

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD *

*Javier Arce Gargollo
Francisco Fernández Cueto Barros
Tomás Lozano Molina
Alberto Pacheco Escobedo
Othón Pérez Fernández del Castillo*

* Trabajo presentado en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana que se llevó a cabo en Veracruz, Ver., del 4 al 7 de febrero de 1998.

INTRODUCCIÓN

Se estudian actualmente en el ámbito del derecho comparado, ciertas figuras jurídicas a través de las cuales se pretende lograr una solución a problemas derivados del estado de incapacidad en que las personas físicas pueden caer durante su vida. En este trabajo, a esas figuras se les estudiará bajo los rubros de “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” o “disposiciones vitales”.

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 tutores, mediante una declaración unilateral, que forzosamente debe vincular al declarante con sus herederos, con su tutor (curador en otros derechos) y su administrador o mandatario por él designados.

Estas disposiciones encuentran su fundamento jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que esta afirmación, las consecuencias de su aceptación, y las posibles repercusiones que tendrán en el futuro en el derecho positivo, serán la materia y el objeto de este estudio.

Pensemos en las consecuencias jurídicas que entraña el hecho de que una persona capaz, devengue en un momento dado, incapaz: como resultado de una afección psíquica (demencia o incapacidad), biológica (padecimiento de Alzheimer, sufrimiento de embolia cerebral o simple vejez), traumatológica o patológica (afección de enfermedades incurables o terminales como el mal de Huntington), la vida del sujeto y sus relaciones personales, familiares, sociales y patrimoniales, se verán seriamente afectadas; de la noche a la mañana pudiera ocurrir la interrupción de ciertos aspectos jurídicos de la persona: su mandatario, si lo tuviere, tendría que dejar de ejercitar el mandato que le fue conferido, con la

consiguiente problemática que ello ocasionaría, pues debemos recordar que en nuestro derecho (como sucede en la mayoría de los países del mundo), el mandato termina por la interdicción o incapacidad en que caiga el mandante (artículo 2595 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal);¹ su persona y sus bienes quedarían por así decirlo, “congelados” en el tiempo; sus obligaciones y sus derechos no podrían ser cumplidas las primeras o ejercitados los segundos con la celeridad que pudiere llegarse a necesitar; se requeriría de la intervención de la autoridad judicial para designarle a dicho sujeto, incapaz, un representante legal o tutor, lo cual como sabemos, tomará un tiempo mayor de lo deseado y afectará, necesariamente, sus relaciones jurídicas; y de acuerdo con las disposiciones de los artículos 486 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, en tales supuestos la designación como tutor o tutriz del incapacitado recaerá en ciertas personas (cónyuge, hijos, padres y demás parientes cuyo orden la ley determina) pero que probablemente no es lo que el sujeto hubiese deseado de poder haber tomado una iniciativa con fuerza vinculatoria y jurídica, durante el tiempo en que gozaba de capacidad total.

Consideremos los excesivos y probablemente inútiles, costos que demandará la atención médica de quien, padeciendo una enfermedad terminal o una afección patológica incurable como lo es la embolia cerebral, verá prolongada innecesaria y tal vez, artificialmente, su vida, y afectado su patrimonio por una causa desafortunada: la prolongación o el mantenimiento de su existencia cuando el equipo de médicos que le atiende sabe que clínicamente el cerebro del paciente está muerto y que el mantenimiento de una vida vegetal será la sola probable respuesta, costosa, larga y dolorosa para sus familiares.

Pensemos en las otras tantas posibilidades de acción que dicho sujeto pudo tomar antes de su declarada (pero probablemente calculada) incapacidad: pudo haber hecho una disposición gratuita de sus órganos vitales en beneficio de terceros, y pudo haber encargado ciertas disposiciones de tipo funerario también tal vez a favor de terceros, que ahora, debido a su estado mental, no puede ya efectuar.

¹ En todos los casos nos referiremos al *Código civil para el Distrito Federal*, que ha sido el modelo de la mayoría de los Códigos civiles de los Estados de la República Mexicana.

OBJETO DEL ESTUDIO

Para los efectos de este trabajo, estudiaremos en primer término, lo que se conoce en el derecho comparado de origen anglosajón, como *living will* y su aplicación en nuestro derecho. En segundo lugar, analizaremos los casos que consideramos como viables desde el punto de vista jurídico, de una aceptación por interpretación o de una probable reforma legal, cuya finalidad sea la solución a los problemas indicados:

- a) La posibilidad de la subsistencia del mandato en el supuesto de que el mandante devengue incapaz;
- b) La designación de representantes legales para el supuesto de la propia incapacidad;
- c) La designación de representantes legales en los casos de menores de edad sujetos a patria potestad, o de personas mayores de edad, incapacitadas, sujetas a tutela, y
- d) Finalmente, serán considerados tres temas que necesariamente son consecuencia de las estipulaciones para la propia incapacidad: la declaración que contenga instrucciones a los médicos para el tratamiento de la última enfermedad; la disposición de órganos vitales; y las disposiciones de tipo funerario.

I. EL *LIVING WILL* ANGLOSAJÓN

a) *Su concepto*

La denominación en idioma inglés se ha traducido libremente al castellano como testamento vital, testamento de vivos o sobre mi vida, testamento biológico, e incluso, como instrucción u orden de muerte natural. Alberto Pacheco² acepta que la noción traducida

² Véanse sus artículos denominados “El llamado testamento biológico (*living will*)”, publicados primero, en la *Memoria del Seminario Salud y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, y después en la Revista *Ars Juris*, núm. 7 de la Universidad Panamericana, México, 1992.—Encontramos la denominación de “testamento vital” en Derecho Portorriqueño (Pedro F. Silva-Ruiz, *El Derecho a Morir con Dignidad y el testamento Vital*, Revista del *Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 99, abril-junio, 1993, págs. 99 y sigs.); “testamento biológico” en Derecho Mexicano (Alberto Pacheco Escobedo, *op. cit.*) y *living will* en Derecho Norteamericano (véase Leslie P. Francis en el *Journal of Contemporary Law*, número 14, primavera 1988, vol. 14, págs. 27 y sigs., y en *Real Property, Probate and Trust Journal*, tomo 24, primavera 1989, además de las diversas leyes y códigos de los distintos Estados de la Unión Americana que así lo regulan y que como lo menciona Lisa Anne Hawkins en la Revista de *Derecho de Virginia de la Asociación de Derecho del Estado de Virginia*, octubre 1992, págs. 16 y

al castellano, resulta difícil “pues un testamento de vivos es un contrasentido, ya que todos lo son; testamento sobre mi vida tampoco es correcto pues el testamento es la disposición de bienes y derechos y la declaración o cumplimiento de deberes que hace una persona viva y en pleno ejercicio de sus facultades, para ser ejecutadas después de su muerte; y en el *living will* se están ordenando o solicitando acciones que deben realizarse durante la vida del sujeto; testamento biológico es una expresión ambigua y equívoca que tampoco debe prevalecer”, por lo que considerando al *living will* como una serie de disposiciones sobre la vida del declarante para el caso de que él no pueda darlas, Pacheco concluye que el mejor término para designarlo en nuestro idioma, sea el de “Disposiciones Vitales”, si bien reconoce “la exagerada amplitud que se contiene en esa expresión”.

