

## I. REFORMA LEGAL

La ley de voluntad anticipada promulgada por la asamblea del Distrito Federal, en enero del 2008, su reglamento del 3 de abril del mismo año, al igual que las reformas al Código Civil, del 15 de mayo del 2007, respecto a la tutela cautelar, ofrecen mucho a reflexionar, pues ambos ordenamientos son de extrema importancia.

Considero que los dos temas pudieron tratarse en un solo ordenamiento, ya que tienen enorme vinculación, razón por la que los trato en forma conjunta.

Cuando alguien nombra un representante para tomar decisiones en la etapa terminal, le está confiriendo facultades y actos decisorios, justamente para ser ejercitadas cuando ya no estará en posibilidad de tomar por sí esas decisiones; por lo que el representante, de cierta manera viene a ser un tutor y estará representando a quien no goce de capacidad.

Antes de las reformas legales del 15 de mayo del 2007, ya existía preocupación respecto a estos temas, y se consignaban en di-

versos instrumentos públicos, ante algunos de los notarios públicos de la ciudad de México, declaraciones para prever la propia incapacidad, nombrando a un tutor *ad cautelam*, y dictándose disposiciones que prohibían el ensañamiento clínico, dando normas a seguir en caso de enfermedades o padecimientos terminales.

Las reformas no fueron afortunadas. Crearon burocracias in necesarias, con registros que no son prácticos y no tendrán resultados positivos. No dieron las soluciones que se esperaban, además de que las iniciativas no tuvieron gran difusión, por lo cual no pudieron ser enriquecidas con la participación ciudadana y sobre todo de expertos en la materia. Podemos decir que después de once meses de la primera reforma, no se han hecho instrumentos en que consten los nombramientos de tutores cautelares.

Para entender el problema debemos hacer diversas consideraciones. El código civil de 1928, no podía prever muchas situaciones que se presentan en la actualidad. Cuando se promulgó ese código, la expectativa de vida era de 50 años, hoy anda por los 75. El problema que se presenta con la longevidad, trasciende e impacta a las nuevas generaciones, basta ver el sistema de retiros y pensiones, no sólo a nivel nacional, sino mundial. Al

ser más longeva la población, surgen nuevos problemas no sólo en el ámbito financiero y económico, sino en el social y de salud. Se presentan nuevas enfermedades y situaciones que debemos prever y solucionar, que antes no se conocían ni se imaginaban.

No podemos aplicar las normas existentes, a situaciones que no fueron previstas ni contempladas, pues implicaría el desconocimiento de escenarios que requieren de nuevas soluciones. Precisamente esta materia es una de ellas.

## II. ALGUNOS DE LOS PUNTOS SOBRESALIENTES DE LAS REFORMAS LEGALES

Destacamos en forma concreta de las reformas en el código civil, referente a **la tutela cautelar**, los siguientes comentarios:

1. El art. 469 ter presupone que todos los capaces para otorgar testamento, son incapaces para designar tutor cautelar ya que, para ese acto requieren de un certificado médico, que debe hacer constar que el otorgante goza de facultades mentales y se encuentra en plena capacidad de autogobernarse, expedido por perito en materia de psiquiatría, lo cual violenta las garantías individuales de los residentes de esta ciudad.

2. El segundo párrafo de ese artículo sale sobrando, es obvio que el suplente, actúa por falta, renuncia o incapacidad del suplido.

3. El tutor, antes de la reforma, en el art. 585, tenía derecho a una retribución, ¿porqué entonces en la modificación del art. 589, se estableció que el tutor no tiene derecho a

retribución, excepto en los casos de la tutela cautelar, disposición que es incongruente con el precepto citado. ¿Por qué establecer en el art. 469 *quáter* II, que el tutor tendrá derecho a una retribución en términos del código? la que está contemplada y regulada por los artículos 586, 587 y 588.

4. El art. 469 *quintur* está mal ubicado, puesto que se trata de una limitación para heredar, por lo que en todo caso debió incluirse dentro de las indignidades para heredar; además no siempre el tutor cautelar será heredero del incapaz.

5. La modificación al art. 530 resulta injusta, si existen 2 tutores, uno, para el cuidado de la persona, y otro para la administración de los bienes, cabría preguntar ¿por qué quien no administra bienes, tiene que caucionar?

6. Respecto a la reforma del art. 565, para que establecer la obligación de informar al juez anualmente de los gastos extraordinarios, en el informe anual, de la persona sujeta a tutela. Obligación que debería existir salvo que el declarante hubiere dispuesto otra cosa.

