

## PREFACIO

Gracias al desarrollo de la ciencia y la tecnología en el ramo de la salud y alimentos, la esperanza de vida del mexicano se ha incrementado en los últimos años para situarse en la actualidad en los 73.4 años para los hombres y 77.9 en las mujeres.<sup>1</sup>

Este hecho poblacional implica un mayor riesgo para los adultos de la llamada Tercera Edad, aquellos que rebasan los 60 años, ya que todos padecemos un proceso natural de degeneración del cuerpo y de la mente mayor del que conocieron nuestros padres y abuelos, éstos con esperanza de vida mucho menor; ante lo anterior, podemos constatar reiteradamente los naturales procesos degenerativos que presentan las personas quienes acuden ante el fedatario para disponer por medio del instrumento del testamento de sus bienes para después de su muerte.

Existe en muchos casos la necesidad de tener un representante en los períodos de incapacidad que surge, ya sea por enfermedad o por el proceso degenerativo normal de todo organismo humano, y en los que se está perdiendo la propia capacidad de poder decidir de la mejor manera sobre sus bienes materiales y sobre su persona, en virtud de las facultades ya mermadas por el tiempo o la enfermedad.

Ante estos hechos inéditos en cuanto a su frecuencia y cantidad, se presenta el problema de que en la actualidad nues-

---

<sup>1</sup> CONAPO *Estudio sobre la mortalidad y esperanza de vida*, 2004. Por su parte, para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la esperanza de vida en México es de 73,3 años. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*. Ediciones Mundi Prensa, Madrid, 2005. Si bien el promedio sigue estando lejos de Japón, con sus 81.6 años, más distante aún se encuentra de Zambia, con una esperanza de vida de apenas 32,7 años.

tra legislación no contempla tanto en el Código Civil para el Distrito Federal, ni en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni en los códigos de la mayoría de los Estados, la posibilidad de que la propia persona física dicte sus disposiciones para el caso de que ésta llegue a caer en estado de incapacidad, por lo que identificamos el problema de la existencia de una laguna del derecho al respecto.

En consecuencia, se debe legislar para que el derecho positivo mexicano contemple la posibilidad que permita a la persona física dictar ante notario público las disposiciones que él considere pertinentes para el caso de su futura incapacidad y así disponer de la mejor manera de su persona y bienes. Sin falsos escrúpulos, es de dudarse que exista otra persona con mejores elementos que el propio interesado, quien cuenta con el criterio de una persona madura y con la experiencia y conocimiento que otorgan los años, para estos efectos.

Ante un México que cada día se vuelve más de viejos que de jóvenes, debemos los estudiosos del derecho estar atentos ante los hechos que se presentan en nuestra realidad nacional siguiendo la máxima romana de “dame los hechos y te daré el derecho”. Como hemos manifestado en diversos ámbitos, es enfáticamente necesario legislar para contemplar en el Derecho Positivo Mexicano de la gran mayoría de las entidades federativas, la posibilidad de permitir a la persona física dictar ante Notario Público las disposiciones que considere pertinentes para el caso de su futura incapacidad. Así, puede disponer de la mejor manera de su persona y de sus bienes. La autotutela del individuo, o la plena libertad para elegir a sus representantes, en pleno uso de sus facultades, con una prudente previsión para su retiro de la vida activa genera una mayor seguridad jurídica y protección para las personas de edad avanzada que comprenden que sus capacidades físicas y mentales puedan, por natural proceso entrópico, llegar a disminuir notablemente, por lo que deciden dictar sus disposiciones respecto a su persona y sus bienes, conforme sus deseos e intereses, confiando en el Derecho como supremo refugio en la vejez o incapacidad.

Por lo delicado del tema se considera necesario que estas disposiciones para la propia incapacidad se encuentren rodea-

das de las formalidades y acaso solemnidades correspondientes, esto es, que consten en un instrumento dictado ante notario público y registrarse ya sea dentro del Registro Nacional de Testamentos, que ya existe, o bien, en un Registro similar creado ex profeso para estos instrumentos.

Ambas circunstancias darán seguridad jurídica, fecha cierta y certidumbre al instrumento que contenga las disposiciones para la propia incapacidad. En consecuencia, es necesario que los profesionales del Derecho asumamos el compromiso de facilitar que los individuos tomen progresivamente más decisiones, es decir, que se apropien cada vez más de las decisiones ante su propia incapacidad. Las disposiciones ante la propia incapacidad pueden representar una clara expresión de una voluntad concreta a tener en cuenta cuando una persona se ha vuelto incapaz. Disposiciones de esta índole pueden constituir no solamente una transformación jurídica sino también una transformación cultural en las relaciones de una persona con la enfermedad y con las impredecibles eventualidades que pueden ocurrirnos en cualquier momento.

## 1. MARCO CONCEPTUAL

### 1.1. CAPACIDAD E INCAPACIDAD

Llanamente, la capacidad jurídica se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Para ciertas orientaciones doctrinarias, existe una identidad terminológica entre personalidad y capacidad.<sup>2</sup> No obstante, tal reducción supone una errónea comprensión del valor jurídico de la personalidad, y de ahí, como sostiene el tratadista Ramos Chaparro, que haya de postularse la distinción entre ella misma y la capacidad, como categorías conexas pero no sinónimas.<sup>3</sup> El concepto técnico que sirve de nexo entre personalidad y capacidad es el de subjetividad, pues la persona tiene capacidad por su carácter intrínseco de sujeto jurídico, de forma que podría expresarse la relación diciendo que la personalidad es el *quid* y la capacidad el *quantum* de la subjetividad jurídica; aquella pertenece al mundo de las esencias y cualidades, ésta al de las dimensiones, cantidades y medidas, de manera que no pueden tratarse como categorías homologables, ni siquiera a nivel terminológico y que, de hacerlo, se incurriría en un vicio conceptual.

En los mismos términos llanos, la incapacidad es la ausencia de capacidad. Similarmente a la capacidad, la incapacidad de goce es la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y

---

<sup>2</sup> BADOSA COLL, Ferrán, “La personalitat civil restringida, las seves causes. El seu estatut jurídic”, en *La personalitat civil*, Segones Jornades Jurídiques de Lleida, Barcelona, 1984, pp 1-43

<sup>3</sup> RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p 178.

obligaciones, aunque este supuesto es más bien falaz porque implicaría una negación de la personalidad.<sup>4</sup> Por su parte, la incapacidad de ejercicio implica la ineptitud de un sujeto de actuar por sí mismo en la vida jurídica. Las incapacidades son establecidas con el propósito de proteger al propio incapaz o a la sociedad de las consecuencias de sus actos. Un principio general dispone que “la capacidad es la regla”, en consecuencia, todos los sujetos de derecho son en principio capaces de goce y de ejercicio, y dichas capacidades únicamente podrán ser restringidas cuando exista una norma que así lo establezca.

En nuestro sistema jurídico, la norma por excelencia que establece las incapacidades es el artículo 450 del Código Civil Federal,<sup>5</sup> que a la letra dice:

ART 450 —Tienen incapacidad natural y legal:

I Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Por su parte, el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal tiene una redacción idéntica en la primera fracción al código federal, pero diferente en su segunda:

ART 450 —Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental

---

<sup>4</sup> No obstante, en el siglo XX aún prevalecían algunos ordenamientos que incluían la denominada “muerte civil”

<sup>5</sup> En nuestro país, veinticinco códigos civiles locales conservan las fracciones de la fórmula original, que incluyen conceptos como demencia, idiotismo, imbecilidad, sordomudos y ebrios consuetudinarios. Cinco ordenamientos se acogen a la fórmula federal, y Coahuila adopta una fórmula híbrida

o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La declaración de incapacidad mediante el procedimiento jurídico correspondiente, persigue los siguientes efectos fundamentales:

- a) Declarar quien es incapaz y que, por ello, no puede actuar por sí mismo en la vida jurídica.
- b) Imponer la sanción de nulidad a los efectos de los actos realizados por los incapaces.
- c) Dotar a los incapaces de un representante legal que pueda actuar en su nombre.
- d) Proteger a la persona y los bienes de los incapaces.<sup>6</sup>

Finalmente, la incapacidad terminará con la extinción de la causa que la produjo, también mediante el procedimiento correspondiente. Un tema de gran importancia y estrecha vinculación con la capacidad e incapacidad de la persona es la voluntad, que será vista en el siguiente apartado.

## 1.2. LA VOLUNTAD Y LA DIGNIDAD

Diversos autores coinciden en que es difícil precisar con exactitud el significado de este vocablo que etimológicamente implica la facultad mental que permite escoger o decidir conscientemente lo que uno va a hacer o no hacer.<sup>7</sup> Bajo una perspectiva jurídica, la voluntad implica la intención, de alguna manera exteriorizada, de un sujeto que intenta la consecución de determinados efectos jurídicos. El negocio jurídico es típica expresión de la voluntad de los individuos dirigida a la consecución de fines o intereses típicamente privados. Ya Rousseau establecía la contraposición entre *volonté générale* y *volontés particulières* sobre la base del criterio de interés: la primera

---

<sup>6</sup> MONTERO DUHALT, Sara, "Incapacidad", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, Porrúa, UNAM, México, 2004, p. 461.

<sup>7</sup> Tiene su origen en *voluntatem*, acusativo de *voluntas*. GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 725.

busca el interés común, las últimas el interés individual o privado. Precisamente, las doctrinas liberales con su concepción individualista encuentran en el denominado *dogma de la autonomía de la voluntad* un principio ideológico de primer orden, que se refleja en el artículo 1134 del Código de Napoleón.<sup>8</sup>

Por su parte, *dignidad*, es un sustantivo abstracto derivado del adjetivo “digno”. El adjetivo fue primero y se aplicaba a seres humanos o a conductas: una persona *digna*, un comportamiento *digno*. Se vinculaba ciertamente a la libertad y al mérito, porque las personas se convertían en dignas, o una manera de comportarse era digna y meritoria en virtud de alguna actuación voluntaria, quizá dificultosa. Del adjetivo se formó el sustantivo “dignidad” para designar la cualidad accidental de “digno” meritoriamente adquirida. En cualquier caso, no todo el mundo era digno por nacimiento ni cualquiera poseía dignidad. Miguel de Unamuno equiparó la dignidad con la humanidad,<sup>9</sup> mientras que el profesor José Megías Quirós<sup>10</sup> distingue tres sentidos bajo los cuales podemos referirnos a la dignidad:

1. El primero, hallado en los escritos griegos y romanos, perduró durante la Edad Media. Se relaciona con el cargo o posición determinada que ocupa una persona.

2. El segundo de los significados lo referimos a las acciones de las personas; cuando el hombre actúa con rectitud podemos decir que son acciones dignas y que el que las realiza es

---

<sup>8</sup> “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*” (Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes).

<sup>9</sup> “Si se pudiera apreciar la diferencia que hay entre los individuos humanos, tomando cual unidad de medida el valor absoluto del hombre, se vería, de seguro, que la tal diferencia nunca pasaría de una pequeña fracción. Así como no apreciamos el valor del aire, o el de la salud hasta que nos hallamos en un ahogo o enfermos, así al hacer aprecio de una persona olvidamos con frecuencia el suelo firme de nuestro ser, lo que todos tenemos de común, la humanidad, la verdadera humanidad, la cualidad de ser hombres, y aun la de ser animales y ser cosas. Entre la nada y el hombre más humilde, la diferencia es infinita; entre éste y el genio, mucho menor de lo que una naturalísima ilusión nos hace creer”. UNAMUNO, Miguel de, *La dignidad humana*, Espasa-Calpe, Argentina, 1945, p. 13

<sup>10</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José J., *Dignidad del hombre ante la muerte*, Suplemento Humana Iura de derechos humanos, España, 1994, pp. 100-104

un hombre con dignidad; del mismo modo, podemos hablar de una persona indigna cuando ésta no obra con tal rectitud.

3. En tercer lugar, el término dignidad indica una cualidad exclusiva, indefinida y simple del hombre, que muestra su superioridad con independencia del modo de comportarse; es decir, hace referencia al valor en sí que tiene la persona humana.

Como se puede apreciar, para José J. Megías Quirós, la dignidad es el valor que debe presidir toda relación entre los seres humanos, porque es el que pertenece a su sustancial comunidad,<sup>11</sup> y añade que este hecho conlleva dos obligaciones a cargo de la autoridad pública: por un lado, el respeto por parte de los órganos estatales a la dignidad de todas las personas, lo cual implica la omisión de todo acto de autoridad que suponga un atentado contra ella y, por el otro, el Estado debe impedir los ataques a la dignidad por parte de terceras personas. En suma, el Estado debe asumir una posición garantista de la dignidad. La dignidad es, pues, la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona; es un fin, tanto del reconocimiento de los derechos como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos, y en la medida en que los derechos inviolables son irrenunciables, la dignidad se convierte también en un límite de los derechos propios.

## 2. LAS DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD EN OTROS PAÍSES

### 2.1. ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos se presenta un cúmulo de situaciones que ameritan mención en este breviarío. La historia recién

---

<sup>11</sup> En efecto, es posible vincular dignidad a axioma, a través de la connotación “valor” presente en ambos conceptos. La dignidad es valiosa como lo es el llamado por Aristóteles “principio más firme”, a saber, ese principio de no contradicción sobre cuya validez y universalidad es imposible engañarse. *Vid.* GÓMEZ PIN, Víctor, *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, Paidós, España, 1995, p. 19.

te nos muestra una sucesión de eventos que han activado no solo a los tribunales en todos los niveles, sino también a los otros ordenes de gobierno y a amplios sectores de la sociedad. El primero de abril de 2005 falleció Theresa Schiavo en Pine-llas Park, Florida. La mujer, de 41 años, había sufrido daños cerebrales después de un ataque cardíaco en 1990 y desde entonces había quedado en un *estado vegetativo persistente*. Las cortes y tribunales estatales aceptaron persistentemente el testi-monio de Michael, su marido y custodio legal, y de otros testi-gos que dijeron que ella no habría deseado que la mantuvieran con vida en forma artificial. El caso de Terri Schiavo, como el de miles de personas sobre las cuales sus familiares deben de-cidir cuando están incapacitadas y en coma o estado vegetati-vo, se disputó en los tribunales de Florida durante quince años y puso en movimiento, en un par de semanas, a los tres pode-res federales de la Unión Americana. En efecto, el Magistrado Stanley F. Birch Jr. del Tribunal Federal de Apelaciones de Atlanta, rechazó el último recurso de la familia de Terri para reconectar la sonda que la mantenía con “vida”, no siendo aje-no en su determinación la intervención del presidente y del congreso que habían impulsado una ley que instaba a los jue-ces a rcabrir el caso a la luz de testimonios y pruebas que ya habían sido desechados. Birch Jr. fue muy claro al concluir que: “...*A pesar de la sincera y altruista motivación, las ra-mas ejecutiva y legislativa han actuado de manera obvia con-tra la guía de gobierno de nuestros Padres Fundadores para la gobernabilidad de la gente libre: nuestra Constitución*”. En suma, el magistrado declaró la inconstitucionalidad de la inter-vención de Bush y del Congreso en este asunto, lamentable en sí mismo, como lo son los cientos de miles de casos similares en todo el mundo. Este caso, en términos de gobernabilidad, estuvo a punto de generar un típico caso de veto mutuo entre actores políticos a las diversas decisiones estatales, o peor aún, de no haber sido por la congruencia y consistencia del poder judicial estadounidense, un efecto de captura de las decisiones de los poderes constituidos por parte grupos de presión. Entre las muy diversas consecuencias derivadas de *Terri Schiavo*, nos queda el recordatorio de que la relación entre los poderes

es uno de los elementos de mayor impacto para la gobernabilidad democrática. Sabiendo que el choque entre los poderes parece ser el tipo de crisis más frecuente hoy en día, uno de los legados con los que contamos es el recordatorio de que la cooperación y el respeto entre los poderes no emergen espontáneamente sino mediante la acción y cuidado persistente de los actores estratégicos.