Lo que sucede es que al parecer, la palabra *will* se ha considerado por la doctrina en una sola de sus acepciones idiomáticas (testamento), cuando en realidad tiene una connotación más amplia: *will* es voluntad y es también, deseo (“deseo de vida” o “deseo viviente” serían las traducciones literales), por lo que un *living will* no será un testamento sino una manifestación, disposición o declaración de “deseos sobre mi propia vida”. De ahí que el término Disposición Vital o Instrucciones a los médicos sea correctamente aplicable a la figura que comentamos.

El *living will* no es un verdadero testamento en el sentido jurídico que el derecho anglosajón reconoce y que se define como “la expresión legal o la declaración de la mente de una persona o de los deseos de ésta referente a la disposición de sus bienes, para tener efecto o para ser realizada después de su muerte”.³

sigs.: “el concepto del *living will* se encuentra codificado en la mayoría de los Estados (de la Unión Americana)”. En Derecho Argentino, véase la monografía “Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad” de Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996. La noción de “orden de muerte natural” la encontramos en una publicación hecha en el Estado de Texas (en español) Conozca sus Derechos, pág. 166.

³ Véase *Black's Law Dictionary*, sexta edición 1990. De acuerdo a *Bouvier's Law Dictionary* (Banks-Baldwin Law Publishing Co, Cleveland, 1948) un testamento (*will*) es el acto por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, aclarando que el término *will* es una expresión confinada al o aplicada en el Derecho Inglés y en los países en que éste está vigente, mientras que testamento (*testamentum*) es un concepto que se estudia en los países que tienen como antecedente al derecho romano. Sobre las diferencias entre el testamento (*will*) ordinario y el *living will*, ver a Francis, Leslie P., *op. cit.*

Por el contrario, el *living will* (a) surtirá sus efectos exclusivamente durante la vida del otorgante, y (b) se entiende como un “documento que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un período de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre ya capacitada para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico”.⁴

Como señala Leslie P. Francis, “por los testamentos ordinarios (los sujetos) disponen de sus bienes para después de la muerte. Los *living wills* prevén el tratamiento médico (a seguir) al final de la vida, antes de que llegue la muerte, pero cuando el sujeto ya es incapaz”. Y agrega “....no obstante su grandiosa denominación, los *living wills* tienen un campo limitado. Dos límites sumamente importantes encontramos en lo que puede lograrse a través de ellos. Primero, en la mayoría de los Estados (de la Unión Americana) sólo sirven para rechazar cuidados extraordinarios que tiendan a prolongar la existencia (del declarante). Segundo, únicamente son efectivos para rechazar ese cuidado cuando el paciente ha sido declarado en fase terminal o, en algunos Estados, cuando la muerte está muy cercana; pero no son directrices avanzadas a través de las cuales se permita rehusar el tratamiento (médico) en forma general”.⁵

En derecho anglosajón, por lo tanto, la noción del *living will* se reduce al testamento puramente biológico, es decir, a lo que se ha traducido como “el derecho a morir con dignidad”, dejando a un lado una serie de consideraciones que no necesariamente se relacionan con las instrucciones que para “una muerte digna”, dicta una persona capaz y que son las que forman el objeto de nuestro estudio.

El derecho que una persona puede tener a rehusar el tratamiento por el cual se tienda a mantener o prolongar su vida, ha generado discusiones a nivel ético y legal,⁶ así como una gran cantidad

⁴ Lisa Anne Hawkins, *Living Will Statutes: a Minor Oversight*, Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre 1992, pág. 1, introducción.

⁵ *Op. cit.*, págs. 27 y siguientes.

⁶ Aun cuando el tema será tratado más adelante, debemos reconocer que no deja de ser sumamente interesante cuestionarse si éticamente, una persona puede disponer de su vida mediante la adopción de reglas o autorizaciones específicas, que en un momento dado tendrán por objeto acortar su sufrimiento y su propia vida. Véase al efecto a Alberto Pacheco (*op. cit.*, pág. 301) y De Brandt y Llorens (*op. cit.*, pág. 4). Mas allá de cuestiones de técnica legislativa, el progreso científico nos motiva y nos brinda la oportu-

de literatura; en los países de habla inglesa, el problema ha sido llevado ya, para ser ventilado jurídicamente, a sus respectivas Cortes; en éstas, en un principio y en casos que tuvieron que ver con pacientes adultos incapaces o que, sufriendo una enfermedad terminal no manifestaron su voluntad a través de su *living will*, se aceptó originariamente el principio de la resolución del caso por “sustitución de la voluntad” (*substituted judgement*) que exige del juez la toma de una decisión en la forma en que lo habría hecho el enfermo, de haber estado sano; en otros supuestos en los que los pacientes fueron menores de edad, y por lo tanto incapaces, también se invocó ese principio como norma. Posteriormente (1984), las mismas Cortes decidieron que la ley (y no la resolución judicial que en derecho anglosajón es creadora del precedente legal) es el medio idóneo para desarrollar y prever el marco necesario para resolver el problema, como menciona Hawkins en su obra citada,⁷ agregando que sin embargo, aun cuando diversas legislaturas estatales norteamericanas⁸ han reglamentado al *living will*, pocas realmente han respondido al reto que significa la solución de fondo a la problemática planteada, y que de hecho, algunas leyes estatales norteamericanas como es el caso del Estado de Missouri, permiten la subsistencia de mandatos otorgados facultando al mandatario para tomar ciertas resoluciones por cuenta del mandante en el supuesto de que éste devengue incapaz.