7. Se debió modificar el capítulo de mandato y representación a fin de incluir el *durable power of attorney*.

## **Respecto a la declaración anticipada de voluntad:**

1. Es plausible que se haya legislado en esta materia. Cada día la población es más longeva y enfrenta nuevos problemas y enfermedades.

2. Permite la eutanasia pasiva, que define como ortotanasia, desde una óptica correcta, respetando el derecho a la vida y siendo acorde con los principios morales de nuestro pueblo.

3. Reconoce el derecho de libertad y de vida que pertenece a todo individuo, y a la forma en que desea terminar sus días, en caso de caer en una enfermedad terminal, evitando el sufrimiento innecesario.

4. Permite se evite el enseñamiento clínico, que denomina obstinación terapéutica.

5. Desafortunadamente la ley carece de técnica jurídica, pues en varios de sus artículos no hizo mas que copiar el código civil, en disposiciones relativas a testamentos (artículos 22 al 34), equiparando esta declaración a un testamento. El instrumento y quehacer notarial se rige por la ley especial de la materia, por lo que no era necesario que el legislador regulara en este ordenamiento la activi-

Todo ser libre puede disponer de sus bienes, hasta llegar al abuso de ellos. Puede abusar del derecho de propiedad. Respecto a su vida, también puede llegar al abuso destruyéndola, poniéndole fin, como sería el suicidio. Por ello es necesario determinar las situaciones en que el hombre tiene derechos personales para decidir lo que desee, y sólo en aquellos casos, que no hubiere actuado o previsto lo que quiere, la norma legal se aplicará como supletoria, respetando lo que el declarante haya establecido.

El principio consagrado desde el código Napoleón, de la Autonomía de la Voluntad, consistente en la libertad que todo ser tiene, de actuar en la forma que libremente determine, el cual no tiene mas restricción que el respeto a las normas de derecho público y a no violentar los derechos de otras personas.

En cuanto a la duración de la incapacidad hay que precisar que esta puede ser temporal o parcial y permanente. Que se puede presentar en un momento determinado o puede ir ocurriendo en el transcurso del tiempo. La temporal, puede ser momentánea, de días, meses y aún volverse permanente. El caso típico es el de accidentes, intervenciones quirúrgicas, derrames, amnesia temporal, etc. En estos casos no se trata de la incapacidad a que nuestro código pareciera hace referencia,

### III. CAPACIDAD

La reforma legal versó primordialmente sobre la capacidad. Cuando nos referimos a ésta, no es la física, sino la intelectual. Es necesario contemplar como dijimos las nuevas situaciones, males, padecimientos y enfermedades que se presentan por el envejecimiento de la población. Hoy tenemos la demencia senil, el Alzheimer, el Hungtington, etc., entre otras.

La reforma no consideró toda la problemática alrededor de la discapacidad. Pareciera que el legislador desconoce como se tramitan los juicios de interdicción; que la discapacidad puede ser transitoria o permanente, que hay situaciones en que la incapacidad se presenta de inmediato y que en otras, se va presentando paulatinamente al correr del tiempo.

Es preciso señalar si toda la normatividad de la tutela es o no de orden público; los derechos que toda persona capaz tiene para decidir sobre su persona y bienes, en uso del principio de la autonomía de la voluntad. ¿Los límites de este derecho?

dad del notario. De 47 artículos, el 25%, se dedica a regular el quehacer notarial.

6. Establece como obligación, en la declaración, que se disponga de los órganos susceptibles de donación, cuando esta materia es de competencia federal y ya la ley Federal de Salud, establece en principio, que de no existir declaración en contra, todos estamos conformes en la donación de órganos.

7. Es complicado el procedimiento, creando una burocracia innecesaria, al establecer la Coordinación Especializada, a quien debe notificarse el otorgamiento de la declaración, quien además lo debe hacer del conocimiento del Ministerio Público, lo que resulta absurdo. Esta coordinación, que no será mas que un registro, es innecesaria.

8. Como se dijo, hacer del conocimiento del Ministerio Público esta declaración es irrelevante. El legislador no entendió la problemática de lo que quiso solucionar. Cualquier persona capaz, puede llevar a cabo esta declaración, la cual surtirá efectos hasta el momento de presentarse los supuestos, para la que se emitió, que son evitar la obstinación terapéutica, estando en fase terminal. Nótese que al momento de emitirse, el declarante puede estar sano, o puede estar en una etapa terminal. Lo que se pretende es que en caso

de presentarse la enfermedad terminal se proceda evitándose la prolongación innecesaria de la vida. Muchas veces sucede que los médicos o centros hospitalarios por conveniencia, o a petición de los familiares, alargan la vida del paciente, sabiendo que no hay remedio, ya que se está en una fase terminal. En estos casos la prolongación de la vida sólo acarrea sufrimiento, malestar y gastos.

