

**Decisiones patrimoniales anticipadas: autonomía de voluntad aplicable en  
momentos de incapacitación de la persona**

**Advance property decisions: autonomy of will applicable at times of incapacitation**

Juan Martínez Yntriago<sup>1</sup>  
Universidad de Guayaquil  
juan.martinezy@ug.edu.ec

**Resumen:** Este trabajo realiza un análisis del ejercicio de la autonomía de voluntad, en base al cual las personas pueden anticipar, preventivamente, sus decisiones respecto a la administración de su patrimonio en momentos en que no puedan expresarlas directamente por degeneración de su capacidad volitiva consciente. El fundamento de este instituto radica en que la referida autonomía debe tener vigencia, no sólo hasta el momento de la incapacitación de la persona, sino hasta el final de la vida. Metodológicamente, se partió de una revisión teórica de la autonomía privada y de sus límites, conforme a lo cual se propuso una discusión que incluye los cuestionamientos a la eficacia de la anticipación de voluntad y a la forma en que puede ser instrumentada, para finalmente sistematizar el estudio en relación a los antecedentes que sirvieron de base para la inclusión de esta figura en algunas legislaciones europeas y al limitado tratamiento que, en contraste, se le ha otorgado en los países latinoamericanos. Se concluye que la anticipación de voluntad sólo puede tener fuerza imperativa inequívoca cuando ha sido debidamente regulada dentro del ordenamiento jurídico de un país.

**Palabras clave:** autonomía privada, autonomía de la voluntad, voluntad anticipada, directrices previas, testamento vital.

**Abstrac:** This work carries out an analysis of the exercise of the autonomy of will, based on which people can anticipate, preventively, their decisions regarding the administration of their patrimony at times when they cannot express them directly due to the degeneration of their conscious volitional capacity. The foundation of this institute lies in the fact that only until the moment of the person's incapacitation, but until the end of life. Methodologically, it started from a theoretical review of private autonomy and its limits, according to which a discussion was proposed that includes questions about the effectiveness of anticipation of will and the way in which it can be implemented, to finally

---

<sup>1</sup> Profesor Titular Agregado 2 de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Consultor Jurídico Empresarial.

systematize the study in relation to the background that served as the basis for the inclusion of this figure in some European legislation and the limited treatment that, in contrast, has been granted in Latin American countries. It is concluded that the anticipation of will can only have unequivocal imperative force when it has been duly regulated within the legal system of a country.

**Keywords:** private autonomy, autonomy of the will, advance directive, prior directives, living will.

## INTRODUCCIÓN

A partir del Constitucionalismo moderno, se ha proclamado la vigencia de las distintas vertientes que tiene el ejercicio de la libertad de los seres humanos, tratando de que el ordenamiento jurídico brinde mayores espacios para el goce efectivo de ese derecho durante toda la existencia de la persona.

Esta tendencia ha permitido el desarrollo de una teoría científica que analiza la posibilidad de que las personas puedan decidir, preventiva y anticipadamente, sobre la forma en que desean que se administre su patrimonio<sup>2</sup>, específicamente, en momentos en que estén incapacitados para comunicar de manera directa su voluntad por sufrir afecciones en su salud debido a su avanzada edad o por padecer enfermedades catastróficas que enerven la conciencia de sus actos.

Santa Ospina (2016) analiza que esta postura tiene como objetivo resaltar la vigencia de la autonomía de voluntad como derivación del derecho a la libertad, autonomía concebida como la facultad individual de los particulares de establecer y regular el conjunto de sus derechos y obligaciones (pág. 12), la cual, a criterio de Barrio (2016), le permite la conformación de la esfera jurídica individual y el gobierno a conveniencia de las propias incumbencias para su realización plena como seres humanos (pág. 6); sobre todo, porque resulta legítimo que la independencia decisoria sobre sí mismo tenga fuerza imperativa hasta el final de la vida.

En consecuencia, el sentido de justicia debe permitir que la persona pueda anticipar su disposición futura sobre los bienes que obtuvo con su trabajo personal durante su época productiva, evitando con ello que dicha decisión sea derivada a los preceptos legales o la voluntad de sus familiares.

Este mecanismo creado para el ejercicio íntegro de la autonomía personal permite, adicionalmente, que la misma persona pueda decidir quién será su curador o sustituto en

---

<sup>2</sup> En el Derecho romano, caracterizado por la rigidez de las normas obligacionales, la autonomía privada podía originar simplemente obligaciones naturales, ya que los pactos contrarios a la Ley Civil no tenían valor; pero, a partir de los glosadores y posglosadores, el consensus creó un vínculo obligatorio que requería de tutela jurídica, con lo cual, la libertad y la voluntad se convirtieron en elementos creadores de Derecho. Esta tendencia fue reconocida por el Derecho francés del siglo XIX que se identificó con la corriente racionalista y la plena vigencia del principio de autonomía, que, a su vez, tiende a ser remodelada en el actual sistema de constitucionalización del Derecho privado a fin de que la misma no sea vinculante cuando implique afectaciones a la ley, al orden público, a la buena fe y a las buenas costumbres.

la expresión de su voluntad en momentos en que no pueda realizar de manera directa dicha manifestación.

Con base a estas premisas, este trabajo intenta promover la discusión jurídica sobre la relevancia de la autonomía de voluntad en cuanto a las decisiones patrimoniales que se deben adoptar en los momentos de incapacitación de una persona, independencia que debe hacer frente a las dificultades que se presentan para su eficacia y para su instrumentación jurídica.