Las disposiciones anticipadas en materia de bienes y otras decisiones de carácter financiero tienen una cobertura amplia a disposición del ciudadano que tenga conocimiento de sus derechos; asimismo, en materia de donación de órganos y en aquellos supuestos en los que se desee no permanecer con vida por conducto de dispositivos artificiales, existe una protección adecuada a las decisiones. No obstante, en materia de disposiciones anticipadas concernientes a la disposición de la propia vida, se han generado las situaciones de mayor interés, como se puede apreciar en algunos casos de relevancia.

En concreto, el debate jurídico se desencadena, principalmente, a raíz de una serie de casos relativos a enfermos que solicitaban (bien ellos mismos, o bien sus familiares) que se permitiese a sus médicos interrumpir el tratamiento o, incluso, que se les proporcionase medicación o algún otro medio para poner fin a sus vidas. En este rubro, la discusión en torno a la disponibilidad de la propia vida se ha centrado fundamentalmente en el ámbito médico; en primer término, en el derecho del paciente a interrumpir o rechazar la aplicación de un tratamiento médico dirigido a salvar su vida (los llamados *right to die cases*); y, en segundo término y dando un paso más allá, sobre el denominado “derecho a la asistencia médica al suicidio” (*physician-assisted suicide*), esto es, el derecho del paciente a recibir ayuda médica para poner fin a su vida.<sup>12</sup> Con carácter enunciativo, se mencionan a continuación algunos casos relevantes a los que el lector de este trabajo se puede remitir para profundizar su estudio:

---

<sup>12</sup> JUANATEY, Carmen, *El derecho y la muerte voluntaria*, Fontamara, México, 2004, pp. 155-156

- a) Caso Karen Ann Quinlan (Derecho a morir).<sup>13</sup>
- b) Casos Janet Adkins y Jack Kevorkian (Eutanasia).<sup>14</sup>
- c) Caso Nancy Cruzan (Rechazo a recibir tratamiento para vivir artificialmente).<sup>15</sup>
- d) Caso Washington vs. Glucksberg (Prohibir el auxilio al suicidio no es inconstitucional).<sup>16</sup>

Mención aparte es ameritada en este breviarío por la *Oregon's Death with Dignity Act* que ha legalizado en ese estado el suicidio asistido por médicos en el caso de enfermos terminales, adultos y capaces. Dicha ley, en vigor desde 1997, permite a enfermos terminales, con un pronóstico inferior a seis meses de vida, y que sean residentes de Oregon, solicitar la prescripción de una dosis de sustancias letales para poner fin a sus vidas "de manera humana y digna". Dos médicos deben afirmar el carácter terminal e irreversible de la enfermedad y la condición terminal del paciente; la solicitud de recibir los fármacos letales debe ser formulada por escrito y ante dos testigos. El paciente puede rescindir la solicitud en cualquier momento y tras quince días de espera después de la última petición, el médico debe ofrecer al enfermo la posibilidad de renunciar. A partir de entonces, si el enfermo persiste en su decisión, el médico puede proceder a prescribir la medicación letal. Algunos datos arrojados a casi una década de la vigencia de la *Death with Dignity Act* muestran que:

- 246 personas, 131 hombres y 115 mujeres han ingerido medicamentos letales, bajo supervisión médica.
- El rango de personas que se acogen a esta ley es sumamente bajo, comparado con el total de decesos que se registran en Oregon: una de cada 800 personas.

---

<sup>13</sup> Para mayor información, <http://www.answers.com/topic/karen-ann-quinlan>

<sup>14</sup> Este caso se relata en KEVORKIAN, Jack, *Eutanasia*, Grijalbo, Barcelona, 1993

<sup>15</sup> Mayor referencia en <http://www.deathreference.com/Ce-Da/Cruzan-Nancy.html>

<sup>16</sup> Véase la resolución en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-110.ZS.html>

- El rango promedio de edad es de 69 años, aunque en diez casos, los pacientes estaban en un rango de entre 18 a 44 años.
- El 97% de los pacientes era de origen anglosajón y el 3% restante de origen asiático e indígena.
- El 45% eran casados; el 22% eran viudos; el 26% divorciados, y el 7% eran solteros.
- El 41% tenía estudios profesionales.
- El 80% sufría de tumores malignos. El porcentaje restante se divide en enfermedades respiratorias, esclerosis lateral y sida.
- El 94% de los enfermos decide morir en su hogar, el 4% en el hospital y el 2% restante en otros lugares.
- Los médicos que prescriben los medicamentos letales tienen un promedio de 22 años de práctica médica.
- En promedio, la relación entre el paciente y el médico dura 12 semanas.
- Normalmente, el tiempo transcurrido entre el llenado del formato de petición y la muerte es de 38 días.
- Los medicamentos letales utilizados en casi la totalidad de los casos son secobarbital y pentobarbital,<sup>17</sup> con dosis orales prescritas de acuerdo a las necesidades de cada paciente.
- En promedio, la muerte se registra 25 minutos después de la ingesta, aunque en dos casos, las muertes se presentaron 19.5 y 31 horas después de su consumo, y en otros casos, la muerte se registró transcurridos menos de 5 minutos.
- En el 95% de los casos no se ha presentado ninguna complicación después de la ingesta. En los casos restantes se presentaron vómitos esporádicos, y uno de los pacientes dijo que los medicamentos tenían “mal sabor”, pero en todos los casos, la muerte se registró dentro de los promedios establecidos.

---

<sup>17</sup> Ambos son barbitúricos que reducen la actividad del cerebro y del sistema nervioso. Tienen propiedades sedantes e hipnóticas que pueden ayudar a estar relajado y sentir sueño antes de una operación. Asimismo, pueden ayudar a tratar el insomnio si se lo usa durante períodos cortos de 2 semanas o menos.

- Ninguno de los pacientes ha efectuado llamadas a los servicios médicos de emergencia, después de haber ingerido la dosis letal de barbitúricos.<sup>18</sup>

Prácticamente desde sus inicios, la Ley de Oregon ha enfrentado un sinuoso camino de detracciones e impugnaciones jurídicas a su plena vigencia. Entre las impugnaciones de mayor fuerza se encuentra la que interpuso en 2001 el entonces Procurador General John Ashcroft, al amparo de una interpretación de la *Controlled Substances Act* de que prohíbe a los médicos la prescripción de sustancias controladas para su utilización en el suicidio asistido.<sup>19</sup> Todos los pacientes que han recibido prescripción médica bajo el régimen de la Ley para Morir con Dignidad, utilizaron barbitúricos, que son sustancias controladas, y cuyo uso puede ser prohibido. En las primeras dos instancias, ante un juez de distrito, y ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, respectivamente, el intento del procurador falló, y recurrió ante la Suprema Corte que en febrero de 2005 aceptó la atención del caso. El 17 de enero de 2006 el máximo tribunal estadounidense, en votación dividida 6 a 3, decidió que la *Death with dignity Act* no viola las regulaciones federales de la actividad médica. Esta resolución implica que el gobierno trató inadecuadamente de recurrir a la *Controlled Substances Act* para tratar de llevar a juicio a los médicos de Oregon que recetan dosis de medicamentos para quitarle la vida a un paciente. El ministro Anthony Kennedy, que escribió la opinión para la mayoría, dijo que el gobierno federal sí tiene autoridad para llevar ante la justicia a narcotraficantes y aprobar reglas a favor de la salud y la seguridad. Pero la Ley de Oregon, agregó, involucra solo a personas sumamente enfermas,

---

<sup>18</sup> State of Oregon Department of Human Services. Office of Disease Prevention and Epidemiology, *Eight Annual Report on Oregon's Death with Dignity Act*, March 9, 2006

<sup>19</sup> Se sancionaría a los médicos que intencionalmente prescriban, distribuyan o administren sustancias controladas con el fin de causar la muerte a una persona o de ayudarlo a causarle la muerte. Las sanciones previstas son la retirada de la licencia para prescribir dichos fármacos, sanciones civiles y penas de más de 20 años de prisión

con males incurables y en su pleno juicio, con una esperanza de vida de seis meses o menos. La decisión de la Suprema Corte confirmó el fallo de la 9ª Corte Federal de Apelaciones, que resolvió que el intento unilateral del Procurador General por regular las prácticas médicas generales, confiado históricamente a los legisladores de los estados, interfiere con el debate democrático sobre la eutanasia. En consecuencia, la Ley para Morir con Dignidad de Oregon permanece en vigor.

Adicionalmente, y sin lugar a dudas, el tratamiento que los Estados Unidos han dado a las disposiciones anticipadas son revolucionarias y abarcan un amplio espectro de posibilidades para las personas que deseen beneficiarse de ellas.

Las agencias gubernamentales han puesto empeño en la difusión del contenido y alcance de las *advance directives*, aunque aún no se ha reflejado su importancia en el número de personas que las han utilizado. En consecuencia, es importante la labor paralela efectuada por la *American Bar Association*, a través de su Comisión sobre la Ley y la Vejez (*Commission on Law and Aging*). En concreto, este importantísimo organismo gremial ha emitido guías y recomendaciones muy completas al servicio de todo interesado llamada *Health & Financial Decisions. Legal Tools for Preserving your Personal Autonomy*.

Entre las figuras jurídicas que se ofrecen a los estadounidenses están las siguientes:

a) El Poder Durable de Abogado (*Durable Power of Attorney*). Es un documento por el cual una persona (*the principal*) da autoridad legal a otra persona (*agent or attorney-in-fact*) para que actúe en su nombre. El término “durable” se refiere a que el agente puede actuar cuando el principal se vuelve incapaz. El Poder Durable de Abogado ofrece una manera simple de nombrar a un agente quien administrará todo o parte del patrimonio, ya sea en el ámbito monetario o financiero, o en el ámbito personal, o en ambos. Es muy importante tener en cuenta que en la mayoría de Estados de la Unión Americana, este Poder es durable solo si el documento declara que sus provisiones continuarán teniendo efecto aún después de que la incapacidad ocurra. Asimismo, se debe tomar en cuenta el proce-

dimiento necesario para determinar el momento en el que el principal se ha vuelto incapaz, y a pesar de que el agente debe atenerse a ciertas disposiciones legales, no existe una manera formal de supervisar sus acciones.

b) Fideicomiso (*Trust*). Un *trust* es un arreglo por el cual una persona o institución denominado fideicomisario (*trustee*), tiene el título de una propiedad para el beneficio de otras personas denominadas beneficiarios (*beneficiaries*). Es utilizado para el mantenimiento de la propiedad durante la vida, y es especialmente útil cuando la masa de la propiedad es grande y se necesita un manejo profesional de ella. El fideicomiso puede efectuarse para que sus cláusulas sigan teniendo efecto aún después de su muerte. Tiene una amplia aceptación entre la comunidad de negocios y de finanzas (*business and finance community*). Un fideicomiso que surte efectos para la administración del patrimonio durante la vida, se denomina Fideicomiso *Inter Vivos o Living Trust*.

c) Poder para el cuidado de la salud (*Health Care Power of Attorney*). Se trata de un documento similar al *Durable Power of Attorney* para la administración de la propiedad, pero en este caso está destinado exclusivamente a los asuntos sobre el cuidado de la salud. Se le conoce también como Poder de Salud o Poder para Cuidado Médico (*Health Care Proxy*)

d) Testamento Vital (*Living Will*). Es un documento con instrucciones que permite que una persona señale su voluntad concerniente a los tratamientos médicos que se desean recibir (especialmente cuando la única manera de mantener la vida artificialmente es con la utilización de aparatos y equipo médico) en caso que no sea posible expresar dicha voluntad por sí mismo.

El Testamento Vital precisa las preferencias en torno a los cuidados médicos que, en su caso, uno desea recibir. Es diferente al *Health Care Power of Attorney* porque el Testamento Vital no precisa de la designación de un agente, y en algunos estados únicamente se aplica casos de enfermedades terminales, o bien, cuando el enfermo se encuentra en estado vegetativo.

Sobre este tema, nos adherimos a las acertadas reflexiones

de nuestros distinguidos colegas Francisco Javier Arce Gargollo, Francisco Fernández Cueto y Barros, Tomás Lozano Molina, Othón Pérez Fernández del Castillo<sup>20</sup> y Alberto Pacheco Escobedo<sup>21</sup> quienes señalan, respectivamente, que esta figura surge como una medida de protección que las instituciones o agrupaciones de profesionistas médicos han diseñado y creado para permitir a sus miembros (médicos todos ellos) hacer frente al inmenso número de demandas a las que se han visto sometidos, promovidas por pacientes o por los familiares de éstos, como consecuencia de los trastornos físicos e incluso por el fallecimiento ocurrido por su tratamiento. Asimismo, señalan acertadamente que en este caso únicamente se está en presencia de obligaciones morales, que en algún caso concreto pueden servir de orientación a médicos o familiares, pero no en presencia de obligaciones jurídicas.