9. Regula la actuación notarial, que como se comentó, era irrelevante, por estar regida por la ley de la materia, y no dio normas específicas al documento privado, lo que en parte se subsanó con la promulgación del Reglamento de la ley. El formato ya ha sido elaborado por la Secretaría de Salud y publicado en el Reglamento. Insisto que la ley se refiere principalmente al documento de voluntad anticipada, que es el instrumento notarial, y por excepción, en el artículo 10, al formato, señalando que cuando no se pueda acudir ante notario, se podrá otorgar el documento privado, que es el formato que ya ha sido elaborado y aprobado por la Secretaría de Salud, del Distrito Federal.

10. El formato de voluntad anticipada, se define hasta el reglamento, cuando la ley debió referirse en forma primordial a este documento, que es el que en la práctica va a ope-

rar, y que es el que, los enfermos en fase terminal, llenarán cuando se encuentren en los centros de salud. El documento de declaración anticipada, ante notario, será la excepción y se llevará a cabo generalmente a petición de cualquier persona, que se encuentre en salud, previendo que pueda caer en un padecimiento terminal.

11. Es absurdo querer aplicar al formato de voluntad anticipada las formalidades que debe reunir un documento notarial que la ley conceptúa como solemne, llegando inclusive al absurdo de señalar, que el representante de salud dará fe de haber cumplido con todas las formalidades (art. 34). No sé desde cuando un personal de salud tiene fe.

12. Se equipara erróneamente la declaración de anticipada de voluntad, que es un acto personal, con la autorización que podrá emitir un familiar, en caso de que el enfermo en estado terminal esté incapacitado, a la que indebidamente se le denomina también declaración anticipada de voluntad.

13. Una correcta técnica legislativa limitaría repeticiones y reglamentaciones que corresponden a otras leyes, como el caso del representante, testigos, la filiación, concubinato, etcétera.

14. No dio soluciones en el supuesto de que al dar la autorización, por falta de la capacidad del enfermo terminal, en el caso de hijos, existan opiniones encontradas de éstos. Por lo que en este supuesto, ¿cuál prevalecerá? y en todo caso ¿cómo se procederá?

15. De nada servirá la Coordinación Especializada, que tendrá un registro y archivo de las declaraciones, a las que asignará un folio, lo que hará poco ágil el procedimiento.

16. Las reformas al código penal, son absurdas, ya que en ningún momento se está cometiendo un ilícito. Aún antes de la reforma se podía actuar en esta manera, ya que no se está matando a nadie, sólo se está impidiendo que se apliquen medidas extraordinaria, no se busca la muerte, se da curso a ella, cuando la naturaleza así lo determina.

17. Debió contemplarse que en esta misma declaración se podrá disponer del cadáver, disponiéndose la inhumación o cremación, para evitar dificultades entre los sucesores.

sino más bien de casos temporales de la privación de lucidez, en que no se podría seguir el procedimiento de interdicción en la forma en que está regulado, ya que, el procedimiento tardaría más que el tiempo de la incapacidad. Cuantas veces un enfermo entra a un hospital, va a terapia intensiva, pierde la conciencia y su representante normal sigue actuando por cuenta de él, lo que choca también con la norma actual, ya que, el apoderado siempre debe declarar de la capacidad de su representado, en los actos que por su cuenta realiza.

En el supuesto de la incapacidad que se vuelve permanente, surgen muchos problemas, me refiero al caso de la demencia senil, el Alzheimer, el Huntington, en que el deterioro es paulatino, el deterioro y enfermedad se va presentando al correr de los días y meses, pero, ¿cuándo es el momento en que el sujeto es incapaz?, es difícil de precisar. Tomemos en cuenta que hoy día con ciertos estudios es factible precisar si alguien de acuerdo a su DNA, puede llegar a padecer de ese tipo de enfermedades, caso en el cual resultará aconsejable la designación de un tutor cautelar y establecer toda la normatividad que el caso requiera.

## IV. TUTELA

Antes de la reforma legal, existían 3 tipos de tutela: la testamentaria, la legal y la dativa.