Nos atrevemos a afirmar que el *living will* surge en el derecho anglosajón 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

nidad de cuestionar los principios que como directrices, subyacen en las disposiciones de carácter legal, lo cual nos introduce en el campo de la ética jurídica. Ante nuevas interrogantes y demandas, parece adecuado acudir a viejas premisas éticas que potencialmente reformulen y amplíen su alcance, para lograr alcanzar nuevas conclusiones que respondan mejor a las exigencias de nuestro tiempo; en el caso a estudio, las controversias que se suscitan en los temas que involucren el derecho a la muerte, oscilarán básicamente entre dos polos: uno, de tipo paternalista-perfeccionista que defiende a la vida por la vida misma, y otro que pugna por el efectivo ejercicio de la autonomía de la voluntad de la persona, el cual se hace patente en tanto los pacientes deciden sobre el curso y tratamiento médico de sus últimos días

⁷ *Op. cit.*, págs. 18 y 19.

⁸ Actualmente al parecer son 48 Estados y el Distrito de Columbia, quienes ya regulan jurídicamente al *living will*.

consecuencia de los trastornos físicos e incluso por el fallecimiento ocurrido por su tratamiento.

A nadie escapa el alto nivel litigioso de la sociedad norteamericana, y son muchos los casos derivados de lo que se conoce como *medical malpractice* (errores o equivocaciones en el tratamiento médico), cuyas consecuencias económicas han alcanzado no sólo cifras absurdas y elevadísimas en el monto de los honorarios médicos, sino en el costo de las primas de los seguros que contratan los médicos para protegerse de la eventualidad de las demandas en su contra, por actos de esa naturaleza. Por lo tanto, frente al problema derivado de la práctica médica y de las intervenciones quirúrgicas, fue no sólo obvio, sino natural, que las asociaciones mencionadas buscaran e idearan un concepto que permitiese a sus miembros, la exoneración profesional de su culpa: de ahí, que surgiera el *living will*, como instrucciones que un paciente, en perfecto estado de lucidez mental, dicta de forma estrictamente unilateral, para permitir a su médico, la supresión de un tratamiento en un momento dado, en el evento como ya se dijo, de que se presente “una condición incurable o irreversible” que pueda producir la muerte en un período relativamente corto, durante el cual ya no pueda ser considerado como sujeto capaz.

b) *Naturaleza jurídica*

De lo dicho puede afirmarse que el *living will* del derecho norteamericano tiene como naturaleza jurídica la de una declaración unilateral de voluntad no vinculativa ni para quien la hace, para quien es desde luego siempre revocable, y mucho menos para a quien en forma tan general se dirige, con el reducido alcance de sólo relevar de responsabilidad profesional a los médicos que atiendan al declarante en su última enfermedad o al final de su vida cuando sea incapaz de decidir por sí mismo. Esta declaración se fundamenta en disposiciones legales de los diversos Estados de los Estados Unidos de América.

El contenido de la declaración es relativo sólo a los alcances del tratamiento médico que pretende recibir el que la hace en la etapa terminal de su vida, naturalmente antes de morir pero cuando ya no tenga la capacidad de determinarlo.

En algunos Estados la legislación permite que se pueda rechazar el que se realicen cuidados médicos para prolongar extraordina-

riamente la vida; en otros estados, con un alcance mayor, se puede incluso ordenar el rechazo de cualquier cuidado médico, una vez que el paciente tiene una enfermedad terminal.

El *living will* no tiene en el derecho norteamericano el alcance ni de una autorización que hace el declarante a futuro, ni el de un mandato para tener efectos cuando la capacidad del mandante haya cesado, sino sólo, como se ha dicho, el de una simple declaración de voluntad no vinculativa.

Esto es evidente a la luz del argumento subsistente en la mayoría de los sistemas de derecho de que el mandato se extingue con la muerte y la incapacidad del mandante, y el de la existencia, en la legislación de muchos estados de la propia Unión Americana, de disposiciones para regular el llamado poder "post capacidad" o "poder duradero" como instituto diferente del *living will*.

Es necesario también, aclarar que la declaración que constituye el llamado *living will* no tiene contenido patrimonial alguno y, por tanto, no permite obtener vinculación alguna de destinatarios o terceros a través de transmisión o afectación de bienes.

En Derecho mexicano no existen disposiciones expresas sobre toda la materia que se pretende abarcar, no obstante es claro que una correcta interpretación jurídica de las normas vigentes permite regular la realización con eficacia de ese tipo de negocios, que pueden tener la naturaleza de declaraciones, testamentos, poderes, mandatos o de simples autorizaciones, y que por su trascendencia, por su seguridad, para su permanencia y por disposición de la propia ley debieran estar rodeados de formalidades y constar en escritura pública como documento publico auténtico.

El reducido alcance que tiene la institución norteamericana hace que sea casi inútil, por tanto, es de ampliarse para que sea vinculativa y verdaderamente operante, ya a través de la interpretación de las normas vigentes, ya por medio de la expedición de nuevas.

En nuestro derecho, como en algunos otros, el ámbito de la autonomía de la voluntad, entendida como la facultad de autodeterminación de la persona capaz no sólo de ejercitar facultades y derechos, sino también de conformar las relaciones jurídicas que le atañen, es amplio en las relaciones de derecho civil privado de contenido patrimonial y reducido por lo que se refiere a las relaciones de derecho civil familiar. Ello lleva a pensar que dentro de la clasificación tripartita del hecho jurídico no puede hablarse con

propiedad de negocios jurídicos familiares, sino de actos jurídicos familiares, en tanto que los autores de ellos, cuya voluntad es evidentemente encaminada a la producción de efectos jurídicos, no pueden conformarlos sino simplemente aceptarlos y cumplirlos como la ley los establece.

Existe un reducido número de negocios jurídicos que, por quedar incluidos en la esfera del derecho civil familiar y también, en la del derecho civil patrimonial tienen un carácter mixto y, por tanto, en ellos la autonomía de la voluntad tiene un campo de acción más amplio. En tales negocios, como es el caso del contrato de capitulaciones matrimoniales para la creación de regímenes jurídicos patrimoniales en el matrimonio, los sujetos pueden conformar sus relaciones.

Téngase en cuenta, por lo que se refiere a autonomía de la voluntad que en Derecho Civil Mexicano, ya de tiempo, a diferencia de muchos derechos europeos existe una absoluta libertad de testamentifacción.

II. DERECHO POSITIVO

Las circunstancias actuales en el Derecho mexicano por cuanto al tema en estudio, pueden resumirse como sigue:

A) LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La doctrina mexicana parece estar acorde en reconocer la existencia de los derechos de la personalidad como el conjunto de derechos que corresponden a la persona, al hombre, por el solo hecho de serlo, que no requieren del reconocimiento del Estado o de otras personas (los llamados derechos sobre sí mismos *jus in se ipsum*); y, aun cuando la propia doctrina no está de acuerdo en el contenido patrimonial o no de tales derechos, e incluso de si los mismos constituyen derechos subjetivos o son derechos de otro tipo, se les reconoce el ser absolutos, de aplicación *erga omnes*, no transmisibles, no prescriptibles, no renunciables, y por su trascendencia, importancia y objeto sustraídos al campo de la autonomía de la voluntad o cuando menos en casi todos los casos, no totalmente disponibles por quien los tiene.