## 2.2. ESPAÑA

Hasta hace unos años la mayoría de los países europeos no contenían una normativa que reconociera efectos legales a las voluntades anticipadas. Sin embargo, en abril de 1997 emergió el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano” con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, mejor conocido como el *Convenio de Oviedo*, cuyo objeto es proteger al ser humano en su dignidad y su identidad así como garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. El artículo 6º, numeral 3

---

<sup>20</sup> ARCE GARGOLLO, JAVIER, FERNANDEZ CUETO BARROS, FRANCISCO, LOZANO MOLINA, TOMÁS, PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN, *et al*, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 111, México, Año XXXIX, abril de 1998

<sup>21</sup> PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, “El llamado Testamento Biológico (*Living Will*)”, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 111, México, Año XXXIX, abril de 1998.

del *Convenio de Oviedo*, intitulado “*Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento*” dispone que cuando una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Por su parte, el artículo 9° del convenio en comento dispone que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Derivado del avance allanado por el Convenio de Oviedo, a finales de 2000 se publicó la Ley 21/2000, de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica. Dicho cuerpo normativo es considerado como pionero, al menos en el sur de Europa y ha tenido repercusión en otras comunidades autónomas como en el parlamento español. Dicha ley tiene por objeto determinar el derecho del paciente a la información relativa a la propia salud y a su autonomía de decisión, y en su artículo 8° aborda las voluntades anticipadas, definiéndolas como el documento dirigido al médico responsable, en el que una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias concurrentes no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar un representante, que será el interlocutor válido y necesario para el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. En el segundo apartado del artículo 8° se dispone que ha de haber constancia fehaciente de que el documento se otorgó en las condiciones citadas anteriormente. En consecuencia, la Declaración de voluntades anticipadas se ha de formalizar mediante uno de los procedimientos siguientes: a) Ante notario. En este supuesto

no cabe la presencia de testigos. *b)* Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante ni estar vinculados con él por relación patrimonial.

Adicionalmente, en el tercer apartado del artículo 8° se menciona que no se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto haya previsto a la hora de emitirlos. En estos casos se ha de hacer la correspondiente anotación razonada en la historia clínica del paciente. Finalmente, se dispone que si hay voluntades anticipadas, la persona que las haya otorgado, sus familiares o su representante ha de entregar el documento que las contiene al centro sanitario en que el paciente es atendido. Esta documentación de voluntades anticipadas se incorporará a la historia clínica del paciente.

Tan pronto como esta ley fue promulgada, se detectó la necesidad de haber previsto un registro especial creado al efecto de recoger este tipo de documentos, cuestión que en su momento se solventó con la promulgación del Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de Voluntades Anticipadas. Dicho Registro de Voluntades Anticipadas se encuentra adscrito a la Dirección General de Recursos Sanitarios del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, en el que, a solicitud de la persona otorgante, se inscriben los documentos de voluntades anticipadas, independientemente de que se hayan emitido ante notario o testigos. El procedimiento de inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas es el siguiente: *a)* se inicia mediante solicitud de la persona otorgante del documento, en los términos que establece el decreto. La solicitud conlleva la autorización para el otorgamiento de los datos de carácter personal que se contengan en el documento de voluntades anticipadas al profesional médico responsable, en los términos de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, *b)* en caso que el documento de voluntades anticipadas se haya emitido delante de testigos, tiene que presentarse el original junto con

el escrito de solicitud de inscripción registral según la instancia-modelo que se establece en el anexo I del Decreto. Asimismo, tiene que adjuntarse como documentación complementaria una copia compulsada del documento nacional de identidad o del pasaporte, en vigor, de la persona otorgante y de cada una de las personas que hayan actuado de testigos, y *c)* en caso de que el documento de voluntades anticipadas se haya autorizado notarialmente previa identificación del otorgante, tiene que presentarse una copia autenticada, acompañada de un escrito de solicitud de inscripción registral que no tiene que ajustarse al modelo normalizado establecido en este Decreto, siendo suficiente que se hagan constar los datos que prevé en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de lo que prevé la disposición adicional única (art. 3).

Con referencia a la inscripción, los siguientes son los postulados fundamentales: *a)* corresponde a la persona titular de la Dirección General de Recursos Sanitarios autorizar o denegar la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas. La inscripción sólo puede denegarse, mediante resolución motivada, en caso de inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas, *b)* la inscripción en el registro es automática respecto de los documentos de voluntades anticipadas otorgados notarialmente previa identificación del otorgante. Excepto este supuesto, la persona responsable del Registro tiene que comprobar que el documento de voluntades anticipadas contenga la firma de los tres testigos que establece la legislación, así como la de la persona otorgante. Tiene que verificarse también la mayoría de edad de la persona otorgante y de los tres testigos, así como la veracidad de las firmas, mediante la compulsas de los documentos de identificación aportados de acuerdo con el artículo 3º del Decreto, y *c)* la inscripción en el Registro determina la incorporación por parte de la Dirección General de Recursos Sanitarios del documento de voluntades anticipadas en el fichero automatizado previsto por el Decreto (art. 4).

Por otra parte, existe consenso en considerar que la Ley

Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra, constituye una de las regulaciones más completas sobre los documentos de voluntad anticipada. Su Exposición de Motivos establece, como derecho de la libertad y autonomía de la voluntad de las personas usuarias de los servicios sanitarios, la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas.

Se parte de reconocer de manera explícita la posibilidad de que las personas puedan hacer un documento denominado de voluntades anticipadas, que deba ser respetado como tal, por medio del cual determinen sus voluntades antes de la intervención médica, por si no se encuentran en situación de expresarla. Es pertinente la transcripción del artículo 9º por la omni-comprensión del tratamiento otorgado a la declaración de voluntades anticipadas.

1. El documento de voluntades anticipadas es aquel dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente ley foral deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad, por medio del consentimiento informado, y que deben ser tenidos en cuenta por el médico responsable y por el equipo médico que le asista en tal situación. En las voluntades anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte. La persona, en las manifestaciones de las voluntades anticipadas y a tal efecto, puede designar a un representante para cuando no pueda expresar su voluntad por sí misma. Esta persona será la única interlocutora válida y necesaria con el médico o el equipo sanitario. En la declaración de voluntad anticipada, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación. En este supuesto, no se requerirá ninguna autorización para la extracción o utilización de los órganos donados.

2 El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo, como si se tratara de un testamento. Para su plena efectividad, el documento de la declaración de voluntades anticipadas deberá haber sido otorgado en las condiciones citadas en el apartado 1, formalizándose por alguno de los siguientes procedimientos.

a) Ante Notario. En este supuesto, no es precisa la presencia de testigos.

b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

3. Los médicos o equipos médicos destinatarios de la declaración de voluntades anticipadas no tendrán en cuenta las instrucciones que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la buena práctica clínica, a la mejor evidencia científica disponible o las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlos. En estos casos, debe hacerse la anotación razonada pertinente en la historia clínica. La Administración Sanitaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la voluntad anticipada del paciente recogida en el documento.

4. El documento que recoja la Declaración de voluntades anticipadas deberá ser entregado por la persona que lo ha otorgado, por sus familiares o por su representante al centro sanitario donde la persona sea atendida. Este documento deberá incorporarse a la historia clínica del paciente.

Otras leyes de valor en la península ibérica son:

- a) Ley 1/2003 de Valencia.
- b) Ley 7/2002 del País Vasco.
- c) Ley 5/2003 de Andalucía.
- d) Ley 8/2003 de Castilla y León.
- e) Ley Estatal 41/2002 de España.

### 2.3. OTROS PAÍSES

a) Reino Unido

Un hecho de gran importancia fue la entrada en vigor en abril de 2005 de la *Mental Capacity Act* —MCA—, que instaura

una “Corte de Protección”, *Court of Protection*, que garantizará jurisdiccionalmente la atención a las Directivas anticipadas, así como el “Guardián Público”, *Public Guardian*, que mantendrá un registro de las Directivas anticipadas.

b) Suiza

En este país, las directivas anticipadas se encuentran reguladas por la Ley de Salud Pública (*Loi sur la santé publique*), promulgada en mayo de 1985. De conformidad con esta ley, cualquier persona tiene derecho a redactar Directivas anticipadas para especificar el tipo de cuidados que quisiera recibir o no, en caso de que ya no estuviera en aptitud de poder expresar su voluntad. Asimismo, en virtud de estas directivas, el interesado puede designar a un representante terapéutico que quedará encargado de pronunciarse en su lugar sobre los cuidados a prodigarle en aquellas situaciones en las que no pueda expresarse por sí mismo.

c) Holanda

En abril de 2002, Holanda se convirtió en el primer país del mundo en legalizar la eutanasia voluntaria activa, lo que establece un patrón sin precedentes a nivel estatal para concebir decisiones anticipadas respecto a la propia vida. De la eutanasia se hará una mayor referencia en este breviarío. En el caso holandés, diversas resoluciones judiciales fueron configurando el camino que el legislador holandés siguió hasta desembocar en la ley reguladora de la “Verificación de la terminación de la vida a petición de a persona y del auxilio al suicidio”.

d) Canadá

En este país, el Código Civil de Québec organiza un régimen de protección del mayor incapaz mediante diversas vías alternativas, entre las que se encuentra el *Mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant*. El régimen de protección canadiense parte del principio de la presunción de capacidad y funciona en un marco de respeto de la persona del incapaz, atento a sus necesidades, pero tratando de evitar inútiles limitaciones a su autonomía.

### 3. DOGMÁTICA JURÍDICA IMPERANTE EN MÉXICO

#### 3.1. LA MADUREZ Y LA VEJEZ

En las tres primeras décadas del siglo pasado, el nivel de la mortalidad era alto al compararlo con otros países, sobre todo los más desarrollados. Se estima que en 1930 la esperanza de vida era de 36.2 años (35.5 para los hombres y 37.0 para las mujeres).

En esa época, la población del país todavía pagaba un pesado tributo a las enfermedades de carácter infeccioso: de los diez principales padecimientos responsables de la mortalidad, ocho eran de ese tipo. En contraste, la vida media de los mexicanos es en la actualidad cercana a los de 75 años (73.4 años la masculina y 77.9 años la femenina), es decir, más del doble que hace 76 años y cada vez más cerca de las naciones con mayores índices de sobrevivencia, al tiempo que en la actualidad sólo una de las diez principales causas de muerte en México es de tipo infeccioso (neumonía e influenza). El descenso de la mortalidad general ha sido de tal magnitud que la reducción global del riesgo de fallecer, acumulada de 1930 a 2004, ha sido de 83.7 por ciento en los hombres y de 86.5 por ciento en las mujeres.

La primera conclusión lógica de lo anterior es que nuestro país está envejeciendo, lenta pero continuamente. El envejecimiento es resultado de una serie de dinámicas que se presentan de manera desigual en cada país. Mientras en Uruguay, el país más envejecido de América Latina, hay más de 50 personas mayores de 65 años por cada 100 menores de 15 años, en México hay actualmente sólo 15, de acuerdo con las proyecciones de población del Consejo Nacional de Población (CONAPO). No obstante, durante los próximos 50 años el proceso de envejecimiento se acelerará, de tal forma que mientras en Cuba habrá 170 mayores de 65 años por cada cien menores de 15, en México dicho proceso será tan rápido que a mediados del siglo XXI habrá 121. Mientras a Francia le tomó 250 años alcanzar un

porcentaje de 16 por ciento de población adulta mayor, a México le tomará sólo 40 años, de modo que nuestro porcentaje de población envejecida se asemeja en la actualidad al de Francia a mediados del siglo XVIII, en tanto que hacia 2050 el porcentaje será similar en ambos países.

Envejecer es la creciente incapacidad del cuerpo de una persona de mantenerse por sí solo y realizar las cosas que hacía antes. El resultado es que con el paso del tiempo aumenta la de fallecimiento. Aunque esta definición describe el proceso biológico, no explica el porqué envejecen las personas. Las teorías del envejecimiento se refieren al proceso de envejecimiento primario, que implica los cambios graduales e inevitables relacionados con la edad que aparecen en todos los miembros de una especie. Este tipo de envejecimiento es normal y sucede a pesar de la salud, el estilo de vida activo y el carecer de enfermedades. Por su parte, el envejecimiento demográfico no se refiere sólo a la acumulación de población en las edades avanzadas, sino de los niveles de vulnerabilidad que se relacionan con la vejez, como la pérdida de la salud, la disminución de la autonomía individual, la menor adaptabilidad a los cambios sociales y tecnológicos, y la mayor dependencia económica, entre otros.

Las investigaciones señalan que se empieza a envejecer antes de los 65 años. Ya para fines de la cuarta década, hay declinación en la energía física. También aumenta la susceptibilidad a las enfermedades e incapacidades. Finalmente, de una manera inexorable, unos antes y otros después, viene la declinación general. El individuo acaba retrayéndose de las actividades. Depende mucho de los que le rodean. Si las relaciones con otros son tirantes, el anciano busca el aislamiento y la soledad. El temperamento puede tornarse agrio. Surge en muchos casos la mala salud física. Los ingresos económicos pueden ser insuficientes. Hay una multitud de problemas de índole social y psicológica que cae sobre el anciano y sus familiares, la situación no es fácil para la persona vieja ni para sus relacionados. El anciano no quiere constituir un estorbo. Para los familiares, el hecho de tener la responsabilidad de personas mayores constituye un serio impedimento en el dis-

frute de sus afanes de vida y en la realización de sus proyectos y aspiraciones. Se puede llegar a viejo sin problemas de salud físicos, ni mentales, todo depende del estado que mantenga previamente una persona. Si bien es cierto que del proceso de envejecimiento no está libre de problemas, la enfermedad no es exclusiva de la vejez como no lo es la salud de la juventud.

### 3.2. SALUD Y ENFERMEDAD

Al igual que otros muchos conceptos de carácter universal, la enfermedad no escapa de ser objeto de diversas interpretaciones o significados según la disciplina o cultura que la estudie. Para la ciencia médica, la enfermedad es fundamentalmente un trastorno biofísico causado a su vez por factores biofísicos (desde los virus hasta los traumas, la predisposición biogenética y los agentes ambientales desencadenantes). Una interpretación psicológica consistiría en que las emociones reprimidas provocan enfermedades, y bajo un enfoque holístico, la enfermedad es el producto de un conjunto de factores, tanto físicos, como emocionales, mentales y espirituales, ninguno de los cuales puede ignorarse ni considerarse aisladamente, y desde este punto de vista, cualquier tratamiento debe tener en cuenta todas estas dimensiones considerando que el ser humano tiene dimensión física, mental, emocional y espiritual. Desde luego, la ponderación atribuida a las distintas causas, es variable de persona a persona.

Lo importante para nosotros es destacar que en la enfermedad terminal el enfermo no es potencialmente curable. La Sociedad Española de Cuidados Paliativos concibe a una enfermedad terminal como aquella en la que concurren una serie de características que son importantes no sólo para definirla, sino también para establecer adecuadamente su terapia. Los cinco elementos fundamentales de una enfermedad terminal son:

1. Presencia de una enfermedad avanzada progresiva, incurable.

2. Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico.

3. Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos múltiples, multifactoriales y cambiantes.

4. Gran impacto emocional en pacientes, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte.

5. Pronóstico de vida inferior de seis meses.

Y nosotros agregaríamos un sexto: que los anteriores factores conlleven al enfermo a un período de incapacidad previa a la muerte que es, precisamente, el tema al que procuramos dar una respuesta en el presente breviarío.