**La testamentaria** que se da cuando alguien que ejerce la patria potestad sobre un menor de edad, le nombra tutor en su testamento; o cuando alguien deja bienes a un incapaz, que no esté bajo su patria potestad o la de otro, para la sola administración de los bienes que le deje.

**La tutela legítima** que, es la que la ley dispone se ejerza, de presentarse una discapacidad, por los padres, en el caso de los hijos incapaces; del cónyuge respecto al otro cónyuge incapaz; de los hijos respecto a los padres incapaces; de los hermanos, respecto a otros hermanos, a falta de padres, etc. y

**La tutela dativa**, que es aquella en que el juez señala, dentro la lista de tutores del consejo tutelar, las personas que ejercerán la tutela, a falta de los que pudieran ser los tutores testamentarios o legales.

Hoy, se regula la nueva tutela, que se llamó **cautelar**, que algunos en doctrina llamaban tutela *ad-cautelam* y que es la que cualquier ser capaz, puede hacer para nombrar su representante legal, en el supuesto de devenir incapaz. Con ella se excluye a quien debiera ser su tutor legal. Así, si un soltero designa a determinada persona como su tutor, excluirá a los padres que serían sus tutores legales; lo que también sucedería en el caso de los cónyuges, cuando uno de ellos ha nombrado un tutor cautelar. Hasta aquí la reforma parece interesante, pues permite, a todo ser capaz, designar su tutor.

El problema es que no se contemplaron o previeron las situaciones reales que se presentan en el transcurso de la vida, a las que se les pretende aplicar las normas vigentes en materia de interdicción.

Poder determinar el momento en que se presenta la interdicción es de extrema importancia, ya que éste producirá efectos legales. Los poderes conferidos terminan, deberá entrar en funciones el tutor y deberán cumplirse con diversas obligaciones. Pero como ya dijimos, para ello es preciso seguir un juicio de interdicción en los términos que regula el Código de Procedimiento Civiles, donde se dispone que la incapacidad debe probarse por cualquier medio idóneo de convicción, pero en

todo caso debe existir la certificación de dos médicos o psicólogos, preferentemente de instituciones públicas de salud y tiene que dictarse una sentencia que declare el estado de interdicción. La materia a estudio, nos brinda muchas oportunidades para echar a volar la imaginación y brindar soluciones en los casos y supuestos de aquel que quiera nombrar su tutor cautelar.

En la incapacidad, como ya se dijo, existen diversos grados, momentos y hasta duración, pudiendo ser temporal o permanente. Alguien que padece un derrame, trombo, cirugía, puede caer en un estado de inconciencia por determinado período de tiempo, días, semanas y hasta meses, pero resultaría violento pensar o sostener, que en esos casos debiera seguirse el procedimiento de interdicción. Es probable que el juicio tarde más, que la recuperación del paciente, pero entonces ¿qué hacer y cómo actuar? ¿qué sucede en este período de tiempo en que no hay conciencia ni lucidez?, un apoderado ¿podrá actuar, si su representado está privado de la lucidez, aunque este período sea transitorio? Por ello era importante que la reforma legal hubiera contemplado estas hipótesis y hubiera brindado solución a las mismas.

Tocar el tema de la interdicción resulta difícil. Muchas de las personas que enfrentan el

problema de un hijo o un familiar incapaz niegan u ocultan el problema. No es usual que los juicios de interdicción se lleven a cabo y se declare la interdicción. La tutela se viene ejerciendo de hecho y no de derecho. Esta pasa de los padres a los hijos, a los hermanos, o a familiares cercanos y hasta amigos. Las cifras oficiales no son de confiar, por ello es preciso reflexionar y encontrar soluciones. En el Plan de Desarrollo Social, del Gobierno del DF, las cifras de juicios de interdicción, atendidos por DIF-DF, del 2001 al 2006, en promedio eran menos de 50 juicios por año; y en cuanto al nombramiento de tutor, el promedio era de 20,<sup>1</sup> lo que confirma el criterio que hemos señalado.

El juicio de interdicción como actualmente está regulado es complejo y no ofrece seguridad, lo que ocasiona que aquellas personas que padecen del problema de incapacidad de algún miembro de su familia, no lo sigan y entonces estamos en una situación de hecho, en que la ley se desconoce y no se aplica, lo cual es una aberración si vivimos en un mundo de derecho. Cuando hay discapacidad de algún miembro de la familia, se le protege encargándolo a alguno de los familiares. En el

---

<sup>1</sup> [http://www.sds.df.gob.mx/documentos/politica\\_social\\_df\\_2000\\_2006.pdf](http://www.sds.df.gob.mx/documentos/politica_social_df_2000_2006.pdf) v.2 tutela

ámbito económico, si existen recursos, se le crea un fideicomiso, pero no es usual acudir al procedimiento judicial de interdicción para obtener la declaración de incapacidad.