Metodológicamente, se presenta un análisis de la teoría formulada en torno a esta temática, pero a la vez se estudian las contradicciones entre el respeto a la autonomía de voluntad y los límites que le impone la norma jurídica para que su manifestación tenga fuerza obligatoria al momento de incapacitación de la persona.

Como motivación general de estas contradicciones, se deduce que la autonomía de voluntad privada, a pesar de estar tutelada convencional y constitucionalmente, tiene eficacia inequívoca e incuestionable cuando está íntimamente ligada a su manifestación directa y consciente por parte las personas, por lo que, en circunstancias donde la capacidad volitiva desaparece, dicha autonomía, aunque haya sido anticipada documentalmente, tiene serios cuestionamientos para su aplicación con fuerza normativa. Estas críticas han sido materia de análisis previo a que la anticipación de voluntad fuera incluida en las legislaciones de Europa y de Estados Unidos, no así en los países latinoamericanos, donde el tratamiento ha sido limitado y disperso.

### **La autonomía de voluntad y sus límites**

Parte fundamental de este trabajo es el análisis de la autonomía de voluntad como derecho humano que permite a las personas adueñarse de sus propias decisiones patrimoniales y otorgarle a esta fuerza normativa, lo cual no significa, necesariamente, poner en vigencia un derecho subjetivo de libre albedrío, sino permitir un espacio amplio para el ejercicio de la verdadera libertad en los actos y negocios jurídicos.

Para Hernández & Guerra (2012), la autonomía de voluntad se forma, tanto del poder que se le atribuye en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas; como de la fuerza que tiene esa voluntad en el uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos (pág. 30). En la misma línea de pensamiento, Cornejo citado por Flores (2015), sostiene que la autonomía de voluntad es un principio

jurídico – filosófico que atribuye a los individuos un ámbito de libertad para regular sus intereses y para crear relaciones obligatorias entre ellos, las cuales deben ser reconocidas y sancionadas por el Derecho (pág. 15).

La citada facultad humana ha permitido la construcción del Derecho privado, sustentado, básicamente, en la autonomía de la voluntad que emerge como un principio transversal para dicha área jurídica. Coincidentemente, Tolosa Villabona (2017) afirma que la autonomía de voluntad es la columna vertebral del Derecho privado en las familias del civil law y del common law, siendo un principio que implica que, dentro del poder regulatorio de las relaciones jurídicas patrimoniales, es expresión de la libertad humana ejercida dentro de los límites que la ley le impone (pág. 16).

En relación a este último aspecto, es menester aclarar que ese poder de la autonomía de voluntad siempre ha estado sometido a restricciones jurídicas, lo cual es la fuente de la discusión en torno a su eficacia. Por ejemplo, en el Derecho romano no se confería valor a los convenios celebrados contra la ley civil, lo que ponía de manifiesto que la voluntad individual o convenida no enervaba los postulados legales. Sin embargo, el Derecho Canónico, caracterizado por su influencia espiritual, modificó la imagen romanista de los convenios y confirió valor a las manifestaciones de voluntad, destacando que dichas expresiones debían cumplirse por corresponder a pactos de honor.

En torno a la restricción normativa, Ferri, citado por Ángel (2016), sostiene que la autonomía de voluntad no es un poder originario sino otorgado a los individuos por una norma superior que define también sus límites (pág. 75). Este aspecto indudablemente tiene una lógica basada en el fundamento del Estado de Derecho, pues la autonomía de voluntad debe tener límites para evitar que cada ser humano se convierta en hacedor de normas jurídicas para su aplicación frente a otros y que con ello llegemos a la barbarie.

Conforme a esta concesión, se puede reflexionar que, si no existieran las reglas legales, cada quien interpretaría que, en ejercicio de esa autonomía, podría imponer su libre decisión en todos los aspectos de la vida. En consecuencia, la autonomía de voluntad puede ser reconocida como un poder creativo de Derecho, pero limitado a las barreras que le imponen los preceptos de la ley positiva.

Ampliando el análisis de los límites mencionados, Santa Ospina (2016) señala que la autonomía de la voluntad encuentra limitaciones originadas tanto, por la evidente desigualdad económica de los hombres, por las restricciones que se imponen las mismas

partes de un contrato y por los límites que se derivan de la ley, de la moral, de la buena costumbre y del orden público (pág. 16).

Al respecto, debe considerarse que las diferencias económicas pueden constituir un límite parcial para la validez de la autonomía de voluntad, puesto que se circunscribe a los casos de abuso de una de las partes de la relación jurídica que se encuentre en situación de poder frente a la otra. Por otra parte, es cuestionable el criterio de que dicha autonomía se vea limitada por las restricciones que impongan las partes contractuales, debido a que estas limitantes surgen también del ejercicio de la independencia de voluntad.

En lo que sí puede expresarse plena coincidencia es en el criterio de que la autonomía de voluntad no puede tener jamás un poder omnímodo que rebase al Derecho, sino un poder atenuado por este, cuyo objetivo sea decidir sobre derechos individuales o sobre aspectos que no salgan de la esfera privada de cada persona. También es compatible la noción de que existen límites establecidos por las buenas costumbres; por la moral, siempre que corresponda a un criterio social; y, por el orden público que, a criterio de Acedo, citado por Ángel (2016), se concibe como el conjunto de principios y valores fundamentales tendentes a conseguir el bien común de la sociedad (pág. 81).