Aun cuando un gran número de autores coincide en que los derechos de la personalidad, por su naturaleza no tienen contenido patrimonial todos están de acuerdo en que su violación sí puede

producir consecuencias patrimoniales. La violación de un derecho de la personalidad genera una obligación pecuniaria de restañar el daño causado.

La doctrina divide y clasifica los derechos de la personalidad de muchas formas y entre ellos generalmente incluye los derechos a la vida, a la integridad corporal, a la disposición del cuerpo, a la dignidad, a la imagen, al secreto y al respeto.

Como México es un Estado con forma federal, en él coexisten diferentes legislaciones, la federal y la de las diversas entidades federativas, y es a éstas, a las que corresponde la legislación en materia civil en la que se comprende la mayoría de las normas que regulan los temas que ahora nos ocupan.

Es de tenerse en cuenta para el objeto de este estudio a los Códigos Civiles de las diferentes entidades federativas y a la Ley General (federal) de Salud. Los códigos civiles regulan a la persona, a las relaciones familiares, a la incapacidad, a la tutela y curatela y al mandato y poder y la representación; y la Ley Federal de Salud lo relativo a tejidos y órganos, disposiciones de ellos y de cadáveres e integridad corporal

B) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 133 de nuestra Carta Magna, determina que la Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales son la Ley Suprema.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos —que no es un tratado internacional como tal—, inspiró a la mayor parte de los signatarios de la misma a modificar sus constituciones y leyes, adoptando los principios en ella proclamados, entre los que figuran los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona, a la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; así pues, el artículo 4º constitucional, consagra el derecho que tiene todo individuo a la protección de la salud y el artículo 24 establece el derecho de creencia religiosa.

Estas garantías individuales debemos tenerlas presentes siempre que hablemos de disposiciones sobre la propia incapacidad y no sólo ello, sino que es necesario entender cuál es el alcance de su contenido, pues el ser obligado a permanecer vivo de una forma forzada y artificial, alejado del derecho que se tiene a la salud, puede llegar a violentar las garantías constitucionales.

C) INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

1) *Incapacidad y tutela*

En materia de incapacidad los códigos civiles han abandonado el casuismo que originalmente tuvieron y la consideración de que la incapacidad sólo reconoce causas objetivas derivadas de la naturaleza, ya sea por edad o de la imposibilidad de comunicarse y de la demencia; hoy los códigos civiles establecen además que hay incapacidad cuando por la causa que fuere alguien sea incapaz de gobernarse u obligarse a sí mismo.

Por lo que se refiere a representación la doctrina y los códigos civiles distinguen entre representación legal y voluntaria (igual cosa sucede en materia mercantil), ya sea que en ella no intervenga para nada el sujeto representado ni en la designación del representante, ni en su actuación, ni en la determinación del ámbito de las facultades que se le otorguen, o bien que el representado sí pueda designar a su representante e investirle de facultades y determinar cuáles sean éstas.

En cuanto a la tutela, a la que los códigos consideran como la institución que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los incapacitados en forma interina o permanente y por ello su representación (artículo 449 del Código civil) cada vez menos en interés de la familia y la permanencia del patrimonio y más en interés del incapaz, los propios códigos atribuyen la facultad de designar tutores de los incapacitados a aquellos que sobre ellos ejercen la patria potestad (mediante designación en su testamento llamada tutela testamentaria (artículo 470) o establecen que la designación se haga teniendo en cuenta un orden establecido en la ley en atención al matrimonio o al parentesco (tutela legítima, art. 482) o lo dejan a los jueces (tutela dativa, artículo 495).

Hasta ahora no se tiene en cuenta la voluntad de quien siendo capaz, puede venir incapaz, expresada antes de que la incapacidad sobrevenga, ni la posibilidad de que quien ejerce la patria potestad sobre un menor de edad le designe tutor para el caso de que cesando la menor edad continúe la incapacidad por cualquiera otra causa, a lo que se llama patria potestad prorrogada.

Sin embargo, se establece la posibilidad de que el padre o la madre que ejerce la tutela de su hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual pueda nombrarle tutor testamentario (artículo 475 del Código civil) y, también, que la voluntad del pupilo es

trascendente en la designación de tutor cuando el propio pupilo se acerca a la mayoría de edad (artículo 496 del Código civil), lo cual evidencia que los creadores de los códigos mexicanos reconocieron la posibilidad de la intervención de la voluntad en la creación de la representación legal de incapacitados.

2) *El testamento*

La mayoría de los códigos civiles conciben al testamento como el acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte (artículo 1295 del Código civil), de lo que se desprende que esta concepción excluye del testamento a cualquier acto o negocio a ejecutarse antes de la muerte del autor. Sin embargo, la propia legislación civil regula la posibilidad de incluir dentro del testamento de realizar actos con efectos para antes de la muerte del autor, como el reconocimiento de hijos,⁹ el reconocimiento y remisión de deuda y el perdón al ofensor.

El testamento, parece casi innecesario decirlo, es una declaración de derecho familiar solemne por la trascendencia de lo que tutela.

3) *Poder y mandato*

En materia de mandato, y por ello referido a poder y a cualquier acto de investidura de la representación voluntaria, la legislación civil no es absolutamente tajante en cuanto al momento en que la muerte o incapacidad de una de las partes en el contrato o en la relación originada en el poder, hace cesar sus obligaciones y efectos, pues la parte que subsiste deberá proveer al cumplimiento de las finalidades propuestas en el negocio, una vez muerta o declarada incapaz la otra parte, hasta que sus causahabientes tomen el ejercicio del negocio.¹⁰

⁹ Artículo 369 del Código civil. "El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse en alguno de los modos siguientes ... IV. Por testamento...".

¹⁰ Artículo 2595. "...El mandato termina ... III. Por la muerte del mandante o del mandatario; IV. Por la interdicción de uno u otro..."; y Artículos 2600 y 2601 del mismo Código civil. Artículo 2600. Aunque el mandato termine por la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio." Artículo 2601. "En el caso del artículo anterior, tiene derecho el mandatario para pedir al juez que señale un término corto a los herederos, a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios."

El poder permite a una persona nombrar a otra para que tome las decisiones de cuidado de su salud por ella. Surte efectos mientras el poderdante no pueda tomar sus propias decisiones sobre el cuidado de su salud y es revocable en cualquier tiempo. Puede incluir la posibilidad de tener un apoderado (agente) alterno (sustituto).