Con la reforma legislativa se estableció una normatividad, que restringe y coarta la libertad del ser. ¿Por qué se va a tener que acudir siempre en caso de incapacidad ante un juez y al ministerio público? ¿por qué el juez tendrá que dar autorización para que el representante realice ciertos actos? Es necesario que hagamos un análisis de lo que sucede y puede acontecer.

La ley tiene que aceptar la realidad y dar soluciones, no poner trabas, ni crear obstáculos, brindando respuesta a los problemas. Cuando alguien designa a un tutor previendo el caso o el supuesto de devenir incapaz, desea que su tutor tome su representación y actúe al presentarse la incapacidad, con las facultades que le haya conferido al efecto; supuesto en el cual no debería seguirse todo el procedimiento convencional, sino lo que se hubiera dispuesto, mediante las indicaciones dadas, a fin de que el tutor o representante pueda actuar de inmediato. De tal suerte que, el representante pueda actuar gozando de las facultades que se le hayan conferido desde el momento de su nombramiento o, bien, que las mismas empiecen a surtir efectos, deto-

nen, cuando se compruebe que la incapacidad se ha presentado u ocurrido, lo que podría ser fácilmente demostrable, si es que la persona que lo designó señaló disposiciones al respecto, como podrían ser, que la incapacidad se demuestre con el certificado médico que al efecto emitan uno o más facultativos, o un instituto de salud. El certificado o constancia que ellos emitan sería suficiente, en el caso en cuestión, para demostrar que el sujeto se encuentra incapacitado.

Todo ser es libre de señalar lo que quiere que acontezca previendo o suponiendo que le devenga una incapacidad, son derechos personalísimos y naturales de la persona. El Estado tiene que respetar las disposiciones que los ciudadanos hagan al respecto, sin tener que aplicar la normatividad existente para los casos de incapacidad contemplados en la ley, que serían supletorias, de no haber existido señalamiento en contrario, como serían los casos de menores de edad, incapaces, o de aquellos que no tuvieron la previsión de indicar lo que desearían en caso de sobrevenirles una incapacidad, señalando las normas y procedimientos que debieran serles aplicadas.

Sería aconsejable pensar en instituciones que permitan satisfacer los deseos del ser, y sólo a falta de estos, legislar y dictar normas que sean supletorias de la voluntad del hom-

bre, en aquellos actos que no haya dispuesto nada al respecto, y que sea en beneficio y protección de la persona y de su patrimonio.

Es necesario precisar por tanto, el tipo de normas que rigen la tutela. Si son de orden público, deberán de aplicarse y no serán renunciables. Tendremos que considerar también el derecho natural de libertad que todo ser tiene, el principio de la autonomía de la voluntad y hacer diversas consideraciones.

La tutela, en principio, es una institución de interés público. Es deber del Estado cuidar a sus ciudadanos, pero su actuación debe respetar los derechos personales que el propio sujeto reglamentó y que le son propios. El derecho de familia, debe establecer ciertas normas de conducta y de convivencia. Lo normal, es que una familia ame y respete a sus miembros. Lo que acontece, generalmente, en el supuesto de presentarse alguna discapacidad en algún miembro de la familia, es que la misma cuide de éste, pudiendo hasta internarlo en un algún centro privado o de salud, no siguiendo el procedimiento de interdicción. Si no fuere así, como acontece en casos de violencia familiar, el Estado debe intervenir. Cuando no existen o surgen problemas, o existiendo estos se resuelven, resultaría ocioso pensar que el Estado debiera supervisar los mismos. El Estado debe intervenir cuan-

do existen problemas. Es prudente precisar el límite de la intervención del Estado. ¿Cuál es su límite y como puede establecerse el mismo?

Trataré de dar ciertos ejemplos que permitan apreciar alguna de las situaciones que se presentan y como sus soluciones pueden ofrecer dificultades, si quien las creó no dio soluciones a ellas, o no las reglamentó, caso en el cual se aplicaría la norma supletoria.