Como hemos acotado, la esperanza de vida en nuestro país se ha elevado al nivel de la mayor parte de los países más desarrollados del mundo. Sin embargo, esto no conlleva únicamente una modificación importante en la pirámide poblacional y en el sistema de pensiones (aspectos de suyo, de gran trascendencia), sino que aumentará considerablemente el número de personas que ante sus propios y naturales procesos entrópicos precisarán de instituciones jurídicas novedosas y confiables que les ofrezcan la seguridad y certeza que ellos precisen para adoptar decisiones de la mayor importancia.

En el ordenamiento jurídico mexicano no se cuenta con un sistema integral para la elaboración de disposiciones frente a la propia incapacidad. Sin duda, dado el panorama que hemos reseñado, esta situación es desoladora, no solo para las personas en edad avanzada, sino para cualquier persona de cualquier edad que goce de salud y plena capacidad. Esto lo afirmamos sabiendo de las impredecibles eventualidades que pueden ocurrir en cualquier momento. En efecto, como hizo Séneca al invocar a la diosa fortuna, es menester ser precavidos y tener en mente que en cualquier momento puede ocurrir cualquier cosa.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> "Nada hay que no deba ser previsto, nuestro ánimo debe anticiparse a todo acontecimiento y pensar no ya en todo lo que suele suceder, sino en todo lo que puede suceder" *Epístolas Morales a Lucilo* (91.4)

### 3.3. LA AUSENCIA DE DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD EN EL DERECHO MEXICANO. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

Son diversos los foros y los analistas coincidentes en afirmar que sorprende que en la gran mayoría de los países del mundo, en especial en los herederos directos de la tradición jurídica romana, no se hayan adoptado las medidas concernientes a la instauración de un régimen sobre las disposiciones ante la propia incapacidad.

En el examen de la viabilidad de las disposiciones frente a la propia incapacidad, adquieren particular relevancia los artículos 4° y 24° constitucionales. El párrafo tercero del artículo 4° constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud, y este es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata, como señala Carbonell, de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado.<sup>23</sup> El derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud. Tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen. En nuestro país, además de lo dispuesto por el artículo 4° constitucional, el tema de la salud aparece también en el artículo 2° constitucional, apartado B, que entre las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas, establece la de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en

---

<sup>23</sup> CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa-CNDH, México, 2004, p. 814

especial para la población infantil. El propio artículo 2º, apartado B, fracción VIII impone la obligación de mejorar las condiciones de salud de las mujeres indígenas migrantes.

El artículo 24 constitucional establece la libertad religiosa en los siguientes términos: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley...” Este precepto constitucional, parece un tanto reductivo frente a los textos constitucionales de otros países, que contemplan de forma más amplia a la libertad ideológica. El artículo 24 se limita a establecer la libertad de culto religioso, lo que siendo de la mayor importancia, no es sino una parte de aquella otra libertad mencionada. No obstante, como bien apunta el Doctor Diego Valadés, en México la tolerancia religiosa es uno de los principios que más tiempo y sufrimiento costó conquistar; una guerra civil en el siglo XIX y otra en el XX, dan cuenta de las dificultades que fue necesario superar y el encono a que se llegó. La escisión segó vidas y mantuvo a la sociedad dividida por décadas.<sup>24</sup>

Por su parte, la libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. La libertad ideológica protege las manifestaciones externas de los ideales que se forjan en el fuero interno de cada persona.<sup>25</sup> Las manifestaciones externas que conforman el ámbito protegido por la libertad ideológica son, al menos, las siguientes:

- La libre tenencia de opiniones y creencias.
- Derecho a pertenecer a grupos y asociaciones orientados por convicciones y creencias.
- Derecho a no declarar sobre la propia ideología o sobre las creencias personales.

---

<sup>24</sup> VALADES, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, UNAM, México, 2002, p. 89

<sup>25</sup> CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p. 514

- Libre conformación de opiniones, convicciones y creencias.
- Libertad de comunicación de ideas y opiniones.
- Libertad para arreglar la propia conducta a las creencias u opiniones que se tengan.

Este último aspecto es de suma importancia en el estudio del contenido y alcance de las disposiciones para la propia incapacidad ya que implica la libertad de practicar los cultos religiosos en los que se crea, así como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con alguna obligación que sea contraria a nuestras creencias. Este aspecto de la libertad religiosa supone, con algunas excepciones, la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos que sean contrarios a sus creencias; las excepciones se pueden dar cuando se trate de menores de edad; cuando la persona no tenga la posibilidad de manifestar con claridad su pensamiento y no hubiese efectuado disposiciones previas; cuando se acredite un estado de necesidad que ponga en peligro un bien protegido constitucionalmente (como puede ser la vida). Por ejemplo, un juez puede ordenar una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente.<sup>26</sup>

Para los efectos de este breviarío, un tema polémico de gran importancia cuya disyuntiva se encuentra pendiente en nuestro país es el de la objeción de conciencia, que tiene por objeto eximir del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley en virtud de que dichos deberes pueden afectar a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa de algunas personas. En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar. La objeción de conciencia pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho: el de la obediencia al derecho. La pregunta fundamental es: ¿debemos cumplir una ley que nos obliga

---

<sup>26</sup> Esto, a pesar de que el artículo 1º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país, y que nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes

a dejar de un lado nuestras creencias filosóficas o religiosas más profundas? Desde luego, es obvio que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión no puede alcanzar para eximir a alguna persona de cumplir con un deber que le impone la misma Constitución, pero ¿qué sucede con los deberes que impone un ordenamiento subconstitucional?

### 3.4. LA PÉRDIDA DE LA VIDA Y LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN LA LEY GENERAL DE SALUD

Para nuestro ordenamiento jurídico en legislación civil, la pérdida de la vida se vincula, con la desaparición de una persona, por un tiempo prolongado. En el Título Undécimo del Código Civil del Distrito Federal (CCDF), se contienen las disposiciones relativas a los ausentes e ignorados, y señala que cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes dictando las medidas necesarias para asegurarlos (art. 649 CCDF). De no aparecer la persona en un plazo que oscila entre tres y seis meses, se nombra un representante (art. 654 CCDF).

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia (art. 669 CCDF), y cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte. Tratándose de individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia. Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del acontecimiento,

para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte (art. 705 CCDF).

Por otra parte, cuando la persona se encuentra presente, la pérdida de la vida es regulada por la Ley General de Salud (LGS), que fue reformada en este rubro en mayo de 2000 y en abril de 2006, cuando el Senado de la República aprobó el Proyecto de Decreto por el que se reforman los Artículos 338 fracción V, 343, 344 y 345 de la Ley General de Salud.

En cuanto a la pérdida de la vida, la LGS considera dos grandes supuestos: la muerte encefálica (antes denominada muerte cerebral), y el paro cardíaco irreversible. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 343, se debe descartar que los signos de la muerte cerebral sean producto de intoxicaciones agudas. En efecto, algunas intoxicaciones por medicamentos pueden ser tan graves que una persona podría aparentar estar encefálicamente muerta incluso después de haberla sometido a sofisticadas pruebas de funcionamiento del cerebro. En estos casos, si se mantiene al paciente vivo con un respirador hasta que desaparece el efecto de los medicamentos, a veces es posible una recuperación total.

Para la corroboración de la muerte encefálica, la LGS remite a la realización ya sea, de una angiografía encefálica bilateral, de un electroencefalograma, o bien de un ultrasonido de cuello con Doppler como pruebas testimoniales de la ausencia de circulación y actividad eléctrica en el cerebro.

Otro tema de peculiar sensibilidad para los fines de este breviarío es la donación de órganos. Indudablemente, para el Derecho, como atinadamente lo afirma la Ministra Sánchez Cordero, es un acto *sui-generis*;<sup>27</sup> baste recordar que el contrato de donación en nuestra legislación implica una transmisión de derechos, generalmente de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes que están dentro del comercio, lo que no

---

<sup>27</sup> Participación de la Señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villagas, en la documentada y actualizada Conferencia Magistrada organizada por la Asociación de Mujeres Profesionales en Derecho del Estado de Yucatán "Abogada Antonia Jiménez Trava, A.C.", en el auditorio del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, el 23 de mayo de 2003.

ocurre en este caso. Los órganos, tejidos y células del cuerpo humano, por disposición expresa del artículo 327 de la LGS, no son susceptibles de comercialización, agregando dicho dispositivo que la donación de éstos se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. Por estas razones, no puede sostenerse validamente que la donación de órganos se equipare a un contrato típico de donación, sino que, atendiendo a las diferencias substanciales entre uno y otro, debe concluirse que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter atípico, o bien de una declaración unilateral de la voluntad, según sea el caso, que escapa al ámbito de lo puramente civil y se inserta en otros ámbitos del derecho, como pudiera ser el derecho a la salud, pues es en ese derecho esencial que encuentra básicamente su regulación y fundamento.

Puede existir el acuerdo expreso de voluntades entre el donante del órgano y el receptor del mismo, o bien puede realizarse este consentimiento de manera unilateral, es decir, en los casos en que el donante no tenga conocimiento de la persona a la que se le va a trasplantar el órgano, pero acepta las consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados. Esta circunstancia es una característica que hace única y especial la relación jurídica de la donación de órganos, pues en el contrato civil tradicional de donación, uno de los requisitos esenciales es que el donante conozca que el donatario está de acuerdo en serlo, lo cual, como es claro, no ocurre en este caso.

Por otra parte, la LGS, en el artículo 324, hace referencia al consentimiento tácito, en los siguientes términos:

ART. 324.—Habrà consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada. El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de

los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes. Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.

Como es posible apreciar, la voluntad del directamente interesado sigue sin ser cabalmente tomada en cuenta porque su consentimiento tácito debe pasar por el tamiz de sus familiares. En consecuencia, y de manera similar a lo que ocurre en el artículo 345 LGS, no han sido tomadas en cuenta las disposiciones que haya efectuado anticipadamente.

El consentimiento tácito sólo se aplicara para donación de órganos y tejidos confirmada la pérdida de la vida del donador (artículo 325 LGS) y, en consecuencia, no se estará en el caso de su celebración *inter vivos*. Pero tanto el consentimiento expreso como el tácito tienen algunas restricciones (artículo 326 LGS) Por ejemplo: no será válido el consentimiento otorgado por menores de edad incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente. No se prevé, desde luego, el supuesto de la existencia de alguna instrucción que la persona haya efectuado mientras era capaz.

Finalmente, en materia de trasplantes, la última parte del artículo 332 de la LGS dispone que en el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte. Por lo tanto, no hay ningún supuesto que permita asomar la posibilidad a los incapaces de donar órganos o efectuar disposición alguna en la materia mientras sean capaces.

Por lo anterior, el examen de la LGS nos permite concluir que no contiene figura alguna que se pueda asimilar a disposiciones que una persona haya efectuado en previsión de su propia incapacidad.

### 3.5. LA TUTELA Y LA INTERDICCIÓN

En su estudio sobre la tutela,<sup>28</sup> Carlos Rendón Ugalde señala que nuestro Código Civil del Distrito Federal (CCDF) no

---

<sup>28</sup> RENDON UGALDE, Carlos, *La Tutela*, Porrúa, México, 2001, 273 pp

establece una definición, limitándose a señalar, en su artículo 449 cuál es su objeto: “la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos”, así como “la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley”.

Respecto a las clases de tutela, el artículo 461 del CCDF señala que puede ser testamentaria, legítima o dativa.

1) *Tutela testamentaria*. Es la más importante al derivar directamente de la voluntad testamentaria para realizar la función de tutor. El artículo 470 del CCDF dispone que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo. Tienen derecho a nombrar tutor por testamento: el ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad; el padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado; el adoptante, y el que deja bienes por testamento a un incapaz. En el ámbito de la tutela testamentaria, un ligero atisbo que parece tomar en cuenta la voluntad de quien ejerce la tutela, en previsión de su propia incapacidad, se encuentra en el artículo 475-Bis del CCDF que establece que el ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, del CCDF, que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aún las que se encuentren realizadas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos: a) La muerte del ascendiente, b) discapacidad mental del ascendiente, o c) debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.

2) *Tutela legítima*. Es la que tiene lugar cuando no existe el nombramiento de un tutor testamentario, o el que hay es ine-

ficaz. Esta tutela es regulada en la ley de tres maneras, de acuerdo al sujeto pasivo de la misma.

- Menores que tienen familiares. Se configura cuando los menores quedan sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario. Esta, por ley, corresponde: I. a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; II. por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela (art. 483 CCDF) Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección (art. 484 CCDF) Esta situación es verdaderamente paradójica ya que, al igual que lo previsto en el artículo 496 del CCDF (que se refiere a la tutela dativa), son los únicos casos en los que se toma el parecer del interesado, sin embargo, al manifestar su voluntad, el interesado lo hace cuando éste es incapaz.
- Mayores incapacitados (arts. 486-491 CCDF) Si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su cónyuge. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre solteros; habiendo varios con aptitudes, el juez elegirá. Si el incapacitado es un soltero sin hijos o cuyos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus progenitores, el padre o la madre, debiéndose ambos de poner de acuerdo. Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores o progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente: los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiéndose al más apto.
- Menores abandonados y acogidos (arts. 492- 494 CCDF) La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no

pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos. En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al ministerio público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

3) *Tutela dativa*. Al igual que la anterior, tiene un carácter subsidiario ya que tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima; cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente para la legítima, y cuando se confiere para la atención de asuntos judiciales del menor emancipado. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez de lo familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla (art. 496 CCDF). Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas del Distrito Federal oyendo al ministerio público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor (art.497 CCDF).

Como hemos visto, de las tres categorías de tutela, ninguna contiene previsión alguna que se pueda asimilar a disposiciones para la designación de un tutor que una persona haya efectuado en previsión de su propia incapacidad, salvo el dispuesto paralelo de la tutela testamentaria establecido en el artículo 475-Bis ya referido.

Conforme al artículo 462 del Código Civil del Distrito Federal y 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ninguna de ellas puede conferirse sin que previamente se declare judicialmente el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a sus efectos.

Con referencia a la interdicción, debemos precisar que se trata de un estado de incapacidad para obrar, que es declarado

por el juez de lo familiar respecto de aquellas personas mayores de edad que no pueden gobernare por sí mismas, por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia, o limitadas físicamente para externar su voluntad. En el Distrito Federal, la ley señala que el juez de lo familiar, con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela. La declaración de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal, pueden pedirse: por el menor si ha cumplido 16 años; por su cónyuge; por sus presuntos herederos legítimos; por su albacea, y por el ministerio público. La consecuencia primordial del estado de interdicción es la restricción de la capacidad de ejercicio y la necesidad de la representación legal para llevar a cabo todos los actos inherentes a la persona y a los bienes del incapaz. Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor (art. 635 CCDF). Dicha nulidad sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ella (art. 637 CCDF).