Esta autorización está reconocida en algunas leyes de los Estados Unidos de América, pero no está previsto en el Derecho mexicano. No se trata de un poder o mandato de carácter patrimonial, pues se refiere a la persona misma del poderdante y a su salud, no a actos relativos a su patrimonio.

El Código civil permite la existencia de poderes especiales para actos del estado civil de las personas, tales como matrimonio o reconocimiento de hijo (art. 44). Sin embargo, no puede aplicarse por analogía este precepto a decisiones y actos relativos a la salud, por ser limitativo para los actos del estado civil.

Mientras no esté previsto expresamente este acto en la legislación, la declaración que hiciera una persona autorizando a alguien para que tome las decisiones médicas correspondientes sobre el tratamiento médico, serían instrucciones que tendrían fuerza moral para los médicos, y quizá para los familiares, pero no carácter vinculante. Si los médicos no acatan lo que les instruya el “representante” de la persona tratada médicamente, no estarán sujetos a responsabilidad profesional.

4) *Renta vitalicia*

La renta vitalicia es un contrato regulado por el Código civil (arts. 2774 a 2791) por el cual una persona entrega bienes o una cantidad de dinero a otra, el deudor, para que éste le pague periódicamente una cantidad de dinero hasta su muerte.

En 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 contrato tiene como efecto el que el incapaz, durante su vida pueda recibir periódicamente una cantidad de dinero, pero se limita al aspecto patrimonial y no resuelve ni la administración de esas cantidades periódicas, ni el cuidado de la persona o de su salud. Quizá este contrato deba ir acompañado de otros elementos complementarios para esos otros efectos.

5) *El derecho a morir dignamente*

Es de esperarse que la institución en estudio no sólo se circunscriba a exonerar eventualmente a médicos que no quedan vinculados por ella, si no que su campo de acción se amplíe para que se refiera a cuidados médicos, al derecho de morir dignamente, a la posibilidad de designar representantes legales (tutores en el sistema mexicano) para el caso de la propia incapacidad, a la posibilidad de prorrogar la patria potestad o designar tutores, a la subsistencia de poderes eficaces cuando no cese la personalidad del poderdante pero si su capacidad, así como a las disposiciones para los funerales del autor. Deberá obtenerse además que tales disposiciones, cuando esto sea compatible con su naturaleza, vinculen a sus destinatarios y tengan efectos patrimoniales.

En cuanto al derecho a morir dignamente éste, toda vez que la vida es un derecho de la personalidad, y el hombre no sólo tiene el derecho a vivir, sino la obligación de hacerlo y a que la vida no se debe truncar, el efecto de la declaración, para evitar su ilicitud, debe concretarse: a que se impida el enseñamiento terapéutico entendido como el que el sujeto por razones del afán de lucro de médicos e instituciones hospitalarias o por razones de investigación, prestigio profesional o cualquiera otras, sea sometido a tratamientos que ningún resultado ni efecto benéfico podrán tener; y a que, durante la incapacidad o última enfermedad del sujeto, por considerarla terminal, sólo se empleen medios ordinarios, en tanto a que no sean inusuales o fuera de lo normal y proporcionados o adecuados a la enfermedad y circunstancias del propio sujeto para conservarlo en vida, evitándole sufrimientos innecesarios, aun cuando los medicamentos empleados para ello puedan acortar su vida.

Subsiste el problema derivado de la necesidad de vincular jurídicamente la declaración del declarante con la actuación de sus familiares y del médico que atienda a aquél en su última enfermedad: ¿hasta dónde están obligados éstos a aceptar las instrucciones dadas para atender la última enfermedad del declarante? Como pregunta Pacheco: "...¿obligan al médico y a los parientes a actuar conforme a ellas? ¿Autorizan al menos a los médicos o parientes para actuar conforme a lo indicado? ¿Los médicos o parientes que han actuado conforme a la autorización salvan con eso su responsabilidad jurídica, ya sea ésta civil o penal? En otras palabras, ¿las Disposiciones Vitales legitiman cualquier acción de médi-

cos o parientes con la sola condición de que se actúe dentro de lo autorizado por esas disposiciones?”

Si los parientes o el médico no actúan de conformidad con las disposiciones u órdenes dadas, ¿quién estará facultado para exigir su cumplimiento? ¿Puede cualquiera de los familiares iniciar legalmente una acción jurisdiccional que tienda a obligar al cumplimiento de lo ordenado por el declarante?

Estos interrogantes llevan a Pacheco “... necesariamente al fondo de nuestro estudio, pues para saber si una autorización legítima una acción, es necesario saber dos cosas: 1º Si el autorizante está a su vez legitimado para realizar la acción. 2º Si esa acción no debe ser realizada necesariamente por él, sino que puede encargarla a otro...”. Por considerarlo de especial interés, se reproduce este estudio al final de este trabajo.

6) *Disposiciones de tipo funerario*

Estas disposiciones, que suelen ser testamentarias, no tienen una regulación o reconocimiento expreso en nuestras leyes. Sin embargo, son perfectamente válidas y en la práctica notarial se encuentran casos de disposiciones testamentarias respecto al cadáver del testador, referidas a los funerales o disposiciones similares o relacionadas para ser cumplidas por los sucesores. “Al igual que el sistema normativo reconoce al individuo el derecho a disponer *post mortem* sobre sus bienes, de la misma forma puede y debe atender a esa misma voluntad y libertad permitiéndole disponer sobre el destino de sus restos mortales. El Derecho no hace aquí sino secundar una espontánea y arraigada convicción social.”¹¹

Se puede decir que se trata de una disposición formalmente testamentaria y de contenido no patrimonial.¹² En la generalidad de los casos es típicamente testamentaria, pues no se encuentra en documentos ajenos a disposiciones *mortis causa*, aunque su incumplimiento no tiene consecuencias para los obligados por esa disposición. Sin embargo, puede el testador imponer su voluntad sobre el funeral o el destino de su cadáver como una carga a uno o varios herederos o legatarios y, mediante esa carga o modo, te-

¹¹ Gordillo Cañas, Antonio, *Trasplantes de órganos “petas” familiar y solidaridad humana*, Cuadernos Civitas, Madrid 1987, pág. 34.12.