Si alguien dona bienes a un menor de edad, podrá libremente establecer las condiciones y modalidades que libremente convenga, ya que se trata de una liberalidad que se hace a favor de un menor. No existe obligación alguna de regalar bienes a un menor. Si se hace, el donante puede establecer lo que quiera, y la donación se regirá por lo que el donante haya establecido, no siendo aplicables las normas generales existentes para el manejo de los bienes de menores. Caso semejante sería el del legado hecho en favor de un menor. El testador podrá establecer las condiciones y modalidades que desee, todo será en beneficio del legatario. La normatividad se establece por el donante y el testador en los casos señalados. ¿Qué pasaría si el donante o el testador no hubieren dado normas concretas o establecido las condiciones que desearan? Se tendrían que aplicar las disposiciones generales que rigen los bienes de los

menores; lo mismo en el supuesto de que un menor reciba bienes por herencia, sin que se hayan establecido reglas al respecto.

La tutela, institución encargada del cuidado de la persona incapaz y de sus bienes, habremos de entenderla y estudiarla a la luz de los ordenamientos legales y de las disposiciones que las personas en uso de su libertad establezcan.

Respecto a los bienes y el cuidado de estos. Su propietario puede disponer libremente de ellos de la manera que quiera, aún dilapidándolos, que no sería más que un abuso del derecho ¿por qué entonces coartar la libertad que todo ser tiene, impidiendo que pueda reglamentar lo que sea su deseo? Por ello, en tratándose de la tutela cautelar, cualquiera que quisiera nombrar un tutor, para el supuesto de sobrevenirle una incapacidad, podría dictar normas y señalar libremente lo que deseara en cuanto a su persona, tratamientos médicos, lo concerniente a su salud (living will) a sus bienes, la forma de la administración de los mismos y aún de su disposición, la manera en que podrá demostrarse su incapacidad, las facultades de su representante, cuando empezarán estas, etcétera.

Es importante precisar que aún antes de la reforma legal, y después de ella es posible constituir fidecomisos, mediante el cual, su

fin sea administrar el patrimonio fideicomitido, y seguir todo lo que se haya señalado o lo que determine en su momento el comité que al efecto se haya creado, pudiendo inclusive disponer del mismo llegando a su liquidación. Sí, se puede lograr la libre disposición de los bienes y de su administración, porque ordenar entonces, en la reforma legal, que el tutor cautelar tenga que someter su actuación a la aprobación judicial, con intervención del Ministerio Público, en determinados casos. ¿Por qué será necesario que el tutor rinda cuentas y presente estados anuales al Consejo de Tutelas, si quien nombró el tutor cautelar, lo liberó de esa obligación o bien señaló que la rendición debería hacerse a otra persona y en la forma que haya ordenado? Por ello cabe preguntarnos, si es preciso que a este tipo de tutela deban aplicarse todas las disposiciones que rigen a la tutela, o bien se les puede dar otro tratamiento cuando el propio declarante así lo dispuso. Nos encontramos ante una obligación de rendición de cuentas, y éstas se cumplirán en su momento a quien el declarante haya señalado, y en caso de su fallecimiento, a sus herederos.

El propósito de nombrar un tutor cautelar, es el de contar con un mecanismo que satisfaga las necesidades y deseos del declarante, en caso de sobrevenirle una incapacidad. Te-

ner un representante que tome las decisiones que al efecto se le hayan conferido que, pueden ser desde decisiones de tipo médico y quirúrgico, para determinar el o los procedimientos, tratamientos, e intervenciones a que podrá ser sometido, incluyendo decisiones, para evitar el enseñamiento clínico en enfermedades terminales, así como conferir e indicar las facultades de que gozará el representante, en cuanto a los bienes que integren su patrimonio, cómo serán administrados, qué tipo de inversiones podrán llevarse a cabo, si se deberá o no rendir cuentas, y en todo caso a quién.

## V. PATRIA POTESTAD PRORROGADA

Cuando me he referido a la tutela e indirectamente a la patria potestad, es preciso señalar que en el caso de menores de edad, el ejercicio de la patria potestad y de la tutela terminan cuando el menor alcanza la mayoría de edad, pero no se contempla el supuesto del menor de edad, con incapacidad intelectual, sujeto a patria potestad o tutela, que alcance la mayoría de edad, caso en el cual quien ejerce la patria potestad, pierde la misma, y tendría que llevar a cabo un juicio de interdicción a fin de que se le designe tutor del incapaz, que alcanzó la mayoría de edad, no existiendo en tal hipótesis, la prórroga de la patria potestad. En el caso de la tutela habría que determinarse si el menor era además incapaz intelectual, o lo fue con posterioridad. Caso en el cual, si un menor de edad (18 años), padeciere de una discapacidad intelectual, sería preciso seguir un juicio de interdicción para nombrarle un tutor, que será su representante legal. Mientras es menor de edad, los padres ejercen la patria potestad, aunque tenga

además incapacidad intelectual, la que termina a los 18 años. Creemos que la solución sería modificar el ordenamiento legal y establecer en estos supuestos, la prórroga automática de la patria potestad; caso en el cual, quien ejerciera la patria potestad, o la tutela de un menor que además padeciere incapacidad intelectual continuaría siendo su representante legal sin tener que promover un juicio de interdicción.