### 3.6. LA TUTELA PREVENTIVA

Como hemos visto, las figuras anteriores restringen a la persona la autonomía de su voluntad para autorregular situaciones de pérdida de capacidad, a fin de hacer prevalecer la voluntad de la ley y sea ésta quien decida sobre el futuro del patrimonio de la persona que siendo capaz, devengue en incapaz. Fernando Cárdenas, en su documentado y actualizado estudio sobre la representación derivada de las disposiciones para la

propia incapacidad,<sup>29</sup> advierte que en la práctica esta situación ocasiona problemas, como pueden ser:

a) Inmoviliza el patrimonio económico del incapaz, ya que por disposición de la ley el mismo debe ser conservado ante la imposibilidad de su titular para decidir sobre sus bienes. Esto ha ocasionado que los bienes permanezcan ociosos en perjuicio de la circulación de la riqueza. En consecuencia, el patrimonio económico deja de ser productivo al sujetarse al régimen estricto y rígido de la tutela legal. Se pone en marcha un sinnúmero de requisitos legales, burocráticos y costosos.

b) Generalmente la persona que desempeña la tutela puede no ser la indicada, ya que tal vez no tiene la capacidad para cuidar a la persona y administrar correctamente los bienes pertenecientes al incapaz. Y toda vez que la tutela es obligatoria, parece acertado considerar que un tutor que actúa por un deber impuesto por la ley o por el juez, no actuará con el mismo esmero que una persona que actúe por afecto, por lealtad,

c) Se priva a la persona del derecho de decidir sobre sí mismo y respecto a sus bienes ante la eventualidad de resultar incapaz.

Como hemos visto, el avance de la ciencia y de la tecnología permite afirmar enfáticamente que una persona tiene los elementos cognitivos suficientes para hacer previsiones razonables sobre su propia incapacidad. En consecuencia, consideramos que corresponde precisamente a la persona efectuar las disposiciones que estime pertinentes para designar al tutor que de mejor manera pueda responder a sus intereses.

Las denominaciones a la tutela preventiva ante la propia incapacidad son variadas: tutela voluntaria, autotutela, auto designada, etcétera, pero parten de la misma raíz: la búsqueda del respeto irrestricto de cada persona para que pueda levantar la mano sobre sí misma.

En nuestro país tan solo son tres las entidades federati-

---

<sup>29</sup> CARDENAS GONZALEZ, Fernando Antonio, *La representación derivada de las disposiciones para la propia incapacidad*, OGS Editores, México, 2004, pp. 16-18

vas que cuentan con esta figura: Morelos (tutela preventiva, arts. 294, 319-321 CC), Coahuila (tutela autodesignada, arts. 558 y 616 CC) y México (tutela voluntaria, arts. 4240, 4269-4273 CC). No obstante, esperamos que estas experiencias provoquen un efecto multiplicador en el resto de los sistemas jurídicos locales de la República.

### 3.7. OTRAS FIGURAS

Existen diversas figuras en el derecho positivo mexicano que tan solo resuelven parcialmente algunos de los principales temas adheridos a la propia incapacidad, y una de nuestras mayores preocupaciones es la escasa atención que nuestro ordenamiento jurídico presta a la propia voluntad. En efecto, los distinguidos notarios Javier Arce Gargollo, Francisco Fernández Cueto Barros, Tomás Lozano Molina, Alberto Pacheco Escobedo, y Othón Pérez Fernández del Castillo, han efectuado un análisis muy interesante de cada una de estas figuras y exponen sus críticas a cada una de ellas.<sup>30</sup>

#### El testamento

Como lo señala Javier Arce Gargollo en su magistral conferencia sobre el tema, la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte tiene a su favor el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio. El fundamento está en el derecho de propiedad y en la institución de la familia. La configuración del testamento, como acto jurídico *mortis causa* nos viene del Derecho Romano, como una de las creaciones más perfectas del Derecho privado.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ARCE GARGOLLO, JAVIER, FERNANDEZ CUI TO BARROS, FRANCISCO, LOZANO MOLINA, TOMÁS, PACHFCO ESCOBEDO, ALBERTO Y PFRZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 111, Año XXXIX, abril de 1998

<sup>31</sup> ARCE GARGOLLO, JAVIER, *Aspectos prácticos en la elaboración de testamentos*, Conferencia magistral dictada en la Ciudad de México, el 13 de mayo de 2006

Partiendo de la propia definición del testamento, que surte efectos después de la muerte del otorgante, es lógico que, al ser efectuado por una persona capaz, no puede tomar en consideración la fase de incapacidad que antecede a la muerte. En consecuencia, queda claro que esta figura ancestral del derecho, no puede establecer disposiciones concernientes a un período de incapacidad previo a la muerte, y si bien se podrían efectuar por su conducto disposiciones de los órganos, consideramos que no es lo más aconsejable ya que el testamento en muchos casos se conoce después de la muerte del testador y para ese momento los órganos del mismo no son aptos para ser trasplantados.

En todo caso, esta figura se trae a colación ante el intento de traducir del inglés al castellano el *living will* como “testamento vital”. Estamos en desacuerdo con este concepto, pues hacer referencia a un testamento vital es un contrasentido, a la luz de la propia definición que hemos visto del testamento. Preferimos, en todo caso, hacer referencia a “Disposiciones vitales”.

### La representación

La representación puede definirse como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. Julien Bonnecase ha distinguido entre representación legal y asistencia en función de la causa y grado de incapacidad del representado. Es representación cuando el incapaz no puede manifestar su voluntad o no actúa en absoluto, sino por medio de otra persona, como cuando se está sujeto a la patria potestad o tutela. Es asistencia cuando el incapaz actúa bajo el control o con la colaboración de otra persona, como la curatela, la autorización judicial que requiere el emancipado para la enajenación, el gravamen y la hipoteca de bienes raíces; la autorización necesaria del menor para contraer matrimonio o para aportar bienes a la sociedad conyugal.<sup>32</sup> Bernardo Pérez

---

<sup>32</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Porrúa, México, 1972, p. 169.

Fernández del Castillo nos recuerda que la representación voluntaria se ha clasificado en directa e indirecta. La primera se refiere a la actuación de una persona en nombre y representación de otra, en cuyo caso, los efectos jurídicos y patrimoniales recaen sobre el representado, estableciendo entre éste y el tercero una relación directa e inmediata. Se llama indirecta cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra, quien, frente a terceros, adquiere personalmente los derechos y obligaciones como en el mandato, la prestación de servicios, el fideicomiso, etc.<sup>33</sup> Por su parte, en su excelente obra sobre los contratos civiles, Miguel Ángel Zamora y Valencia<sup>34</sup> enuncia las características del mandato:

1) Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos.

2) Los actos que debe ejecutar el mandatario, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales.

3) Los actos jurídicos que realice el mandatario, como consecuencia del contrato, siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediata o mediatamente repercutirán en el patrimonio, o en general, en la esfera jurídica de éste.

4) Por último y desde un punto de vista negativo, el mandatario no obra siempre e indefectiblemente a nombre del mandante, pues puede obrar a nombre propio.

Es frecuente la confusión entre el mandato y el poder, pero es claro que el mandato es un contrato, esto es, un acuerdo entre dos o más personas, mientras que el poder es una declaración de voluntad recepticia, que configura el mandato en el momento en que el apoderado lo acepta o ejercita los actos que le fueron encomendados. El mandato, una figura muy estudiada por la doctrina, es un contrato principal, bilateral, oneroso, con forma restringida, *intuitu personae*.

---

<sup>33</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, Porrúa, México, 1996, pp 13-14

<sup>34</sup> ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, Porrúa, México, 2002, p 285.

En cuanto a las formas de terminación del mandato, el artículo 2595 del Código Civil del Distrito Federal las enuncia como sigue:

- I. Por la revocación;
- II. Por la renuncia del mandatario;
- III. Por la muerte del mandante o del mandatario;
- IV. Por la interdicción de uno u otro;
- V. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido;
- VI. En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672 (referente a la declaración de ausencia).

Como se puede apreciar, la fracción IV del artículo 2595 del Código Civil impone un candado a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad. Hemos visto anteriormente que otros sistemas jurídicos, como el de Quebec, ofrecen la oportunidad a la persona capaz de autorregular o prever las situaciones propias de su incapacidad conforme a la autonomía de su voluntad, en aras de dar solución a las necesidades de la población, cada vez más senecta y no por ello, menos previsora.

En cuanto a la figura del mandato en nuestro país, nuevamente, la legislación civil del Estado de Coahuila va un paso adelante, y rompe el dogma que dispone que el mandato termina con la interdicción del poderdante, disponiendo la siguiente excepción:

ART. 3054.—El mandato termina:

...

IV. Por la interdicción del mandante, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del artículo 2998 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz. Discernida la tutela de éste, el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo.

...

El artículo 2998 CCEC se refiere al poder para tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del poderdante, en los siguientes términos:

ART. 2998.—El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun

cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocable por el mandante capaz en todo momento, sin necesidad de que la revocación revista la misma forma de la autorización. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.

En consecuencia, en Coahuila existe el mandante interdicto, cuyas decisiones son respetadas, y alineando este precepto con los concernientes a la tutela autodesignada, se colige que el resto de los derechos de la personalidad del poderdante que deviene en incapaz quedan sujetos al sistema de protección tutelar, salvo lo referente al tratamiento médico y el cuidado de la salud del poderdante.

### La renta vitalicia

En su documentado tratado sobre los contratos, el doctor Joel Chirino Castillo reconoce el carácter aleatorio de este contrato, por el cual el deudor pensionario se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, recibiendo a cambio, por parte del constituyente, la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o inmueble cuya propiedad se transmite por efecto del contrato.<sup>35</sup>

Por medio de este contrato, una persona capaz puede destinar ciertos bienes o cantidad de dinero a una renta vitalicia, sujeta a la condición de su incapacidad. El incapaz, durante su vida puede recibir periódicamente una cantidad de dinero, pero esto se limita al aspecto patrimonial y no quedan resueltos ni la administración de esas cantidades periódicas ni el cuidado de la persona o de su salud.

Consideramos que ésta figura no puede quedar fuera del ámbito de las disposiciones en previsión de la propia incapacidad ya que tiene una esencia autoprotectora. Por tanto, es

---

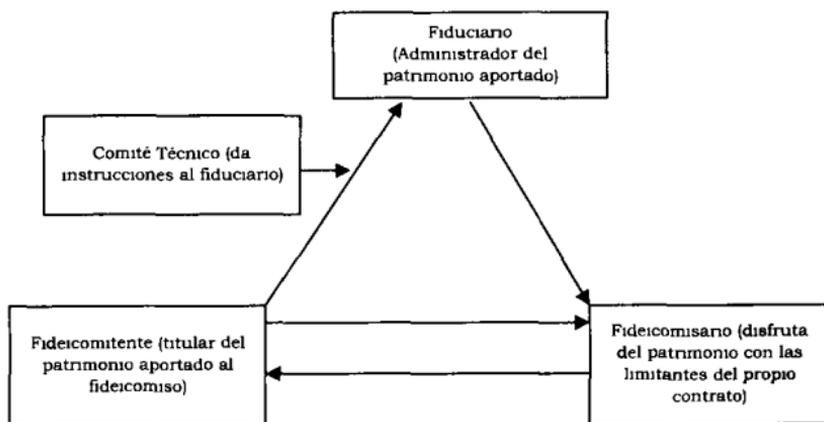
<sup>35</sup> CHIRINO CASTILLO, Joel, *Derecho Civil III Contratos civiles*, Mc Graw Hill, México, 1996, p. 237

menester que este contrato vaya acompañado de otros elementos complementarios para dichos efectos. Es conveniente que para el caso de que el receptor de la renta deviniere incapaz se incluya en el contrato —bien formando parte del mismo o bien se haga en un documento notarial complementario— previendo la circunstancia de la futura incapacidad, el nombramiento de una persona de la total confianza del pensionista otorgándole cuantas facultades sean necesarias para poder cumplir y poder exigir el cumplimiento fiel y exacto del negocio jurídico hasta el último día de la vida del acreedor de la renta, o bien, mientras dure su incapacidad.

Es posible aseverar que la renta vitalicia es un instituto que puede ayudar a resolver las cuestiones patrimoniales del eventual incapaz, esto es, el contrato puede tener como efecto que una persona en estado de incapacidad, durante el resto de su vida, pueda recibir periódicamente una pensión, aunque esto se limita al aspecto patrimonial y no resuelve ni los aspectos administrativos inherentes a dichas cantidades, ni el cuidado de la salud de la persona.

### El fideicomiso

Es posible representar esquemáticamente al fideicomiso y sus elementos personales de la siguiente manera:



El fideicomitente y el fideicomisario pueden ser una misma persona, por ejemplo, se constituye un fideicomiso revocable que se convierte en irrevocable en el momento en que el fideicomitente devengue en incapaz, y en ese supuesto, éste pasará a ser fideicomisario.

Para los fines de este breviarío, tiene relevancia el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) al referir que, en cuanto a sus derechos, el fideicomisario tendrá además de los que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

La ley reconoce la existencia de fideicomisos constituidos a favor de una persona incapaz. Sugerimos que este negocio jurídico mercantil podría utilizarse en el sentido de que una persona capaz como fideicomitente aporte a una fiduciaria, en forma revocable ciertos bienes para que la institución fiduciaria lleve a cabo los fines de dicho fideicomiso que serían proveer de fondos a la persona que designe el comité técnico para atender las necesidades del fideicomisario que sería el propio fideicomitente cuando fuese incapaz, condición que traería como consecuencia que el fideicomiso se convierta en irrevocable. Esto tiene fundamento legal y puede ser obligatorio para las partes.

Sin embargo, hay aspectos que no son resueltos en su totalidad como lo relativo al cuidado de la persona o de la salud y la enorme dificultad que implica aportar todos los bienes o una parte importante de ellos a una institución fiduciaria por un largo plazo, y generalmente indeterminado. Por otra parte, el fiduciario actuando por instrucción del comité técnico no es un instrumento ágil para tomar medidas urgentes, por ejemplo, cuando el fideicomisario incapaz se encuentra en el quirófano.

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

### 4.1. ENUNCIACIÓN PRELIMINAR

Enunciaremos nuestras propuestas que implican a los siguientes aspectos:

- 1) Disposiciones concernientes a la vida y la salud, donaciones y transplantes.
- 2) Tutela autodesignada.
- 3) Mandato en previsión de la propia incapacidad.