La discusión de los alcances de la autonomía de voluntad podría significar varias páginas adicionales de análisis, lo cual no es objeto de este trabajo; sin embargo, resulta altamente motivante cuestionarse la medida en que dicha independencia volitiva puede incidir en la formación del Derecho, aspecto que, desde luego, es materia de cualquier estudio moderno debido a la enorme importancia que se le brinda a la libertad humana como expresión de la vida digna. En este sentido, García (2018) analiza con acierto que es evidente que la autonomía de la voluntad forma parte de la idea general de libertad y que esta es consustancial al concepto de dignidad humana en el cual se basa el edificio de los derechos humanos (pág. 141).

### **La autonomía privada como sustento de la anticipación de voluntad**

Fijada la concepción de que la autonomía de voluntad constituye una facultad personal para adoptar decisiones en el entorno individual, cabe preguntarse hasta cuándo

tiene vigencia dicha independencia. Inicialmente pudiera sostenerse que esa autonomía sólo tiene vigencia mientras la persona es plenamente capaz y consciente de sus actos; sin embargo, esa duración limitada contrasta con la vigencia misma de la existencia humana que culmina con la muerte y no con la incapacitación de la persona.

Por otra parte, ese poder decisorio que confiere la misma autonomía de voluntad, convierte a los actos de la persona en vinculantes para consigo misma, pero, surge la inquietud de que si esos actos, cuando se refieran a la disposición del patrimonio propio, mantienen esa fuerza vinculatoria respecto a terceros en momentos de incapacitación del individuo que los realizó.

Partiendo de una premisa comparativa, se puede citar que, en el caso del testamento, por ejemplo, la fuerza vinculatoria del acto de testar y de las decisiones que plasme en dicho documento el individuo que lo realizó, se mantiene luego de su muerte, de hecho, la finalidad de ese instrumento es que se ejecute la voluntad del testador en cuanto a su patrimonio al finalizar su existencia en este mundo. En consecuencia, si existe la posibilidad de anticipar mediante un testamento la disposición futura de los bienes propios, también es legítimo que una persona pueda anticipar su voluntad sobre la forma en que desea que se administre su patrimonio, no después de su muerte, sino antes de esta, mientras tenga vida, cuando se encuentre en incapacidad legal o física para ejercer esa administración.

A partir de esta posibilidad anticipatoria, se ha generado una importante teoría que proclama el derecho de las personas a disponer, autónoma y anticipadamente, sobre el destino futuro de su patrimonio en momentos en que se pierda la capacidad de consciencia, precisamente para asegurar que sus bienes y recursos económicos sean realmente invertidos en atender las necesidades de su dueño, que fue quien los adquirió con su esfuerzo en su etapa productiva, lo cual le asegurará, paralelamente, tener una buena calidad de vida al final de sus días.

La realidad muestra los padecimientos de muchos adultos mayores que, pese a tener recursos para atender sus necesidades de alimentación, medicina, vestimenta, habitación y recreación, se ven limitados en la satisfacción de éstas debido a que ya no están en capacidad de administrar su patrimonio de manera directa y autónoma, el cual queda a merced de sus familiares cercanos, quienes, en el caso de ser potenciales herederos, pudieran priorizar la conservación de los recursos para luego adquirirlos

mediante la sucesión por causa de muerte. Otro de los aspectos a tomarse en cuenta para la anticipación de voluntad sobre el patrimonio, es el aumento del límite de vida de las personas, aspecto que se presenta como producto del avance de la ciencia médica y de los tratamientos tendientes a alargar la existencia humana, en algunos casos, no de manera curativa, sino meramente paliativa.

En el tratamiento de este instituto se hace énfasis en la autonomía de voluntad como una derivación de los derechos de libertad y como fuente normativa para la disposición futura del patrimonio, razón por la cual se le ha conferido varias denominaciones como testamento vital, voluntades anticipadas, directrices previas, instrucciones previas, entre otras, siendo un acto ejecutado por una persona plenamente capaz que, de forma preventiva, intenta asegurarse una vida digna hasta el final de su existencia.

Como obstáculo inicial a esta posibilidad anticipatoria, deviene la inquietud sobre quién sería el sustituto en la manifestación de la voluntad del titular del dominio de los bienes, por lo que se deduce que la aplicación de la voluntad patrimonial anticipada requiere de un interlocutor o ejecutor de esta. En este sentido, surge por derivación la figura de la autotutela, considerada como una facultad que permite a una persona legalmente capaz de designar, ante la autoridad competente para dar fe de su decisión, a quien lo representará como curador o lo sustituirá en la futura expresión de su voluntad respecto a la administración de sus bienes en caso de padecer incapacidad por enfermedad degenerativa o por avanzada edad. Con el mismo objetivo conceptual, Castillo (2019) define a esta institución como el negocio jurídico por el que una persona designa a quien quiere que le asista o supla en el supuesto de incurrir en una causa de incapacitación (pág. 176).

La autotutela, a decir de López Azcona (2015), responde a la preocupación del Derecho por dotar, a aquellas personas que sufren una merma de sus capacidades, de un sistema de protección más flexible y respetuoso con su propia voluntad (pág. 316); concepción con la que coincide Muñoz de Diego (2018) al afirmar que se trata de una modalidad de poder de autoprotección o de protección del propio titular (pág. 9), la cual tiene fundamento en el ejercicio anticipado de la autonomía privada, esto es, en la facultad de autodeterminación que la misma ley confiere a los individuos humanos.

Lora Tamayo (2015) define a esta figura bajo la forma de poderes preventivos, argumentando que son aquellos en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer de una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios, que produzcan sus efectos en su persona o bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos (pág. 20).