¹² Cfr. Arce y Cervantes, José, *De las Sucesiones*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 64.

ner la certeza de su cumplimiento, pues la carga constriñe al heredero o legatario. “En nuestro Código la carga no sigue la doctrina sino que la considera como una condición resolutoria (art. 1361), lo que quiere decir que su incumplimiento en materia testamentaria resuelve el nombramiento de heredero o de legatario.”¹³

D) OTRAS LEYES

1) *Fideicomiso*

Es este un negocio jurídico mercantil regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (ordenamiento federal de naturaleza mercantil) que ha tenido gran aplicación en México y que posee una gran flexibilidad para muchos negocios. Por medio del fideicomiso una persona capaz, como fideicomitente, puede transmitir a una institución fiduciaria (que es siempre una institución autorizada por la ley), en forma revocable o irrevocable, ciertos bienes para que la institución fiduciaria lleve a cabo los fines de dicho fideicomiso en provecho o beneficio de un tercero o del propio fideicomitente (a esta persona se le llama fideicomisario). A través de esta figura se puede solucionar el problema patrimonial de una persona incapaz.

Los fines de un fideicomiso de esta naturaleza serían el proveer de fondos o recursos al fideicomisario que sería un incapaz y esto conforme a las instrucciones que el fiduciario recibe de un Comité Técnico regulado en el propio fideicomiso.

La solución tiene fundamento legal y puede ser obligatorio para las partes interesadas. Resuelve en cierto modo el aspecto patrimonial y de administración de bienes de un incapaz que previene su propia incapacidad, mediante una figura que tiene amplio reconocimiento en la práctica mexicana.

Sin embargo, hay aspectos que no resuelve en su totalidad un fideicomiso de esta naturaleza, como lo relativo al cuidado de la persona o de la salud. Por otro lado, es probable que una persona capaz no decida aportar todos sus bienes o una parte importante de ellos a una institución fiduciaria por un plazo largo y generalmente indeterminado.

¹³ Arce y Cervantes, *op. cit.*, págs. 82 y 83.

2) *La Ley General de Salud*

La entrada en vigencia de la Ley General de Salud, de carácter federal (arts. 313 a 350), puso punto final a discusiones, reconoció que la relación de la persona con su cuerpo es una relación de derechos de la personalidad con las características arriba señaladas, y no patrimonial, estableció la proscripción de la utilización económica de las consecuencias de esos derechos de la personalidad (art. 332) y reguló, congruentemente con ello, la muerte y disposición de órganos, tejidos y cadáveres, estableció quién puede disponer de ellos y la necesidad de autorizaciones y formalidades para ello.

Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 7 de febrero de 1984 y derogó al Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973; ha tenido diversas reformas, la última de las cuales fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 7 de mayo de 1997. En ella encontramos diversas normas relativas a disposiciones de órganos, cadáveres y cuidado médico, que nos obligan a considerar la posibilidad de determinar aun anticipadamente, qué tipo de tratamientos estamos dispuestos a soportar por los beneficios que ofrezcan y cuáles, en definitiva, sólo retardarían la muerte en condiciones precarias de vida:

1) El artículo 77, por ejemplo, prevé la obligación que tienen los padres tutores o quienes ejerzan la patria potestad, respecto a los menores, de procurar la atención inmediata de aquellos menores que presenten alteraciones de conducta que permitan suponer la existencia de enfermedades mentales.

2) El artículo 100, prevé y regula la investigación en seres humanos, la que se desarrollará adaptándose a principios científicos y éticos que justifiquen la investigación médica, cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo, debiendo contarse siempre con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal, en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterados de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud (fracción IV). Quien viole esta disposición, se hará acreedor de las sanciones previstas en el artículo 101 del mismo ordenamiento.

3) Es facultad de la Secretaría de Salud (dependencia del Gobierno federal), el autorizar con fines preventivos, terapéuticos,

rehabilitatorios o de investigación, el empleo en seres humanos de diversos medicamentos (art. 102).

4) El art. 103, determina que en el tratamiento de una persona enferma, el médico podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnósticos, cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente debiendo siempre contarse con el consentimiento por escrito de éste, de su representante legal en su caso, o del familiar más cercano en vínculo.

5) Dentro del título IX, encontramos el capítulo ÚNICO, relativo a la Asistencia Social, Prevención de Invalidez y Rehabilitación de Inválidos. Dándose por concepto de Asistencia Social (art. 167): el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva. Dentro de las actividades básicas, de la asistencia social (art. 168, en la fracción IV), está el ejercicio de la tutela de los menores en los términos de las disposiciones aplicables, y en la fracción V, la prestación de servicios de asistencia jurídica y orientación social, especialmente a menores, ancianos e inválidos sin recursos.

6) El art. 171 obliga a los integrantes del Sistema Nacional de Salud, a dar atención preferente e inmediata a menores y ancianos sometidos a cualquier forma de maltrato que ponga en peligro su salud física y mental, debiendo las Instituciones de Salud tomar todas las medidas necesarias para la protección de la salud de menores y ancianos.

7) Título XIV. Relativo al Control Sanitario de disposiciones órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, señalando como competencia de la Secretaría de Salud, el ejercicio del control sanitario de disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos, teniendo a su cargo el Registro Nacional de Transplantes y el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea (art. 313).

8) Con respecto a la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres, el art. 315, define como disponente originario, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo; como disponente secundario, el art. 316, señala al cónyuge,

concubinario, concubina, ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado, del disponente originario. A falta de los anteriores, la autoridad sanitaria y los demás a quienes la ley u otras disposiciones aplicables les confieran tal carácter. La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, respecto a cadáveres, está determinada en el art. 318.

9) Disposición ilícita de órganos y tejidos, células y cadáveres, es aquella que se realiza en contra de la ley y orden público, según determina el artículo 320.

10) El trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos, sólo puede llevarse a cabo con fines terapéuticos, cuando han sido satisfechos los resultados de las investigaciones realizadas al efecto y representen un riesgo aceptable para la salud y vida del disponente originario y del receptor art. 321. La obtención de órganos o tejidos y sus componentes con fines terapéuticos, serán preferentemente en cadáveres (art. 322).

11) La selección del disponente originario y del receptor, se hará por prescripción y bajo control médico (art. 323).

12) Para efectuar la toma de órganos y tejidos, se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario libre de coacción física o moral otorgada ante Notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En caso de disposición de sangre, componentes sanguíneos y células, bastará el simple consentimiento por escrito (art. 324).

13) Si el disponente originario, no otorgó su consentimiento en vida, para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes en el orden a que se refiere el art. 316, según preceptúa el art. 325.

14) No es válido el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente (art. 326).

15) En caso de mujeres embarazadas sólo se admite la toma de tejidos con fines terapéuticos, si el receptor está en peligro de muerte y que no haya riesgo para la mujer o el producto de la concepción (art. 327).