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

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

Etimológicamente, *eutanasia* viene del griego *eu* (bien) y *thanatos* (muerte), y significa, primariamente, buena muerte,<sup>36</sup> muerte apacible, sin sufrimientos, el acto de provocar una muerte tranquila y sin dolor en una persona.<sup>37</sup> Consideramos oportuno

---

<sup>36</sup> Pérez Valera acota que lo bueno de la raíz griega no implica un juicio ético PÉREZ VALERA, Víctor, *Eutanasia ¿Piedad? ¿Delito?*, Jus, México, 1989, p. 22

<sup>37</sup> Asimismo, se afirma que a este término le afectan como mínimo los equívocos que proceden de las diversas concepciones de lo que es bueno, y de las distintas ideas que se tienen sobre la muerte. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Eutanasia y vida dependiente*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2001, p. 30.

tuno y necesario abordar su estudio en el presente trabajo para precisar sus matices y para reafirmar la necesaria presencia de los juristas en este tema espinoso.<sup>38</sup>

La misma definición de eutanasia, está sujeta a múltiples interpretaciones. Ana María Marcos del Cano la concibe como la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy doloroso, la solicita para poner fin a sus sufrimientos.<sup>39</sup> Elio Sgreccia la entiende como la supresión indolora o por piedad de quien sufre o se considera que sufre o puede sufrir en el futuro de modo insoportable.<sup>40</sup> Jiménez de Asúa hace una interesante aportación al considerarla como la muerte tranquila y sin dolor, con fines liberadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales.<sup>41</sup>

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

---

<sup>38</sup> El debate sobre la eutanasia se ha llevado a cabo de forma casi exclusiva a partir de principios ético-religiosos, y más raramente (en general, con acento crítico) demográfico-sociológicos. Al jurista se le reserva un espacio absolutamente residual, el de la cristalización normativa de opciones adoptadas en los diversos planos de los “valores”, que requieren toda su energía para poder ser traducidas en fórmulas jurídicas, cristalización normativa que algunos no dudan en considerar eventual e inútil, sino perjudicial. D’AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, p 167.

<sup>39</sup> MARCOS DEL CANO, Ana María, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p 69.

<sup>40</sup> SGRECCIA, Elio, *Manual de bioética*, Diana, México, 1996, p 592.

<sup>41</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Libertad de amar y derecho a morir*. De Palma, Buenos Aires, 1984, p 339.

1. Se precipita la muerte.
2. De un enfermo terminal.
3. Que la desea.
4. Con el objetivo de evitar un daño mayor.
5. La acción u omisión la realiza una tercera persona.<sup>42</sup>

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

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

a) *Eutanasia pasiva*. Conocida popularmente como desconectar, es interrumpir el funcionamiento del equipo de mantenimiento de vida sin el cual no podemos vivir. La eutanasia pasiva sólo elimina artificios para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte,<sup>43</sup> lo que técnicamente se conoce como ortanasia.

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

En un trabajo del doctor Rodolfo Vázquez, se identifican tres grandes situaciones en la práctica eutanásica.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> CALSAMIGLIA, Albert, “Sobre la Eutanasia”, *DOXA*, número 14, España, 1993, p. 345.

<sup>43</sup> La eutanasia pasiva puede revestir dos formas: la abstención terapéutica y la suspensión terapéutica. En el primer caso no se inicia el tratamiento, en el segundo se suspende el ya iniciado, ya que se considera que más que prolongar la vida, prolonga el morir. PEREZ VALERA, *op cit*, p. 26.

<sup>44</sup> VAZQUEZ, Rodolfo, “Algo más sobre suicidio asistido y eutanasia”, *Salud*

a) Consentimiento de un paciente competente en un marco jurídico que legaliza la “muerte asistida médicamente”. En este primer supuesto podemos incluir la *Death with Dignity Act* del Estado de Oregon.

b) Requerimiento de un paciente competente para que se le practique la muerte asistida en un marco jurídico prohibitivo. En México, el artículo 312 del Código Penal Federal dispone que: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”. El mismo Código Penal Federal, en su artículo 15 dispone, como causa de exclusión del delito cuando: “...III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”.

c) Imposibilidad de consentimiento del paciente —con insuficiente manifestación de voluntad en vida— para que se practique la “muerte asistida médicamente”.

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

---

y derecho *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, III-UNAM, 2005, pp 65-66

perspectiva, argumentos que reduzcan la libertad de elección de los ciudadanos en este caso.

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

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

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

De ese modo, nos encontramos frente a disposiciones de carácter unilateral que un sujeto capaz hace estando en estado de lucidez, con objeto de disponer de su persona y de la administración de sus bienes, para el caso o bajo la condición

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

Como han señalado nuestros muy distinguidos colegas a quienes nos hemos referido anteriormente, y quienes han mostrado un serio compromiso con este tema, las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto regular los deseos del propio interesado y, en ese sentido, corresponden a la autonomía privada, pues son actos de autodeterminación, de autorregulación de los fines y objetivos propios de los mismos interesados.<sup>45</sup> En el actual estado del derecho mexicano, las declaraciones de voluntad relativas al cuidado de la salud o a la propia incapacidad no están reconocidas expresamente, muchas de ellas, por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, es necesario que en el análisis particular de cada una de estas declaraciones de voluntad se tengan en cuenta diversos factores para determinar la naturaleza de los efectos que pueden producir y si, en ciertos casos, estos tienen alcances jurídicos que reconozca el ordenamiento legal. Las consecuencias que la declaración unilateral de una persona tendrá respecto a terceras personas van a depender, conforme al ordenamiento jurídico nacional, de varias circunstancias. Por tanto, es menester determinar en cada caso concreto:

a) Si se trata de disposiciones sobre la propia persona o sobre su patrimonio. En las primeras estamos en presencia de normas del Derecho de familia y de las personas, que son más rígidas que las relativas a las normas que rigen a los actos patrimoniales, en el que la autonomía privada puede desplegar con mayor amplitud el principio de *autodeterminación*.

---

<sup>45</sup> ARCI GARGOLLO, JAVIER, FERNANDEZ CUI IIO BARROS, FRANCISCO, LOZANO MOLINA, TOMÁS, PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Othón, *op cit*, p. 237

b) Si tales disposiciones tienen algún reconocimiento *legislativo*.

c) Si existen usos o prácticas que signifiquen algún grado de reconocimiento de esas declaraciones.

d) Si hay normas de orden público que contengan reglas distintas que no permitan que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.<sup>46</sup>

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

a) El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas.

b) El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.

Como bien señala Juan José Rivas, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo.<sup>47</sup> La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre. Esto es, la voluntad puede ser autónoma cuando se manifiesta libremente y sin injerencias extrañas; y puede ser heterónoma cuando se manifiesta bajo la presión de una fuerza exterior, siempre que en este caso el acto impuesto sea a la vez querido. El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, fundamentalmente, libertad.<sup>48</sup>

En consecuencia, la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", *VIII Jornada Notarial Iberoamericana, ponencias presentadas por el Notariado Español*, Colegio de Notarios de España, Madrid, 1998, p. 195.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

y la dignidad.<sup>49</sup> Se recomienda a quien desee profundizar en las iniciativas legislativas recientes, recurrir al análisis de las siguientes:

a) Iniciativa de reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a la Ley del Notariado para el Distrito Federal y al Código Financiero del Distrito Federal.<sup>50</sup>

b) Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo 312 del Código Penal Federal, se adiciona la fracción V al artículo 1501 y un capítulo IX al Título Tercero del Código Civil Federal y se crea la Ley General de los Derechos de las Personas Enfermas en Estado Terminal.<sup>51</sup>

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

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

---

<sup>49</sup> Es menester tomar en consideración el texto del artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad

<sup>50</sup> Ver <http://www.asambleadf.gob.mx> Dicha iniciativa fue presentada en diciembre de 2004 por el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

<sup>51</sup> Ver <http://www.camaradediputados.gob.mx> Dicha iniciativa fue Iniciativa impulsada a mediados de 2005 por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática

Las disposiciones anticipadas irían dirigidas al profesional de la salud responsable, y en ellas la persona capaz deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad. En dichas disposiciones anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte.

En consecuencia, en el ámbito del Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud podría añadirse un artículo, que en sentido general disponga lo siguiente:

“ART. 350 ter.—Toda persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede efectuar disposiciones ante notario en las que instruya a los profesionales de la salud y a quienes hayan de realizar un tratamiento que no se prolongue la vida con mecanismos artificiales extraordinarios o desproporcionados. Dichas disposiciones podrán ser revocadas por el otorgante, en todo momento y sin ninguna formalidad de por medio.”

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

“ART. 350 ter 1.—Toda persona capaz puede redactar disposiciones ante notario sobre el tipo de cuidados que desea recibir o no en situaciones en las que se encuentre ya en condiciones de no poder expresar su voluntad.

ART. 350 ter 2.—Toda persona puede designar a un representante terapéutico encargado de pronunciarse en su lugar sobre la elección de los cuidados que desea recibir en las circunstancias descritas en el artículo anterior.

ART. 350 ter 3.—Las disposiciones a que hace referencia el artículo XXX pueden ser modificadas o anuladas en cualquier momento por su autor, sin limitación de forma.

ART. 350 ter 4.—El profesional de la salud debe respetar la voluntad que el paciente expresó en sus disposiciones anticipadas si este último se encuentra en una situación que aquellas prevén. En caso de que el profesional de la salud tenga alguna objeción de conciencia, deberá turnar al paciente y su expediente clínico a algún otro colega que acepte respetar la voluntad del paciente.

ART. 350 ter 5.—Cuando el profesional de la salud considere fundadamente que las disposiciones a que se refiere al artículo XXX no corresponden a la voluntad actual del paciente o que existe un conflicto de interés entre el paciente y su representante terapéutico, debe plantear el asunto ante la autoridad correspondiente.

ART. 350 ter. 6.—Si el paciente es incapaz de discernimiento, el profesional de la salud debe corroborar si aquél redactó disposiciones a las que se refiere al artículo XXX o designó un representante terapéutico. En ausencia de disposiciones o representante terapéutico, el profesional de la salud debe obtener el consentimiento de su representante legal o, en su defecto, solicitar el consentimiento de sus familiares después de haberles proporcionado la información necesaria.

ART. 350 ter 7.—En caso de urgencia o en ausencia de un representante legal, el profesional de la salud debe actuar de conformidad a los intereses objetivos del paciente.”

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

“ART. 319 bis.—Se entiende, dentro del marco de esta ley, por enfermedad terminal, a aquella patología irreversible que no admite, dentro del campo de la ciencia médica, posibilidad alguna de cura, según el diagnóstico del profesional de la salud que atienda al paciente y la consideración de una junta médica de no menos de dos especialistas en la afección de que se trate. El diagnóstico deberá especificar cuál es la enfermedad que

padece el paciente y contener un pronóstico que de modo razonable, y en condiciones normales, señale que se producirá la muerte del paciente en un término que, previsiblemente, no excederá los seis meses.

ART. 319 bis 1.—Toda persona capaz, mayor de dieciocho años, en previsión de una enfermedad terminal puede, en cualquier momento, manifestar en sus disposiciones ante notario:

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

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

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

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

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

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

ART. 319 bis 2.—Para poder redactar una disposición válida, será necesario cumplir con los siguientes requisitos:

a) Que sea hecha ante notario.

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

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

ART. 319 bis 3.—Las disposiciones deben ser hechas ante notario y serán inscritas en el Registro Nacional de Avisos de Testamento.

ART. 319 bis 4.—Las disposiciones serán válidas hasta en tanto el paciente no las revoque por cualquier modo, sea en forma oral, escrita o por signos inequívocos.

ART. 319 bis 5.—En caso de embarazo de la enferma, se rechazará el retiro de procedimientos de prolongación de la vida si, de mantenerlos, podría salvarse la vida del nasciturus.”

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

“ART. 325 bis.—Una persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede efectuar disposiciones en previsión de su propia incapacidad en las que otorgue su consentimiento para que, en vida o después de su muerte, todos o algunos de los componentes de su cuerpo se utilicen para trasplantes, con fines terapéuticos, docentes o de investigación, dentro de las disposiciones de esta ley.”

Con referencia a los trasplantes, existen dos fuertes candados a las personas incapaces que deseen efectuarlos. Por una parte, el artículo 332 de la Ley General de salud, en su último

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

Finalmente, en el caso de la ortanasia, este es un privilegio que la Ley General de Salud reserva a varias personas sin tomar en cuenta la voluntad del directamente interesado, el paciente. En efecto, el artículo 345 dispone que no existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización del cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme al orden expresado, se prescindiera de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte encefálica comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.<sup>52</sup>

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

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

---

<sup>52</sup> La ausencia completa y permanente de conciencia, la ausencia permanente de respiración espontánea, la ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y el paro cardíaco irreversible

#### 4.5. CONTENIDO DE DISPOSICIONES PREVIAS A LA PROPIA INCAPACIDAD SOBRE LA INFORMACIÓN, LA SALUD, LOS CUIDADOS MÉDICOS, LA MUERTE Y POSTERIORES

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

a Si se desea o no que, en caso de enfermedad, se efectúen y se prosigan todas las posibles intervenciones capaces de sostener la vida.

b Si se desea o no que se emprendan medidas dirigidas a aliviar los sufrimientos aún cuando si con las mismas se arriesgara anticipar el fin de la propia vida.

c. Disposiciones para después de la muerte (funeral; donación de órganos con fines de trasplante).

d. Delegaciones específicas al representante.

Por otra parte, con relación a estas materias, es de destacarse la campaña *Para regalar algo que no se puede comprar. Dona tus órganos Asegura tu voluntad*, emprendida por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, bajo la atinada presidencia (2005-2006) del Notario no. 57 del Distrito Federal, David Figueroa Márquez, y que se ofrece como un servicio gratuito a todo aquél que tenga interés e intención de efectuar disposiciones certificadas ante notario sobre la donación de sus órganos.

#### 4.6. TUTELA AUTODESIGNADA

Como se ha visto, la ley restringe la autonomía de la voluntad del interesado para autorregular situaciones de pérdida

de capacidad, a fin de hacer prevalecer la voluntad de la ley y sea ésta quien decida sobre el futuro del patrimonio moral y económico de la persona que siendo capaz devenga en incapaz. Existe una interesante gama de conceptos para designar a las tutelas preventivas: voluntaria, autodesignadas, etcétera, pero cualquiera que sea su denominación, estamos en presencia de una autodelación de la tutela, que puede conceptuarse como la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad, es decir, es la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz.<sup>53</sup> Bajo otra concepción, se define como la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz para, mediante un documento apropiado, formal y revocable, dejar preestablecido, para el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar en cuanto a su configuración, personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control.<sup>54</sup> El anterior es el que podría denominarse concepto “positivo” de la autotutela. Pero a su lado, cabe un concepto “negativo” o de exclusión: aquel a través de cual una persona excluye expresamente a otra u otras como integrantes del organismo que se haga cargo de su guarda, para el supuesto de una eventual incapacitación.