Pudiera considerarse a esta institución como una especie de autonomía preventiva de la persona, que es quien decide el sistema que hay que poner en marcha si llega a perder la capacidad volitiva consciente y, en base a ello, designa anticipadamente a quien realizará las funciones de apoyo o representación (Pereña Vicente, 2010, pág. 72). Esto no implica suplir la voluntad de la persona que pierde la capacidad de obrar, sino de que ésta sea capaz de prever su propia protección futura en cuanto a la administración de su patrimonio (Hernández Rodríguez & Meléndez Arias, 2010).

El citado instituto se conoció remotamente en Roma, donde la persona que tenía deseo de morir debía realizar una declaración por escrito (Moreno Morejón, 2020, pág. 43); sin embargo, sus primeros antecedentes datan de 1921 en que se utilizó el término “La tutela fiduciaria” y de 1924 cuando se presentó una solicitud de declaración de ineficacia de la designación de un tutor por quien preveía su propia incapacidad (Castillo Santiago, 2019, pág. 177)<sup>3</sup>.

Un caso emblemático que puso en la discusión jurídica a esta institución, fue el del ciudadano ruso Ivon Cnimzo, afectado por una enfermedad hereditaria degenerativa, quien otorgó el mismo día en que alcanzó la mayoría de edad, un documento privado en el que nombró como tutor a un vecino amigo por si acaso se volvía loco, como en efecto ocurrió, lo cual abrió un problema ante los tribunales rusos porque nunca se había planteado un caso igual, sin embargo, la decisión judicial reconoció la legalidad del documento, en las vertientes personal y patrimonial (Hernández Rodríguez & Meléndez Arias, 2010, pág. 175).

Entre las legislaciones que admiten el negocio jurídico de la autotutela en Europa constan Suiza, que en el artículo 381 del Código Civil permite a la autoridad nombrar

---

<sup>3</sup> En 1921 Crehuet del Amo tituló “tutela fiduciaria” a su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; mientras que en 1924 se insertó en el Anuario de la Dirección General de los Registros del Notariado una respuesta a la solicitud de ineficacia de autodesignación de tutor hecha ante Notario, bajo el argumento de que aquello no era competencia de la administración por ser asuntos propios de los tribunales.

como tutor a la persona designada por el propio incapaz; y, Alemania, donde se admite que una persona mayor de edad, que no pueda valerse por sí misma, designe a un asistente o curador (Castillo Santiago, 2019, pág. 175) a través de una figura denominada *Betreuung* o asistencia, en cuyo caso el asistente completaría las funciones del propio interesado para compatibilizarse con el sentido y contenido de la sentencia de incapacitación (Muñoz de Diego, 2018, pág. 9).

En España la figura de la autotutela aparece con la Ley 11/1996 de Cataluña (1996) que confirió a la propia persona interesada la potestad de designar un tutor en previsión de devenir en incapacitada. También fue incluida en el Código Civil (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889) y en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (2003), siendo una figura denominada por Martín Mora (2014, pág. 6) como “delación voluntaria”, la cual permite a la persona decidir quién quiere que vele por sus derechos e, inclusive, quien no, pudiendo establecer los órganos de control y fiscalización de la tutela y el modo de ejercerla (pág. 64). La autotutela consta descrita en el Art. 223 del Código Civil de España, reformado mediante la Ley 8/2021 (Gobierno de España, 2021), con el siguiente texto:

“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

En Estados Unidos, la figura de la anticipación de voluntad, surgió con el tratamiento de los testamentos vitales en 1967 con la idea de la *Euthanasia Society of América* de tener en cuenta las voluntades de los pacientes (Zaragoza Martí y otros, 2020, pág. 32); con la *Natural Death Act*, que en 1976 aprobó en California el reconocimiento legal a la declaración de voluntad anticipada (Martín Mora, 2014, pág. 11); y, con la *Patient Self Determination Act*, que en 1991 reconoció el derecho a la autodeterminación del paciente (Cordero Da Silva y otros, 2015, pág. 567). Si bien en este país la anticipación de voluntad ha tenido mayor relevancia para los casos en que la persona decide establecer en un documento previo el tipo de tratamiento médico respecto al que no desea ser sometido en caso de incapacitación, lo cual ha otorgado fuerza normativa a la autonomía de voluntad en este campo, no es menos cierto que dicha apertura permite que estas decisiones preventivas se puedan aplicar también al campo patrimonial.

En apoyo al mencionado tipo de autonomía, Rivera Maguiña (2019) analiza que la norma legal debe asegurar en vida de la persona, que su patrimonio no quede a merced de quien pueda dilapidarlo por no tener competencias necesarias o preparación adecuada, o la usufructúe de manera contraria a los deseos de quien lo produjo y lo trabajó (pág. 61); consecuente a lo cual, a criterio de Castillo Santiago (2019), esta institución constituye uno de los mejores instrumentos para hacer frente a una incapacitación (pág. 176).

Como argumento para sostener la legitimidad de la anticipación decisoria, se parte de la premisa de que, si convencional y constitucionalmente, la autonomía privada ha alcanzado estándar normativo en los actos de declaración de voluntad, esta debe extenderse hasta el final de la vida, incluyendo aquellos períodos en que el ejercicio volitivo inequívoco no sea posible debido a una incapacitación natural o legal, siempre que dicha voluntad sea manifestada previamente en un documento otorgado en condiciones de lucidez y de plena consciencia en cuanto a su alcance (Noriega Rodríguez, 2019, pág. 105)<sup>4</sup>.