16) En el caso de personas privadas de su libertad, pueden otorgar su consentimiento, sólo cuando el receptor sea su cóny-

ge, concubinario o concubina o familiar del disponente originario (art. 328).

17) El art. 334, dispone que cualquier órgano, tejido, que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera su estudio para fines terapéuticos de docencia o investigación.

18) Los cadáveres, nunca pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración (art. 336).

19) Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o partes de ellos, con fines de docencia o investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por disponentes secundarios a que se refiere la fracción I, del art. 316. Si el disponente originario no expresó su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del art. 316, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación.

De los artículos mencionados, destacan principalmente 3:

A) El artículo 100, que dispone se requiere del consentimiento por escrito del sujeto en que se practique la investigación o de su representante legal, en caso de incapacidad legal;

B) El 103, referente a tratamientos médicos y al consentimiento por escrito del paciente, de su representante legal o del familiar más cercano en vínculo.

Este artículo es de extrema importancia, pues limita la actuación del médico a una "posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente", éste es un presupuesto sin el cual el médico, aun con la autorización de los familiares o del propio paciente, incurriría en responsabilidad al aplicar un tratamiento que no tenga fundadas posibilidades de eficiencia y que prolongue cruelmente la vida de un ser humano.

Este numeral constituye el cimiento primordial de las disposiciones en vida en relación con el tratamiento médico hacia la propia enfermedad terminal o fatal, en la que ya no es posible al propio paciente decidir su tratamiento, bien por estar inconsciente, o por ser ya incapaz.

C) El 324, relativo a toma de órganos y tejidos requiere del consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral otorgado ante notario, o documento expedido ante dos testigos idóneos con las demás formalidades

Los beneficiarios del órgano o productos del cuerpo, una persona a quien se va a trasplantar el órgano o una institución médica o de investigación, pueden exigir por las vías procesales correspondientes el cumplimiento de la declaración del disponente originario o secundario.

Como la regulación es reciente, no puede todavía hablarse de casos concretos en esta materia que indiquen alguna directiva del cumplimiento de las disposiciones de órganos o, de los posibles casos de incumplimiento.

III. EL PROBLEMA DE LA VINCULACIÓN DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD Y EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL ACTO POR TERCEROS

A) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto el regular los intereses del propio interesado y, en ese sentido, corresponden a la autonomía privada, pues son “actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios de los mismos interesados”.¹⁴

El reconocimiento en un ordenamiento jurídico de determinados actos de autonomía privada no se produce desde el primer momento. “La sanción del Derecho se presenta como algo añadido y lógicamente posterior, como un reconocimiento de la autonomía exactamente. En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tórnanse en instrumentos que el Derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos y, por tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada.”¹⁵

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. Por esta razón, 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

¹⁴ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 43.

¹⁵ Betti, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

los efectos que pueden producir y si, en ciertos casos, estos efectos son efectos jurídicos que reconozca el ordenamiento legal.

Los efectos que la declaración unilateral de una persona tendrán respecto a terceras personas van a depender, conforme al Derecho mexicano vigente, de varias circunstancias.

Habrá que determinar en cada caso concreto:

i) 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 poder de autodeterminación.

ii) Si tales disposiciones tienen algún reconocimiento legislativo.

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

iv) Si hay normas de orden público que contienen reglas distintas que no permiten que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.

En todo caso, ciertas declaraciones de voluntad no tendrán efectos jurídicos vinculantes a terceros, pero su contenido como deseo, recomendación o instrucciones a médicos, familiares o jueces, podrán tener un cumplimiento espontáneo por su carácter de deberes morales

B) CONSIDERACIONES PARA EL DERECHO MEXICANO

Puede obtenerse actualmente la vinculación de familiares, legatarios, herederos y aun de médicos e instituciones hospitalarias con las disposiciones objeto de nuestro estudio, a través de instrucciones que su autor dé o el facultamiento que haga a sus propios herederos y albaceas, para que exijan su cumplimiento o las responsabilidades que resulten y el condicionamiento que haga el autor de las declaraciones (lo que es absolutamente libre art. 1344 del Código civil) de la operancia de legados y herencia a que los instituidos cumplan con las instrucciones y facultamientos.

De hacerse la reforma que se propone al Código civil, la vinculación podrá obtenerse también a través de poderes y mandatos duraderos que subsistan después de la incapacidad de poderdantes y mandantes y que legitimen a apoderados y mandatarios para cumplir la voluntad del incapacitado.

No será de gran magnitud la reforma legal requerida para que quien es capaz pueda designar con eficacia a sus propios tutores para el caso de que sobrevenga una incapacidad.

Con tal reforma se hará prevalecer el principio de autonomía de la voluntad, y se reconocerá que es al propio futuro incapacitado a quien más corresponde designar tutores porque es quien mayor interés tiene en ello, en que se preserven su persona y bienes.

Es también probable que el futuro incapacitado quien tiene más elementos de juicio para saber quien podrá cuidar de él y representarlo mejor.

Si por un lado la ley autoriza a quien ejerce la patria potestad sobre un sujeto a que pueda nombrarle tutor mientras siga siendo menor de edad, para el caso de que quien ejerce dicha patria potestad pueda designarlo y seguirla ejerciendo; y, si por otro lado se autoriza al menor, en ciertos casos a intervenir en la designación de su propio tutor, no existe ninguna razón para que la ley no autorice a quien es capaz a que designe tutor de sí mismo en el supuesto o previendo que le sobrevenga una incapacidad.

Por lo anterior, es de reformarse la legislación civil para que se autorice al propio probable futuro incapacitado para designarse tutores, forma de designación que deberá tener preferencia respecto de cualquier otra manera de nombrar tutores.

Por los anteriores argumentos deberá reformarse la legislación para que se regule la posibilidad de que quien ejerce la patria potestad sobre un menor pueda designarle con eficacia, tutor para el caso de que al cesar la patria potestad, por razones de edad, el sujeto a ella continúe siendo incapaz por cualquier otra razón.

La reforma legal deberá hacerse de tal manera que esta forma de designación tenga preeminencia sobre cualquier otra.

La reforma también deberá contemplar la posibilidad de que la patria potestad se prorrogue por todo el tiempo de que quien habiendo estado sujeto a ella continúe ininterrumpidamente incapacitado por cualquier otra causa.

Por lo que se refiere a la disposición de órganos vitales, teniendo en cuenta todas las consideraciones morales y éticas que ya se han hecho respecto al derecho a designar los cuidados médicos a recibir, el derecho a morir dignamente y el carácter de derecho de la personalidad que se tiene sobre los órganos, sin necesidad de reforma alguna pues ya lo autorizan las disposiciones positivas vigentes, el sujeto podrá realizar la disposición de tales órganos y tejidos por acto intervivos o *mortis causa*.