Valdría considerar en la reforma legal que quien ejerza la patria potestad o el tutor tengan derecho a nombrar tutor no sólo en el testamento, sino en una escritura.

## VI. DURABLE POWER OF ATTORNEY

En muchas de las hipótesis contempladas, la reforma debió haber brindado soluciones de fondo. En legislaciones de los estados que integran la unión Americana, en casi todos, se prevé el *durable power of attorney*, que permite que el poder conferido a alguien continúe, tenga vigencia pese a la incapacidad del poderdante. Lo que es de extrema importancia, pues permite que si el otorgante así lo desea, el poder y las facultades conferidas continúen a pesar de su incapacidad. El poder puede empezar desde un momento determinado, o bien, cuando la incapacidad se presente o se justifique. Por ello, es conveniente que se permita al declarante precisar como desea que su incapacidad se demuestre, se justifique, sólo compete a él y no al Estado, pues se trata de su propia vida, y es su derecho. Nadie mas interesado que uno mismo, para determinar lo que desea en caso de sobrevenirle una incapacidad. Si alguien tiene confianza en médicos, o instituciones por que tener que acudir al examen y dictamen

que prevé el código, esto será para los que no tuvieron la atingencia de prever los supuestos de su incapacidad, regulando la misma, caso en el cual la norma se aplicará supletoriamente.

## VII. ENSAÑAMIENTO CLÍNICO

Con el progreso enorme que la ciencia y la medicina han tenido en nuestros días, surgen situaciones que pueden dar origen a cuestionamiento morales, éticos, de saber hasta donde está obligado el médico a cumplir el juramento de Hipócrates, que obligación existe de alargar la vida de una persona, cuando esta es meramente vegetativa, ¿existen límites? ¿es posible prohibir ciertas conductas? ¿qué sucede cuando alguien prohíbe el ensañamiento clínico y lo que se desea es tener una muerte digna? En el caso de enfermedades terminales, parecería frecuentemente, que lo único que se pretende es prolongar la vida artificialmente empleando métodos extraordinarios, que muchas veces sirven para que los médicos experimenten a costa del paciente y de su fortuna, lo que se conoce como ensañamiento clínico. Se sabe, se conoce, que existe una enfermedad terminal, que no podrá existir mejoría, que la muerte se presentará inexorablemente. Nótese que no se trata de eutanasia, los medicamentos, el oxígeno,

sedantes y los calmantes se suministrarán, pero lo que no se desea es la prolongación artificial de la vida. Se deja que la naturaleza siga su curso. El tema ofrece polémica, pero vale la pena contemplarlo, recordemos que la expectativa de vida ha aumentado de forma sorprendente.

En la ley de Voluntad Anticipada se dan los lineamientos para que los habitantes del Distrito Federal puedan declarar su voluntad a fin de evitar el ensañamiento clínico, que la ley denomina “Obstinación Terapéutica”, pudiendo pedir una muerte correcta, que la ley denomina Ortotanasia. Cualquier persona capaz puede declarar su voluntad ante notario a fin de no someterse a medios, tratamientos, o procedimientos médicos que impliquen una obstinación terapéutica. Si el declarante se encontrare en un centro de salud, podrá otorgar su declaración en el formato elaborado por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, y deberá firmarse ante dos testigos; en caso de que la persona esté incapaz, la autorización, indebidamente la ley la llama declaración, podrán hacerla el o la cónyuge, el o la concubina, los hijos, padres, nietos o hermanos. En esta declaración se debe nombrar un representante legal, el cual sólo tiene por misión velar el cumplimiento de la voluntad del declarante. El representante debiera ser el

tutor cautelar, cuando se ha nombrado éste. El mal llamado representante, más que un representante, es un ejecutor encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del declarante. No se entiende para qué tantas disposiciones al respecto, aplicando al representante normas copiadas de la tutela o del albaceazgo. Si como la ley dispone el cargo del representante es voluntario y gratuito, para qué establecer, por ejemplo, todas las excusas que se pueden invocar y el procedimiento a seguir.