### **La instrumentación de la anticipación de voluntad y las objeciones respecto a su eficacia**

Jurídicamente, poco se podría cuestionar en cuanto a la legitimidad de la anticipación decisoria, no así en cuanto a las formalidades para su instrumentación y a la eficacia para su aplicación debido a los límites que se imponen para la validez de la declaración de voluntad, en especial, en cuanto a la capacidad legal de la que debe gozar la persona al momento de dicha manifestación.

En este sentido, y con la finalidad de validar su eficacia, se ha vinculado a esta figura como un testamento en vida, inclusive denominándolo testamento vital, lo cual puede ser falsado debido a que el testamento es considerado como un instrumento que permite la manifestación de la decisión de la persona sobre su patrimonio, para que rija imperativamente después de su fallecimiento (Silverio Sandoval, 2019)<sup>5</sup>. Al respecto, la doctrina ha definido al testamento como un acto jurídico por el cual una persona con plena

---

<sup>4</sup> NORIEGA señala que en España el documento debe ser otorgado de forma libre, sin que el Poderdante esté sometido a coacción ni intimidación al momento del acto declarativo y que este sea consciente en pleno uso de las facultades mentales, alejado de situaciones incapacitantes.

<sup>5</sup> SILVERIO SANDOVAL señala que la primera definición ulpiniana de testamento lo trata como una manifestación legítima de voluntad hecha con las debidas solemnidades para que surta efecto después de la muerte.

capacidad legal dispone sobre sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte (Becerril Gil, 2015, pág. 91)<sup>6</sup>. En consecuencia, bajo el sentido y objetivo del término utilizado, instrumentar la decisión anticipada bajo las formalidades de un testamento, la convertiría en ineficaz debido a que no podría aplicarse antes de la muerte de su autor.

Con la misma finalidad, se pudiera sugerir que la expresión de la voluntad anticipada se instrumente bajo la forma de un apoderamiento o mandato<sup>7</sup>, sin embargo, sería objetivamente impugnabile debido a que el encargo carecería de eficacia jurídica en el momento en que la capacidad decisoria del comitente o mandante se vea afectada a consecuencia de su estado de inconsciencia.

En España se lo ha instrumentado mediante una escritura pública notarial sustentada en la permisión que le dota el artículo 223 del Código Civil, es decir, la instrumentación se realiza, no bajo la forma de un apoderamiento común, sino de un documento independiente otorgado con una finalidad preventiva. En dicho país también se lo ha instrumentado bajo una forma de poder preventivo específico, otorgado por las personas que hayan previsto expresamente la posibilidad de perder la capacidad en un futuro, y que pese a ello desean que se mantengan vigentes los mandatos conferidos (Martín Mora, 2014, pág. 66). En esta legislación, el citado instrumento público está expresamente normado, con lo cual se aleja de la asimilación al testamento o al mandato y a las impugnaciones que con respecto a ellos se ha analizado, de tal manera que pudiera considerarse que su eficacia se encuentra garantizada por la imperatividad que le otorga la ley.

Con relación a la eficacia del instrumento que contiene la voluntad anticipatoria, resalta el cuestionamiento en torno a su fuerza normativa, debido a que, para su validez, debe ser expresión inequívoca de las decisiones futuras del otorgante, quien debe estar consciente de los efectos jurídicos de este acto y de la enorme facultad que le otorga a quien lo debe reemplazar en la expresión de esa voluntad.

Sobre este último aspecto, resulta importante para el debate la interpretación del documento por parte del curador o sustituto, lo cual se presenta sumamente peligroso por

---

<sup>6</sup> SOHM, AMBROISE Y BONNECASE, mantienen la misma concepción respecto al testamento.

<sup>7</sup> El mandato o procuración es el encargo de un negocio jurídico que realiza una persona con plena capacidad legal denominada comitente o mandante en favor de otra denominada procurador, apoderado o mandatario.

el conflicto de intereses que existiría si dicha persona es un potencial heredero, ya que, en dicho caso, procurará mantener el patrimonio intacto, no en interés y seguridad de su dueño, sino para su futuro beneficio personal. Por ejemplo, si uno de los hijos del otorgante del documento preventivo ha sido designado por él como curador o sustituto en la expresión de voluntad, podría ocurrir que dirija la administración de los bienes en tal sentido de que estos queden plenamente aptos para ser adquiridos por sucesión, es decir, que, en lugar de utilizar los recursos para atender la salud y la vida digna del referido otorgante, priorice su conservación para luego adquirirlos a título de herencia.

Para evitar este peligro, la única interpretación fidedigna del contenido de este instrumento correspondería a su autor, sin embargo, aquello no sería posible debido a que, en el momento de su aplicación, el citado otorgante ya no tendría capacidad legal ni física para hacerlo.

También podría ser cuestionable para la eficacia de este instrumento, la variación circunstancial que se genere entre la fecha en que es extendido y el momento en que debe ser aplicado, lo cual puede ser resultado de modificaciones en el ordenamiento jurídico o de que el otorgante sólo padezca de una limitación parcial de facultades volitivas, en cuyo caso el documento devendría en inejecutable.

Adicionalmente, el debate se extiende al momento en que entraría en vigencia el documento de anticipación de voluntad, pues podría considerarse necesario que su aplicación sea automática en el instante en que el otorgante pierda capacidad volitiva consciente; pero, también resultaría lógico que la vigencia inicie cuando se declare judicialmente la incapacitación legal de dicho otorgante.

