico tratante. El registro tendría a su cargo la inscripción de escritura pública de la declaración de voluntad anticipada, así como la ampliación, modificación y revocación de la declaración de voluntad anticipada.



BIBLIOGRAFÍA

- CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**. 1ª ed. Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 11ª ed. Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1975.
- GUTIÉRREZ Y COLMENARES, María del Carmen y Josefina Chacón Machado. **Introducción al derecho**. 3ª ed. Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar, 2000.
- <http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a>. (Consultado: 09 de mayo de 2014).
- <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=LjZ6dL7>. (Consultado: 15 de agosto de 2015).
- https://es.wikipedia.org/wiki/Ci%C3%A1usula_abusiva. (Consultado: 13 de agosto de 2011).
- http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/OOAA/ServicioAragonesSalud/AreasTematicas/InformacionProfesional/ci.03_documentos_de_voluntades.detalleDepartamento?channelSelected=c479dd2a38e2b210VgnVCM100000450a15acRCD. (Consultado 25 de abril de 2012).
- http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/OOAA/ServicioAragonesSalud/AreasTematicas/InformacionProfesional/ci.03_documentos_de_voluntades.detalleDepartamento?channelSelected=c479dd2a38e2b210VgnVCM100000450a15acRCD. (Consultado: 10 de octubre de 2017).
- <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>. (Consultado: 15 de agosto de 2016).
- <https://www.donare.org.gt/comodonar.htm>. (Consultado: 30 de mayo de 2017).
- <http://www.eljurista.eu/?s=formulario+preredactado&x=0&y=0>. (Consultado 23 de octubre de 2016).
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm>. (Consultado: 02 de enero de 2016).
- <https://www.portal.aragon.es>. (Consultado: 10 de octubre de 2017).
- <https://www.rae.es>. (Consultado: 15 de agosto de 2015).



http://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermo-terminal. (Consultado 08 de junio de 2016).

<http://www.soy502.com/articulo/procedimiento-donar-organos-71746>. (Consultado: 25 de mayo de 2017).

http://www.umm.edu/difusion/documentodevoluntadanticipada/65_vi_marV_num_65_41_42. (Consultado: 17 de octubre de 2017).

<http://www.vidahumana.org/Articulos/Esterilizacion/DEFINICION%20Y%20TIPOS%20DE%20ESTERILIZACIONINDIRECTA.html>. (Consultado: 12 de noviembre de 2016).

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. 11ª ed. Guatemala: Ed. Infoconsult Editores, 2007.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 11ª ed. Guatemala: Ed. Infoconsult Editores, 2006.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente Guatemala, 1986.

Código Civil. Decreto Ley número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Notariado. Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Código de Salud. Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley del Registro Nacional de las Personas. Decreto número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala, 2005.

Ley para la Disposición de Donación de Órganos y Tejidos Humanos. Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Código Deontológico del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala. Asamblea General Extraordinaria del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala, 2017.