El documento se entrega al responsable de salud quien debe cumplir con la voluntad del declarante siempre y cuando esté apegada a la ley. Para qué crear entonces, la representación y la Coordinación Especializada, que sólo ocasionará burocracia y gastos innecesarios.

El declarante tiene diversos derechos, uno de ellos es el de poder prohibir el ensañamiento clínico, pero también tendría derecho a pedir que se le apliquen todos los procedimientos existentes, sean o no comprobados, aún pudiendo servir como experimento, son derechos de la persona que el Estado debe permitir y vigilar.

## VIII. EUTANASIA

Con respecto a la eutanasia, hay que tener presente que dicho término proviene del griego “*eu*” bien, dulce, y “*stanatos*” muerte. Por lo que quiere decir buena o dulce muerte. Dentro de las acepciones que tiene esa palabra, la eutanasia que está prohibida es la activa, que es la ejecución directa de la muerte de una persona a petición de ella, cuando ella está impedida para hacerlo por sí misma. La Congregación para la Doctrina de la Fe, de la Iglesia Católica, en su declaración sobre eutanasia, emitida en Roma el 5 de mayo de 1980 señaló... “ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares...”, ésta sería la eutanasia pasiva.

## IX. CONCLUSIONES

Preocupa, como se ha dicho, que las reformas crean burocracias y procedimientos innecesarios, como lo es, en la tutela cautelar, la obtención del certificado médico y el aviso que tiene que darse al Archivo General de Notarías; en la Ley de Voluntad Anticipada, el aviso a la Coordinación Especializada, con la entrega de un ejemplar del documento, y el aviso que esta a su vez, debe dar al Ministerio Público, lo que resulta absurdo. Me explico, pareciera que la hipótesis que supuso el legislador era que, el declarante se encuentra en un estado terminal, lo que no siempre es el supuesto, ya que esta declaración puede llevarse a cabo en cualquier momento de la existencia. El declarante puede ser un joven, un adulto sano, que lo único que está previendo, es evitar el ensañamiento clínico, en caso de caer en un padecimiento o situación terminal, dando pautas y normas a seguir en tal supuesto. Esta declaración puede llegar a surtir efectos en caso de presentarse una enfermedad terminal, pero puede acontecer que

nunca se presente, en caso de que el sujeto, no llegue a una enfermedad terminal, para que complicitad entonces con disposiciones que crean burocracias y trámites in necesarios, avisos, registro, que no sirven y sólo ocasionarán gastos y problemas. Si la Secretaría de Salud tiene la facultad de vigilancia, bastaría con que tenga en cuenta aquellos casos de enfermedades terminales, en que haya declaraciones anticipadas de voluntad y pueda vigilar, que los médicos y empleados de salud actúen con diligencia. Para que la intervención del Ministerio Público, si se está actuando conforme a la ley.

Si la capacidad es la regla general, y la incapacidad es la excepción, como entender que el legislador haya supuesto que la incapacidad, en el caso de la tutela cautelar, es la regla al exigir un certificado médico que acredite que el declarante se encuentra en el pleno uso de sus facultades mentales, para poder designar su tutor. Se es capaz y se goza de todos los derechos, menos para este acto. Pareciera que el interés del legislador, fue complicar, siendo lo importante crear tarifas para el pago de los derechos por los avisos que se tienen que dar.

Para que un registro funcione, tiene que ser efectivo, sencillo y ágil. Nuestra experiencia ha demostrado que la mayoría de los re-

gistros no cumplen esas expectativas. En el tema que nos ocupa, lo que importa es que se cumpla con la voluntad del declarante. Cuando la incapacidad y la toma de decisiones se presentan, hay que actuar y no acudir a registros que entorpecerán y no servirán de nada.

Las reformas en comento, debieron formar parte de un solo ordenamiento, que debería ser el Código Civil, con otra modificación a la Ley General de Salud. En artículos breves y concisos, que brinden soluciones y eviten trámites inútiles con aumento de la burocracia. ¿Qué objeto tuvo reformar el código penal, si la conducta para evitar el ensañamiento clínico, es conforme a la ley? Aún antes de la reforma se podía válidamente pedir que se desconectara a algún paciente cuando había muerte clínica, o bien que no se le administraran medicamentos o procedimientos extraordinarios.

Si la norma vigente no se aplica, es necesario reformarla y adecuarla a fin de que surta sus efectos. La materia lo amerita empezando por una reforma profunda de la patria potestad, tutela, consejo tutelar y representación.