Los mencionados puntos en contradicción ponen en duda la posibilidad de que exista una cabal aplicación de la voluntad de la persona incapacitada; sobre todo, mientras no exista un amparo legislativo expreso e inequívoco para esta institución. Sobre este punto, resalta la sustancial diferencia entre el testamento y el documento de voluntad anticipada, constituida por el hecho de que el primero tiene una expresa protección normativa al ser un instituto contemplado en la legislación a nivel global; mientras que, para el segundo, con excepción de determinados países, no existe dicha tutela legal y, como tal, no tiene fuerza imperativa.

### **El desarrollo de la anticipación de voluntad en los países latinoamericanos**

Contrario al amplio desarrollo que ha tenido en Europa la institución de anticipación de voluntad, su análisis en Latinoamérica es de poca data, por lo que existe un incipiente tratamiento teórico y legislativo sobre esta temática. Este aspecto se explica por el hecho de que las naciones de este sector geográfico debieron reformular sus sistemas constitucionales a partir del regreso a la democracia luego de la década del 70, debido a que las precedentes dictaduras militares habían minado el desarrollo del Constitucionalismo basado en la preponderancia de los derechos humanos y del garantismo como vía para reclamar su respeto.

Con base a esta realidad, y de manera aislada, se puede citar que, en Argentina, el artículo 139 del Código Civil y Comercial de la Nación prevee la posibilidad de que la persona capaz pueda designar, mediante directiva anticipada, a quien ha de ejercer la curatela (Poder Legislativo de Argentina, 2015), mientras que en Perú, el artículo 568-A del Código Civil prescribe el derecho de la persona adulta mayor, que no supere los 60 años, a nombrar a su curador o curadores por escritura pública en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Congreso de Perú, 1984); de su parte, en Cuba, el Código de las Familias establece en el artículo 30.1 que *las personas en situación de discapacidad pueden designar libremente los apoyos que requiera para el ejercicio de su capacidad jurídica* (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 2022); y, en México, la figura preventiva se encuentra regulada en la Ley de Voluntad Anticipada que prevee que se materialice mediante un documento que debe otorgarse ante un Notario Público (Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México, 2008).

En Ecuador, pese a que se cuenta con una Constitución considerada de vanguardia en el respeto de los derechos ciudadanos y en las garantías para hacerlos efectivos, y a que en su artículo 66 se reconoce el derecho a una vida digna, al libre desarrollo de la personalidad, a la expresión libre del pensamiento, a la propiedad en todas sus formas y a la libertad, que incluye el no ser obligada a dejar de hacer algo no prohibido en la ley, la legislación no contempla expresamente la figura de la anticipación de voluntad como mecanismo que permita al ciudadano decidir, autónoma y preventivamente, sobre la futura administración de su patrimonio en momentos en que pierda su capacidad volitiva consciente. De allí que el desarrollo de esta institución representa un desafío para el Derecho Civil ecuatoriano.

## **Discusión**

La unidad de análisis de este trabajo lo constituye la fuerza normativa que tendría la autonomía de voluntad en momentos de incapacitación de una persona, respecto a lo cual se ha establecido criterios favorables y críticas.

En apoyo a esta tesis, se ha proclamado que la autonomía de voluntad debe extender su vigencia hasta el final mismo de la existencia humana que termina con la muerte y no con la incapacitación. Aquella extensión tiene su fundamento en el derecho de autodeterminación o autorregulación de cada ser humano dentro de su esfera individual, esto es, en la facultad de crear vínculos jurídicos obligatorios para consigo mismo. Puede calificarse al ejercicio de esta autonomía como una forma de subjetivación del Derecho, en específico, para regular la administración del patrimonio propio, lo cual resulta legítimo para con su titular, pues a él corresponde su existencia y, como tal, debe ser el cabal beneficiario del mismo.

Contrariamente a la importancia que se le ha otorgado a la autonomía de voluntad como una derivación del derecho de libertad, se cuestiona su límite, debido a que esta no puede ser omnímoda ni puede crear vínculos obligatorios para otras personas. En este sentido, se ha ratificado que el horizonte regulatorio de esa independencia volitiva es el ordenamiento jurídico, pues aquella es consecuencia de la permisión que este le brinda. Sobre este particular, se resalta la conveniencia de preservar el orden público, la moral pública y las buenas costumbres, inclusive, las condiciones de desigualdad entre quien pretende imponer su voluntad y aquella que está a merced de su cumplimiento.

Con ánimo de superar el aparente choque entre la autonomía privada para la manifestación de voluntad y el límite explícito e implícito que establece la ley, es menester deducir que, si el ordenamiento jurídico no reconoce fuerza normativa a dicha autonomía, la manifestación de voluntad se torna en ineficaz e inaplicable. En consecuencia, la independencia volitiva sólo tendría la fuerza normativa que la misma ley le puede conceder.

Con respecto al ejercicio de la autonomía privada para anticipar las decisiones en el ámbito patrimonial, se ha justificado con suficiencia que esta figura tiene la valía de conceder a la persona un control de su futuro y de la calidad de vida que aspira en momentos de incapacitación legal por degeneración de su capacidad volitiva y de consciencia. Así lo han considerado Estados Unidos, España y otros países europeos

donde se ha ido incluyendo a esta institución en sus legislaciones (Muñoz de Diego, 2018, pág. 42).