Ahora bien, en otros ámbitos jurídicos, la introducción de esta figura no siempre ha sido tersa y entre los principales argumentos en su contra, que habrán de ser tomados en cuenta por sus partidarios están los que vinculan a la autotutela con lo que ha venido a llamarse “incapacidad voluntaria”, o sumisión voluntaria a la incapacidad por personas afectadas por drogadicción en sus más diversas formas, senilidad o alto grado de inexperiencia.

No obstante, no apreciamos realmente ninguna objeción

---

<sup>53</sup> RIVAS MARTINEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *VIII Jornada Notarial Iberoamericana Veracruz (México), 1998 Ponencias presentadas por el Notariado Español*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, p. 210.

<sup>54</sup> MARTINEZ GARCIA, Manuel-Ángel, “Apoderamientos preventivos y autotutela”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 124-125.

jurídica para que una persona capaz pueda nombrar a su propio tutor. Hemos visto en este trabajo que en nuestro país, tres entidades federativas cuentan ya en sus respectivas legislaciones civiles con tutelas voluntarias, que una persona hace en previsión de su propia incapacidad. Sería razonable esperar que el Distrito Federal cuente ya con una figura equivalente, aunque el avance seguiría siendo, a todas luces, insuficiente para dar respuesta a las necesidades de la población de la inmensa mayoría de las entidades federativas de la república.

La autotutela, además de organizar la protección integral de la guarda del eventual incapaz, tiene una importante utilidad práctica ya que permite orientar la administración de sus bienes, en los términos y condiciones que mejor favorezcan a sus intereses.

De manera general, se suele reconocer que la tutela auto-designada debe regirse bajo los siguientes principios:

a) Sólo el mayor de edad capaz tiene el derecho de designar a su tutor o tutores en previsión de su incapacidad.

b) Toda persona mayor de edad capaz, que no tenga impedimento legal para ello tiene el derecho de desempeñar la tutela voluntaria.

c) La tutela debe poder ser ejercida por más de una persona, a efecto de dejar en libertad al interesado para decidir al respecto, de manera que, si lo estima conveniente, designe a un tutor para los cuidados económicos y otro para el cuidado de su persona.

d) La persona que nombre a su tutor tiene la potestad de investirlo con facultades para el desempeño de su cargo. En este punto, es de suma importancia que el otorgante precise el destino de sus bienes, ya sea para su explotación o para su incremento. Esto permitirá la ininterrupción de la actividad económica y se mitigarían los costos de transacción asociados a la inmovilización de un patrimonio. En suma, en la tutela autodesignada el otorgante debe tener el derecho de conferir facultades a su tutor para administrar sus bienes y determinar el destino de su patrimonio, haciendo prevalecer la autonomía de la voluntad de aquél. Por lo que se refiere a las facultades para el

cuidado de su persona, el tutor designado deberá realizar todos los actos jurídicos y materiales orientados a asegurar el bienestar físico, mental y emocional del incapaz, previendo los satisfactores necesarios a sus necesidades. Asimismo, en caso de que el incapaz incurra en una enfermedad terminal, deberá orientarse, en su caso, por las disposiciones previas a las que nos hemos referido anteriormente.

*e) Formalidad.* Mediante escritura pública que garantice la legalidad, legitimación y seguridad jurídica, misma que será inscrita en la instancia facultada por la ley para tal efecto.

*f) Revocabilidad.* Mientras no devenga en incapaz, en cualquier momento el interesado puede revocar o modificar la designación del tutor o los tutores.

*g) La tutela autodesignada* dará inicio a partir de la resolución que declare la interdicción.

*h) El curador* debe ser designado por el propio interesado, y a falta de designación por la autoridad competente, con el propósito de vigilar las actividades del tutor.

*i) El otorgante* puede establecer los lineamientos para la rendición de cuentas por parte del tutor, que incluyan, en su caso, la fianza, el inventario y otras instrucciones.

Por lo anterior, con las reformas pertinentes, el código civil, en materia de tutela autodesignada, podría quedar de la siguiente manera:

“ART. 461.—La tutela es autodesignada, testamentaria, legítima o dativa.

ART. 469 bis.—Toda persona mayor de edad capaz puede designar tanto al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio, como al curador en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 450, fracción II. El nombramiento hecho en los términos de este artículo excluye del ejercicio de la tutela a las personas que se mencionan en los artículos 475, 481 y 486 a 491. La designación de tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante notario que contenga expresamente todas las reglas a las cuales se deberá sujetar el tutor, y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.

ART. 482.—Ha lugar a tutela legítima:

I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor autodesignado ni testamentario.

II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y

III. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

ART. 495.—La tutela dativa tiene lugar:

I. Cuando no hay tutor autodesignado, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

II. ...”

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

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

I. ...

II. ...

III. ...

a) Recabar el informe del Archivo General de Notarías, acerca de si éste tiene registrado el aviso correspondiente del notario ante quien se hubiere hecho el nombramiento de tutor autodesignado, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de los nombramientos de tutor autodesignado y curador, en su caso. Si el informe arrojara que la persona de cuya interdicción se trata no hubiere nombrado tutor autodesignado, el juez procederá a nombrar tutor o curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes...

IV. ...

V. ...

VI. Una persona, previendo su propia incapacidad, podrá

acudir en vía de jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar y nombrar a la persona de su confianza para que llegado el momento de su interdicción, funja como tutor definitivo y proceda al aseguramiento de la persona y de los bienes del presunto incapacitado, respetando expresamente las instrucciones, disposiciones, poderes y mandatos que le otorgue, quien actuará con la suma de facultades que corresponda a cualquier representante legal. En este caso, no será aplicable el artículo 2495 fracción IV y el mandato no terminará con la incapacidad del mandante. Cuando una persona haya previsto el nombramiento de un representante legal con anticipación a su propia incapacidad, este representante entrará en funciones y ejercicio, con exclusión de las personas a que se refiere la fracción III de ese artículo, bastando al efecto el peritaje rendido ante el juez de un solo médico alienista que podrá presentar el propio interesado o su representante legal. Una vez rendido el dictamen del médico ante el juez se declarará la interdicción y se tendrá como representante legal al designado por el propio interesado.

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

#### 4.7. MANDATO EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

Existe consenso en el sentido de que una de las instituciones jurídicas más útiles y adaptable a cada necesidad concreta del ser humano es la representación, toda vez que permite obviar las limitaciones y eventualidades que le pueden ocurrir a cualquiera. Los también denominados apoderamientos preven-

tivos<sup>55</sup> implican la declaración unilateral y receptiva por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre. En este orden de ideas, el apoderamiento preventivo es un instrumento por medio del cual una persona física capaz transmite intencionalmente a otra persona, física o jurídica también capaz su representación voluntaria para que en su nombre realice actos jurídicos y materiales en sus relaciones de tipo económico o personales, o en ambas esferas del patrimonio a partir de su estado de incapacidad, ya que es su deseo que la representación conferida no termine por su incapacidad, sino que permanezca vigente por todo el tiempo que dure la misma.<sup>56</sup>

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

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

a) Que los mandatos subsistan aún en caso de incapacidad del mandante. Se trata del sistema irlandés, en el que el mandato subsiste aún en el supuesto de incapacidad, pero con el requisito añadido de que debe ser objeto de inscripción en un registro especial, previa declaración por un médico de la disminución de facultades del mandante. Es también el sistema

---

<sup>55</sup> A propósito de los denominados sistemas de control preventivo, VALADES, Diego, *Extensión y límites del control constitucional*, [http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/flame/19y20/p\\_27.pdf](http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/flame/19y20/p_27.pdf) consultado el 8 de diciembre de 2005

<sup>56</sup> CARDINAS GONZALEZ, Fernando Antonio, *op cit*, p. 55

de derecho griego, en el que el poder subsiste aun en caso de incapacidad judicial si el mandante lo ha dispuesto así, pero sin perjuicio de su posible revocación por su representante legal.

b) Que se prevea la existencia de mandatos casualizados, que se otorgan en previsión de la futura incapacidad, expresándose esta circunstancia en el mandato. A este sistema responden tanto la institución alemana del *Vorsogevollmacht* como la británica del *Enduring Power*. Se diferencian ambas en que el mandato alemán no necesita requisito adicional alguno para su eficacia, mientras que el británico precisa, además de la declaración de su subsistencia por mandante y mandatario y de la observancia en su redacción de unas fórmulas preestablecidas, de la inscripción del mandato en el Tribunal de Protección en el momento en que el mandante ha devenido incapaz. Ahora bien, la sanción por falta de inscripción consiste no en la nulidad del negocio representativo sino en la responsabilidad personal del mandatario.<sup>57</sup>

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

<sup>57</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, *op. cit.*, p. 140.

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

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

a) En cuanto al mandante, deben regir respecto de su capacidad las normas generales para el otorgamiento de mandatos: para conferirlo necesitará la misma capacidad que para celebrar los actos y negocios a que el mandato se refiere.

b) En cuanto al mandatario, podrá serlo cualquier persona física o jurídica capaz.

c) Por lo que se refiere al contenido, el otorgamiento de las facultades quedará a discreción del mandante ya que nadie mejor que él para decidir al respecto, si el mandato ha de ser general o especial, si implica únicamente la esfera patrimonial o extramatrimonial, o ambas, la duración de la representación, la rendición de cuentas, entre otros. El mandante, si así lo desea, debe hacer constar en el instrumento donde se transmita la representación que ésta no se dará por terminada en la eventualidad de que resulte incapaz.

d) En cuanto a la forma, es indispensable la documental pública, con la debida intervención del notario.

e) Relativo al momento desde el cual el mandato ha de desplegar sus efectos, consideramos que debe ser a partir del mismo momento en que es otorgado. Esto no es obstáculo para que en caso de declaración expresa del mandante, pueda relegarse su eficacia a un momento posterior, mediante la deter-

minación de un término inicial, mediante el condicionamiento a un determinado dictamen pericial.

f) Los mandatos preventivos o en previsión de la propia incapacidad deben ser inscritos en el registro correspondiente. Dicho registro será declarativo de derechos y no constitutivo, no será privado sino de publicidad restringida.

g) El mandato podría ser revocado por el juez, a petición de la parte interesada, ya sea el tutor, el curador, el ministerio público o los parientes a quienes la ley concede el derecho a heredar, si media causa justa que amenace comprometer el patrimonio del incapaz. Adicionalmente, mientras el mandante no sea declarado incapaz puede revocarlo sin problema, con la correspondiente intervención del notario.

h) En el procedimiento de interdicción, el juez deberá solicitar informes al registro correspondiente para conocer si existe disposición o si la que le es presentada por el promoverte, en su caso, es la última otorgada por la persona de cuya interdicción se trata.

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

“ART. 2548 CCDF.—Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado. El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocado por el mandante capaz en todo momento, previéndose su subsistencia o terminación en caso de caer en estado comatoso o en vida vegetativa. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.

ART. 2555.—...

I. ...

II. ...

III. ...

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

ART. 2595.—...

I. ...

II. ...

III. ...

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

V. ...

VI. ...”

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

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

Ante el cúmulo de figuras a las que se ha hecho referencia en este trabajo, consideramos la necesidad de contar con una institución especial creada o adecuada al efecto de recoger este tipo de documentos. Todos los documentos que contengan disposiciones anticipadas facilitan el conocimiento de los valores y los deseos de las personas, para poder influir en las decisiones asistenciales futuras que le afecten o sobre sus correspondientes decisiones patrimoniales.

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

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

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

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

- Solicitud por el notario ante quien se hayan otorgado.
- La inscripción en el registro es automática respecto de los documentos de disposiciones anticipadas otorgados notarialmente.
- Las disposiciones anticipadas son susceptibles de revocación en cualquier momento por parte de la persona otorgante. Si la revocación es parcial tendrá que expresarse claramente la parte modificada y los términos en que la voluntad queda emitida.

- La inscripción en el Registro de un documento que revoque parcial o totalmente un documento previamente inscrito tiene que seguir la formalidad necesaria.

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

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

“ART. 27.— ..

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

b) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

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

c) Ley del Notariado para el Distrito Federal:

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

a) De las disposiciones por las cuales se dan instrucciones a los médicos o familiares relativas a tratamientos médicos.

b) De las disposiciones por las que se nombre alguna o algunas personas que tomarán decisiones en caso de algún tratamiento médico o para el cuidado de su propia salud.

c) De los actos por los que una persona dispone respecto a sus propios órganos, tejidos o cadáver, o como disponente secundario dispone respecto de otra persona.

d) Los actos por los cuales se modifique o revoque alguno de los actos enumerados en este artículo.”

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

A la luz de la referencia concerniente a los derechos de la personalidad, consideramos pertinente que en nuestra Carta Magna se garanticen expresamente el imagen. Asimismo, será necesario establecer en nuestro derecho positivo un sistema eficaz para su protección por vía civil. El reconocimiento constitucional de estos derechos y su protección civil coadyuvarían, paralelamente, a la instauración de las disposiciones para la propia incapacidad. Concomitantemente, cada persona capaz podría efectuar disposiciones para la protección de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en previsión de su propia incapacidad. Por tanto, el artículo 7 de nuestra Carta Magna podría redactarse de la siguiente manera:

“ART. 7º.—Esta Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.”

## 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. En el ordenamiento jurídico mexicano no se cuenta con un sistema integral para la elaboración de disposiciones frente a la propia incapacidad. En general, la legislación vigente no satisface la necesidad de una persona capaz para efectuar disposiciones sobre sus bienes y sobre su salud, para el caso de que esta devenga en incapaz.

2. Ante el vacío institucional existente en nuestra legislación, y en virtud de que las figuras existentes, como se ha visto, resultan insuficientes y parciales para dar respuesta a las necesidades de una persona previsora de su propia incapacidad, se pretende lograr que en derecho positivo mexicano se contemple la posibilidad de que en forma unilateral, mediante una declaración revocable, con las debidas formalidades, una persona capaz pueda determinar sus disposiciones respecto a su persona y a la administración de sus bienes para el caso de que llegue a caer en estado de incapacidad, como se ve a continuación.