Sin embargo, uno de los cuestionamientos radica en la instrumentación de la anticipación de voluntad, respecto a lo cual se ha descartado que se pueda formalizar como un testamento vital, debido a que aquello podría ocasionar una confusión con un documento que fue creado específicamente para disponer del patrimonio luego de la vida. De la misma manera, se ha intentado asimilarlo con la formalidad de un mandato, en torno a lo cual se critica que este carecería de eficacia en el momento en que se declare la incapacidad legal del mandante.

Otro aspecto debatible a tenerse en cuenta es la interpretación que se le otorgaría al documento preventivo, pues esta depende de la claridad de su texto y del cabal conocimiento que, respecto de sus efectos jurídicos, tenga el otorgante. De la misma manera, dicha interpretación se somete a los intereses de la persona designada por el otorgante como su curador o sustituto en la expresión de la voluntad, y a las reformas legislativas que se presenten luego de la celebración del documento. Para superar este conflicto interpretativo, conviene que la persona designada como curador o sustituto no sea un potencial heredero o una persona que no tenga la capacidad suficiente para administrar el patrimonio del otorgante, pues de lo contrario, no se garantizaría que este sirva para dotar de una vida digna a su titular o que no sea dilapidado por negligencia del administrador.

Estos antecedentes ratifican que la única forma de otorgarle eficacia jurídica a la anticipación de voluntad es su reconocimiento expreso en la legislación, la cual debe describir los pasos para su instrumentación con formalidades propias e independientes e, inclusive, mediante su celebración por escritura pública en la que el Notario pueda dar fe de lo decidido por el otorgante.

Una aspecto importante a considerar sobre esta temática, es el poco desarrollo que ha tenido la figura de anticipación de voluntad en los países latinoamericanos, donde se advierten normas dispersas o inacabadas como en el caso de México, Cuba, Perú, Colombia y Argentina, aspecto que toma sustento en los conflictos que han tenido las naciones hispanas para retornar a la democracia luego de períodos dictatoriales que impedían el cabal desarrollo de los derechos humanos, los cuales inclusive, llegaron a ser gravemente violentados por largo tiempo.

### **Metodología**

Metodológicamente este trabajo partió de un análisis crítico de la autonomía de voluntad como fuente generadora de Derecho, con el objetivo de relacionarla con una figura jurídica que reivindica la vigencia de dicha autonomía hasta el final de la vida, y en específico, en momentos en que la persona pierde su capacidad volitiva y legal por una enfermedad degenerativa.

Paralelamente, se realizó una descripción de la mencionada institución y de los fundamentos establecidos por la doctrina para sostener la necesidad de que las personas plenamente capaces puedan anticipar, preventivamente, su decisión sobre la forma en que desean que se administre su patrimonio en el futuro, ante la eventualidad de quedar imposibilitadas de poder manifestar su voluntad.

Como parte de la estructuración del estudio se realizó una síntesis del origen y de la aplicación de esta figura en Estados Unidos y Europa, con especial énfasis en España, donde ha alcanzado un considerable reconocimiento normativo. Este análisis incluyó también un breve comentario sobre el limitado tratamiento que se le ha dado a esta temática en los países latinoamericanos.

El enfoque crítico se extendió a la designación de la persona que debe representar al incapacitado en la futura manifestación de voluntad, a la forma de instrumentar este acto y a la eficacia que reviste.

Finalmente, se propicia una discusión sistémica que permitió aclarar puntos críticos y obtener conclusiones generales sobre la temática propuesta.

### **CONCLUSIONES**

Uno de los aspectos relevantes del Constitucionalismo moderno es haber permitido la ampliación de los derechos de libertad, entre los cuales resalta la vigencia de la autonomía de voluntad como fuente generadora de efectos jurídicos dentro de la esfera individual de una persona.

Como aspecto derivado de su importancia, resulta plenamente legítimo que la autonomía de voluntad extienda su vigencia hasta el final de la vida de los seres humanos,

incluyendo aquellos momentos en que su capacidad volitiva consciente haya sido minada por su avanzada edad o por enfermedad catastrófica.

Para plasmar la vigencia extendida de la referida facultad autonómica, resulta relevante el acto mediante el cual las personas, en ejercicio de su capacidad legal, anticipan su decisión sobre la forma en que desean que se administre su patrimonio en el momento en que dicha capacidad desaparezca.

La disposición preventiva de su patrimonio, permite a la persona otorgarse las condiciones adecuadas para mantener una vida digna en el momento en que no pueda expresar su voluntad de forma directa y consciente, conforme a lo cual se hace imprescindible que el propio interesado designe a su curador o sustituto que lo reemplace en dicha manifestación.

Las principales críticas que se han realizado al instituto de anticipación de voluntad tienen relación con la instrumentación del acto, que no puede ser asimilado, ni con el testamento debido a su efecto jurídico distinto, ni con un apoderamiento que sólo tendría efecto mientras el otorgante tenga capacidad legal; y, con la interpretación que pueda realizar el curador o sustituto designado, sobre todo, cuando es un potencial heredero o una persona sin la capacidad de administrar el patrimonio del otorgante del documento preventivo.

Para que el acto de anticipación de voluntad respecto a la administración del patrimonio propio tenga eficacia y fuerza vinculante, debe ser expresamente incluido como institución en el ordenamiento jurídico, tal como ha ocurrido en España y en otros países europeos.

### Referencias Bibliográficas

- Ángel, L. K. (2016). Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? *Revista Verba Iuris*, 11(36), 71 - 91.  
[https://doi.org/https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=Autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+%C2%BFDecadencia+o+auge%3F&btnG=](https://doi.org/https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+%C2%BFDecadencia+o+auge%3F&btnG=)
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México. (2008). *Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal*. Gaceta Oficial del Distrito Federal.  
<https://doi.org/https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/f388d1ee-cb7022661d0cca9cdfd617f517981641.pdf>
- Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (2022). *Código de las Familias*. Gaceta Oficial. <https://doi.org/https://cuba.vlex.com/vid/ley-no-156-2022-909018941>
- Barrio, G. A. (2016). *Autonomía privada y matrimonio*. Madrid: REUS.  
<https://doi.org/https://elibro.net/es/ereader/uguayaquil/100519?page=4>
- Becerril Gil, A. (2015). El testamento electrónico. En R. Tapia Vega, A. Becerril Gil, & Oliva Gómez Eduardo, *Temas selectos 2: Hacia el ámbito del derecho privado*. (págs. 88-13). Ediciones Eternos Malabares.
- Castillo Santiago, R. (2019). La autotutela: Derecho Comparado en México. *Revista Lex*(23), 169 - 184. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1675>
- Comunidad Autónoma de Cataluña. (1996). *Ley 11/1996 de 29 de julio de Cataluña*. Boletín Oficial de España BOE. <https://doi.org/https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1996/07/29/11>
- Congreso de Perú. (1984). *Código Civil de Perú*. Sistema Peruano de Información Jurídica. <https://doi.org/https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>
- Cordero Da Silva, J. A., Almeida De Souza, L. E., Furtado Costa, J. L., & Da Costa Miranda, H. (2015). El conocimiento de los estudiantes de medicina sobre testamento vital. *Revista de Bioética*, 23(3), 566 - 574.  
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233093>
- Flores Salgado, L. (2015). Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento y documento de voluntad anticipada en México. *IUS Revista de Ciencias Jurídicas*

de Puebla, 9(36), 155-178.  
[https://doi.org/https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472015000200155](https://doi.org/https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200155)

García Torres, C. E. (2018). *Voluntades anticipadas en la legislación ecuatoriana*. Universidad del Azuay.

Gobierno de España. (2021). *Ley 8/2021 de 2 de junio*. Boletín Oficial de España. <https://doi.org/https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233#:~:text=Ayuda-,Ley%208%2F2021%2C%20de%202%20de%20junio%2C%20por%20la,de%2003%2F06%2F2021.>

Hernández Fraga, K., & Guerra Cosme, D. (2012). El principio de la autonomía contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*(6), 27-76. <https://doi.org/http://www.eumed.net/rev/rejie>

Hernández Rodríguez, G., & Meléndez Arias, M. (2010). Envejecimiento poblacional, dependencia y previsión de la autoprotección. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 9(1), 137 - 160. <https://doi.org/https://www.redalyc.org/pdf/380/38015080008.pdf>

López Azcona, A. (2015). El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho Civil aragonés. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*(3), 313 - 330. <https://doi.org/https://roderic.uv.es/handle/10550/47067>

Lora - Tamayo Rodríguez, I. (2015). Comparecencia de una persona con discapacidad ante el Notario. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 9(36), 7 - 60. <https://doi.org/https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n36/1870-2147-rius-9-36-00007.pdf>

Martín Mora, P. (2014). La autotutela. *Revista Escritura Pública*(86), 64 - 66. [https://doi.org/https://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-120284.pdf](https://doi.org/https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-120284.pdf)

Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). *Código Civil de España*. Boletín Oficial de España. <https://doi.org/https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. (2003). *Ley 41/2003 de 18 de noviembre de España*. Boletín Oficial de España.  
[https://doi.org/https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Version\\_sencilla\\_proteccion\\_patrimonial\\_2009.pdf](https://doi.org/https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Version_sencilla_proteccion_patrimonial_2009.pdf)
- Moreno Morejón, J. F. (2020). El testamento vital o voluntad anticipada y los mensajes de datos. *Revista Killkana Sociales*, 4(3), 43 - 56.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.26871/killkanasocial.v4i3.510>
- Muñoz de Diego, C. (2018). *Cuestiones derivadas de la regulación de la autotutela*. Universidad de Valladolid.
- Noriega Rodríguez, L. (2019). *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*. Bosch Editor.  
<https://doi.org/https://elibro.net/es/ereader/uguayaquil/121419>
- Pereña Vicente, M. (2010). La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, IV(26), 69 - 78.  
<https://doi.org/https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980004.pdf>
- Poder Legislativo de Argentina. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial SAIJ. [https://doi.org/http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](https://doi.org/http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)
- Rivera Maguiña, M. C. (2019). *Libertad de testar: Reducción de las personas con derecho a heredar*. Universidad Veritas Liberavit Vos.
- Santa Ospina, J. E. (2016). *La crisis presente, la autonomía de la voluntad y la operatividad de la cláusula sic standibus*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.
- Silverio Sandoval, J. (2019). *El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica*. Ministerio de Justicia del Gobierno de España.
- Tolosa Villabona, L. A. (2017). De los Principios del Derecho Obligacional y Contractual Contemporáneo. *Revista Estudio Socio Jurídico*, 19(2), 13-61.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>

Zaragoza Martí, M. F., Juliá-Sanchís, R., & García Sanjuán, S. (2020). El documento de voluntades anticipadas como instrumento de planificación ético-jurídico: especial atención a la salud mental. *Revista de Bioética y Derecho*(49), 25 - 45.  
[https://doi.org/https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872020000200003&script=sci\\_arttext](https://doi.org/https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872020000200003&script=sci_arttext)