3. Propuesta de modificaciones a la Ley General de Salud:

<b>Texto actual</b>	<b>Texto propuesto</b>
<b>TÍTULO DECIMOCUARTO</b> <i>Donación, trasplantes y pérdida de la vida</i>	<b>TÍTULO DECIMOCUARTO</b> <i>Disposiciones para la propia incapacidad, donación, trasplantes, enfermedad terminal y pérdida de la vida</i>  “ART. XXX.—Toda persona capaz puede redactar disposiciones ante notario sobre el tipo de cuidados que desea recibir o no en situaciones en las que se encuentre ya en condiciones de no poder expresar su voluntad.”  “ART XXX. Toda persona puede designar a un representante terapéutico encargado de pronun-

Texto actual	Texto propuesto
	<p>ciarse en su lugar sobre la elección de los cuidados que desea recibir en las circunstancias descritas en el artículo anterior.”</p> <p>“ART. XXX.—Las disposiciones a que hace referencia el artículo XXX pueden ser modificadas o anuladas en cualquier momento por su autor, sin limitación de forma”.</p> <p>“ART. XXX.—El profesional de la salud debe respetar la voluntad que el paciente expresó en sus disposiciones anticipadas si este último se encuentra en una situación que aquellas prevén. En caso de que el profesional de la salud tenga alguna objeción de conciencia, deberá turnar al paciente y su expediente clínico a algún otro colega que acepte respetar la voluntad del paciente.”</p> <p>“ART. XXX.—Cuando el profesional de la salud considere fundadamente que las disposiciones a que se refiere al artículo XXX no corresponden a la voluntad actual del paciente o que existe un conflicto de interés entre el paciente y su representante terapéutico, debe plantear el asunto ante la autoridad correspondiente.”</p> <p>“ART. XXX.—Si el paciente es incapaz de discernimiento, el profesional de la salud debe corroborar si aquél redactó disposiciones a</p>

<b>Texto actual</b>	<b>Texto propuesto</b>
	<p>las que se refiere al artículo XXX o designó un representante terapéutico. En ausencia de disposiciones o representante terapéutico, el profesional de la salud debe obtener el consentimiento de su representante legal o, en su defecto, solicitar el consentimiento de sus familiares después de haberles proporcionado la información necesaria ”</p> <p>“ART. XXX.—En caso de urgencia o en ausencia de un representante legal, el profesional de la salud debe actuar de conformidad a los intereses objetivos del paciente.”</p> <p>“ART. XXX.—Se entiende, dentro del marco de esta ley, por enfermedad terminal, a aquella patología irreversible que no admite, dentro del campo de la ciencia médica, posibilidad alguna de cura, según el diagnóstico del profesional de la salud que atienda al paciente y la consideración de una junta médica de no menos de dos especialistas en la afección de que se trate. El diagnóstico deberá especificar cuál es la enfermedad que padece el paciente y contener un pronóstico que de modo razonable, y en condiciones normales, señale que se producirá la muerte del paciente en un término que, previsiblemente, no excederá los seis meses”</p> <p>“ART. XXX.—Toda persona capaz, mayor de dieciocho años,</p>

Texto actual	Texto propuesto
	<p>en previsión de una enfermedad terminal puede, en cualquier momento, manifestar en sus disposiciones ante notario:</p> <p>a) Su voluntad de consentir o rechazar determinado tratamiento médico, cirugía, técnicas artificiales de prolongación de la vida así como también, expresar su deseo de externarse para morir en su casa o en otro lugar de su elección.</p> <p>b) Designar a una persona capaz para que en caso de inconciencia o incapacidad sobreviniente haga cumplir su voluntad respecto de las disposiciones a adoptar, y en caso de no haber previsto alguna situación, este representante o agente tomará las decisiones sobre cuidado de la salud o vitales por él. El representante designado, al tomar las decisiones sobre el cuidado de la salud o vitales considerará:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Los valores y las convicciones que el mismo conoce como propios del enfermo terminal incapaz y cree que ésta seguiría teniendo si todavía fuera capaz.</li><li>2. Cualquier otra voluntad manifestada por el enfermo terminal incapaz con respecto al tratamiento que no sea necesario seguir, y</li><li>3. Si un tratamiento menos restrictivo o menos invasor podría aportar el mismo beneficio que el tratamiento propuesto.</li></ol> <p>c) El declarante puede prever en su declaración el contenido de</p>

Texto actual	Texto propuesto
	<p>los incisos <i>a)</i> y <i>b)</i>, combinando las disposiciones sobre su propia voluntad y la designación de un representante. En este caso, deberán prevalecer las decisiones escritas del paciente. Y si surgen dudas sobre la interpretación de su voluntad, el representante interpondrá para tal efecto ”</p> <p>“ART XXX.—Para poder redactar una disposición válida, será necesario cumplir con los siguientes requisitos.</p> <p><i>a)</i> Que sea hecha ante notario.</p> <p><i>b)</i> Que el paciente sea mayor de edad y que esté en pleno uso de sus facultades mentales</p> <p><i>e)</i> Que la declaración se haga de manera voluntaria, reflexiva, sin ninguna presión exterior.”</p> <p>“ART. XXX.—Las disposiciones deben ser hechas ante notario y serán inscritas en el Registro Nacional de Avisos de Testamento.”</p> <p>“ART XXX.—Las disposiciones serán válidas hasta en tanto el paciente no las revoque por cualquier modo, sea en forma oral, escrita o por signos inequívocos”.</p> <p>“ART XXX —En caso de embarazo de la enferma, se rechazará el retiro de procedimientos de prolongación de la vida si, de mantenerlos, podría salvarse la vida del nasciturus”.</p>

Texto actual	Texto propuesto
No hay	“ART. 325 bis.—Una persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede efectuar disposiciones en previsión de su propia incapacidad en las que otorgue su consentimiento tácito o expreso para que, en vida o después de su muerte, cualquiera de los componentes de su cuerpo se utilicen para trasplantes, dentro de las disposiciones de esta ley.”
ART. 345.—No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.	“ART. 345.—No existirá impedimento alguno para que en virtud de disposición previa efectuada ante notario por la persona que presente muerte encefálica comprobada o, en su caso, del representante que haya designado para tal efecto, se prescinda de los medios artificiales que evitan que se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343. En ausencia de disposiciones previas, la decisión prevista en este artículo se efectuará conforme al siguiente orden: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.”

4. Propuesta de modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal:

Texto actual	Texto propuesto
ART. 461.—La tutela es testamentaria, legítima o dativa.	“ART. 461.—La tutela es auto-designada, testamentaria, legítima o dativa.”

Texto actual	Texto propuesto
<p>No hay</p>	<p>“ART 469 bis —Toda persona mayor de edad capaz puede designar tanto al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio, como al curador en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 450, fracción II. El nombramiento hecho en los términos de este artículo excluye del ejercicio de la tutela a las personas que se mencionan en los artículos 475, 481 y 486 a 491 La designación de tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante notario que contenga expresamente todas las reglas a las cuales se deberá sujetar el tutor, y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.”</p>
<p>ART 482.—Ha lugar a tutela legítima</p> <p>I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;</p> <p>II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.</p>	<p>“ART. 482.—Ha lugar a tutela legítima:</p> <p>I Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor autodesignado ni testamentario.</p> <p>II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y</p> <p>III. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.</p>
<p>ART 495.—La tutela dativa tiene lugar.</p> <p>I Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;</p>	<p>“ART. 495.—La tutela dativa tiene lugar”</p> <p>I Cuando no hay tutor autodesignado, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.</p>

<b>Texto actual</b>	<b>Texto propuesto</b>
<p>II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.</p>	<p>II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.</p>
<p>ART. 2,548.—Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.</p>	<p>“ART. 2548.—Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.</p> <p>El mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun cuando éste hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocado por el mandante capaz en todo momento. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga incapaz, con las formalidades previstas por la ley.”</p>
<p>ART. 2,555.—El mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes:</p> <p>I. Cuando sea general;</p> <p>II. Cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse; o</p>	<p>“ART. 2555.—...</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>III. ...</p> <p>IV. En el supuesto del segundo párrafo del artículo 2548.”</p>

Texto actual	Texto propuesto
<p>III. Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público.</p>	
<p>ART. 2,595.—El mandato termina:</p> <p>I. Por la revocación;</p> <p>II. Por la renuncia del mandatario.</p> <p>III. Por la muerte del mandante o del mandatario;</p> <p>IV. Por la interdicción de uno u otro.</p> <p>V. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido,</p> <p>VI. En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672.</p>	<p>“ART. 2595 —...</p> <p>I. ..</p> <p>II. ...</p> <p>III.</p> <p>IV. Por la interdicción de uno u otro, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del segundo párrafo del artículo 2548 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de quehabría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz.</p> <p>V.</p> <p>VI. . .”</p>

5. Propuesta de modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Texto actual	Texto propuesto
<p>ART. 904.—La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que re (sic) refiere el artículo 450 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.</p>	<p>“ART. 904.—La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez. Como diligencias</p>

Texto actual	Texto propuesto
<p>Como diligencias (<i>sic</i>) prejudiciales se practicarán las siguientes:</p> <p>I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.</p> <p>II. Los médicos que practiquen el examen debeán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.</p> <p>III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:</p> <p>a) Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el</p>	<p>prejudiciales se practicarán las siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>III. ...</p> <p>a) Recabar el informe del Archivo General de Notarías, acerca de si éste tiene registrado el aviso correspondiente del notario ante quien se hubiere hecho el nombramiento de tutor autodesignado, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de los nombramientos de tutor autodesignado y curador, en su caso. Si el informe arrojará que la persona de cuya interdicción se trata no hubiere nombrado tutor autodesignado, el juez procederá a nombrar tutor o curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. ...</p> <p>VI. Una persona, previendo su propia incapacidad, podrá acudir en vía de jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar y nombrar a la persona de su confianza para que llegado el momento de su interdicción, funja como tutor definitivo y proceda al aseguramiento de la persona y de los bie-</p>

Texto actual	Texto propuesto
<p>caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.</p> <p><i>h)</i> Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.</p> <p><i>c)</i> Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviera bajo su guarda el presunto incapacitado.</p> <p>De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.</p> <p>IV. Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el</p>	<p>nes del presunto incapacitado, respetando expresamente las instrucciones, disposiciones, poderes y mandatos que le otorgue, quien actuará con la suma de facultades que corresponda a cualquier representante legal. En este caso, no será aplicable el artículo 2495 fracción IV y el mandato no terminará con la incapacidad del mandante. Cuando una persona haya previsto el nombramiento de un representante legal con anticipación a su propia incapacidad, este representante entrará en funciones y ejercicio, con exclusión de las personas a que se refiere la fracción III de ese artículo, bastando al efecto el peritaje rendido ante el juez de un solo médico alienista que podrá presentar el propio interesado o su representante legal. Una vez rendido el dictamen del médico ante el juez se declarará la interdicción y se tendrá como representante legal al designado por el propio interesado</p> <p>VII. En cualquier momento la persona podrá acudir ante el notario público para nombrar un mandatario a efecto de que administre todo su patrimonio en la forma y términos en que lo instruya. Asimismo, podrá otorgarle facultades para disponer post-mortem de sus tejidos y órganos y en su caso sujetarse a las disposiciones para evitar que se le prorrogue la vida innecesariamente en caso de tratarse de una enfermedad terminal. En estos casos el mandato no ter-</p>

<b>Texto actual</b>	<b>Texto propuesto</b>
<p>primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.</p> <p>V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia en la cual si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.</p> <p>Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público.</p>	<p>minará con la incapacidad del mandatario y no será aplicable el artículo 2495, fracción IV.”</p>
<p>No hay</p>	<p>ART. 905 bis.—Cuando se inicie el procedimiento de interdicción, el juez ante quien se tramite deberá obtener previamente el informe de existencia o inexistencia de alguna disposición efectuada en previsión de la propia incapacidad, ante el Archivo General de Notarías del Distrito Federal, siendo esta última dependencia la encargada de solicitar la información ante el registro Nacional de Avisos de Testamento, sobre la existencia o inexistencia de alguna disposición en previsión de la propia incapacidad en alguna otra entidad federativa.</p>

6. Propuesta de modificaciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal:

Texto actual	Texto propuesto
<p>ART. 27.—A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:</p> <p>...</p>	<p>“ART. 27.—A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:</p> <p>...</p> <p>XXXII. Crear, administrar y resguardar la base de datos que contenga los avisos de testamentos y de disposiciones para la propia incapacidad otorgados en las entidades federativas y ante los cónsules mexicanos en el extranjero, emitir los reportes de búsqueda nacional correspondientes y promover la cultura de otorgamiento de testamentos y de disposiciones ante la propia incapacidad.</p>

7. Propuesta de modificaciones a la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

Texto actual	Texto propuesto
<p>No hay.</p>	<p>“ART. 121 bis.—Además de la obligación del notario de informar al Archivo General de Notarías sobre el otorgamiento de testamentos a que se refiere el artículo anterior, el notario deberá dar un aviso en el mismo plazo, de los siguientes actos que se otorguen ante su fe:</p> <p>a) De las disposiciones por las cuales se dan instrucciones a los médicos o familiares relativas a tratamientos médicos.</p>

<b>Texto actual</b>	<b>Texto propuesto</b>
	<p><i>b)</i> De las disposiciones por las que se nombre alguna o algunas personas que tomarán decisiones en caso de algún tratamiento médico o para el cuidado de su propia salud.</p> <p><i>c)</i> De los actos por los que una persona dispone respecto a sus propios órganos, tejidos o cadáver, o como disponente secundario dispone respecto de otra persona.</p> <p><i>d)</i> Los actos por los cuales se modifique o revoque alguno de los actos enumerados en este artículo.</p>

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

### A

Adkins, Janet, 17  
Arce Gargollo, Francisco Javier,  
22,45,57  
Ashcroft, John, 19

### B

Bonnecase, Julien, 46

### C

Calsamiglia, Albert, 53-54  
Carbonell, Miguel, 33-34  
Cárdenas, Fernando, 43-44,71  
Chirino Castillo, Joel, 49  
Cruzan, Nancy, 17

### F

Fernández Cueto y Barros, Fran-  
cisco, 22, 45, 57  
Figuroa Márquez, David, 65

### J

Jiménez de Asúa, Luis, 53

### K

Kennedy, Anthony, 19  
Kevorkian, Jack, 17

### L

Lozano Molina, Tomás, 22,45,57

### M

Marcos del Cano, Ana María, 53  
Megias Quirós, José, 13-14

### P

Pacheco Escobedo, Alberto,  
22,45,57  
Pérez Fernández del Castillo,  
Bernardo, 47  
Pérez Fernández del Castillo,  
Othón, 22,45,57

### Q

Quinlan, Karen Ann, 17

### R

Ramos Chaparro, Enrique, 10  
Rendón Ugalde, Carlos, 39  
Rivas, Juan José, 58, 66  
Rousseau, Jean Jacques, 12

### S

Sánchez Cordero, Olga, 37  
Schiavo, Theresa, 15  
Séneca, Lucio Anneo, 32  
Sgreccia, Elio, 53

### U

Unamuno, Miguel de, 13

### V

Valadés Ríos, Diego, 34, 71  
Vázquez, Rodolfo, 54

### Z

Zamora y Valencia, Miguel  
Ángel, 47