Es perfectamente claro que nadie puede representar a quien ya no existe y por tanto que los negocios que originan la representación deban cesar con la muerte, pero no existe ninguna razón para que la representación necesariamente cese por la incapacidad del representado. Debe tomarse en cuenta que si el representado designó representante es por el convencimiento que tuvo de lo benéfico para él de la representación y lo confiable del representante designado, y que nadie puede estar en mejor posibilidad de designar buen representante que aquél en cuyo patrimonio, e incluso en cuya persona podrán recaer los actos realizados por el propio representante.

En consecuencia, siguiendo el criterio ya establecido en los códigos de que ni aun la muerte hace cesar tajantemente los efectos de la representación, es de establecerse que los mandatos, poderes o actos de investidura o actos de representación podrán subsistir aun cuando sobrevenga la incapacidad del representado, siempre que se haya manifestado la voluntad del propio representado en este sentido. Debe pues proponerse una reforma legal para aclarar que cuando el acto de investidura de representación así expresamente lo autoriza, ésta no debe cesar por la incapacidad sobrevenida del representado.

La institución así regulada acarreará grandes beneficios al representado, a su persona, patrimonio y familia y consecuentemente a la sociedad, ya que los elementos de juicio que él tuvo para designar representante seguirán prevaleciendo, y el tutor será el que reciba las cuentas del representante.

En el mismo orden de ideas los negocios de investidura de la representación podrán referirse a todo tipo de facultades, es decir las más amplias, con exclusión sólo de las que puedan constituir un ilícito o contravengan a las circunstancias del propio negocio y desde luego las relativas a autocontratación.

Por último, hay que tomar en cuenta que sí se puede actualmente ya intervenir en la designación de tutor para otro y que se propone que se pueda intervenir en la designación del propio tutor, nada impide que se pueda otorgar poder duradero o poder para la propia incapacidad.

Por cuanto al fundamento legal de las Disposiciones Vitales, creemos que los artículos 6º y 7º del Código Civil para el Distrito Federal nos dan la pauta para declarar y reconocer su validez legal: “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley —reza el primero de los numerales— ni alterarla o

modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”, renuncia que “...no produce efecto alguno —determina el segundo precepto— si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”.

También deben mencionarse los principios que señala el Código civil en el sentido de que: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho” (artículo 19). “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie se decidirá observando la mayor igualdad entre las partes” (artículo 20).

IV. ASPECTO PROCESAL DEL JUICIO DE INTERDICCIÓN

A) JUEZ COMPETENTE Y PROCEDENCIA DE LA VÍA

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial* el 7 de febrero de 1996, señala la competencia de los jueces.

El Juez de lo Familiar es el competente para conocer de los juicios relativos al estado de interdicción, según lo dispone el artículo 52, fracción II de la citada ley.

Para la tramitación procesal de la declaración del estado de interdicción existen dos vías procesales a las que puede acudir, según las circunstancias de cada caso y en especial si existe o no oposición de parte. Así, tenemos que en principio existen, en el juicio de interdicción dos vías.

a) *La vía de jurisdicción voluntaria*

El estado de interdicción se tramita en jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo Familiar, quien resolverá declarando el estado de interdicción del sujeto incapaz, siempre y cuando no haya oposición de intereses, ni impugnación contra tal resolución.

La jurisdicción voluntaria es la vía apropiada, en relación a la declaración del estado de interdicción de personas incapacitadas, bajo circunstancias no contenciosas.

El fundamento se encuentra en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, precepto que regula la práctica de las diligencias en jurisdicción voluntaria.

b) *La vía ordinaria*

El estado de interdicción se tramitará en el juicio ordinario, en procedimientos contenciosos para obtener o no el estado de interdicción de un supuesto incapaz. En el juicio son partes: Peticionario, tutor interino, el Ministerio Público, y en su caso el Curador interino.

B) PROCEDIMIENTO

La incapacidad por causa de demencia, debe acreditarse en un juicio ordinario. Antes de proceder a la tramitación del juicio ordinario, se debe tramitar ante el Juez de lo Familiar, como diligencias prejudiciales el nombramiento de tutor interino, lo que está previsto en el Título Decimquinto que se refiere a la Jurisdicción Voluntaria, Capítulo II, que se refiere al nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de esos cargos.

Las diligencias prejudiciales se tramitarán conforme a las reglas del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles:

“ARTÍCULO 904.—La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el petionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez. Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona o 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 auxilió u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II. Los médicos que practiquen el examen deberán 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.

III. Si en el 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: 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 de mayor edad. En 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 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.

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.

Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuvieren bajo su guarda el presunto incapacitado.

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

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 primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

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 resolución declarando o no ésta.

Si en dicha audiencia hubiere oposición de parte, se sustanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.”

De lo antes señalado se desprende que si no hay oposición entre el peticionario y el tutor interino, se declarará el estado de interdicción y en consecuencia la incapacidad por causa de demencia de la persona señalada como incapaz, en jurisdicción voluntaria.

Si hay oposición entre el peticionario y el tutor interino, dicha oposición se substanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público y el curador interino.

En este caso se observarán las reglas que señala el artículo 905:

“ARTÍCULO 905.—En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior se observarán las reglas siguientes:

- Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo anterior y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por las aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.
- El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.
- El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del Ministro Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.
- Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.
- Luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo que corresponda conforme a la ley.
- El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.
- Las mismas reglas en lo conducente se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.
- El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.”

C) PRUEBAS DE LA INCAPACIDAD

La incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero se requiere en el juicio ordinario la certificación de tres médicos alienistas. Cada parte puede nombrar un perito médico, quien intervendrá en la audiencia y rendirá su dictamen, pero el examen del incapacitado se hará en presencia del juez en el que será oído el Ministerio Público. El juez también puede examinar al incapaz, a los médicos y a los testigos haciendo cuantas preguntas estime convenientes.

D) CARÁCTER PROVISIONAL DE LA SENTENCIA DE INTERDICCIÓN

Se discute doctrinalmente si la sentencia de interdicción nunca causa estado como sentencia definitiva o, si por el contrario, siempre será provisional, toda vez que pueden cambiar las circunstancias y las condiciones psíquicas del sujeto declarado en estado de interdicción, quien puede volver al estado de lucidez, razón por la cual, la sentencia puede alterarse o modificarse. Esto lo contemplan los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles y el artículo 467 del Código civil, cuyo texto señala: “La interdicción de que habla el artículo anterior no cesará sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme a las mismas reglas establecidas para el de interdicción.”

E) VACÍO LEGISLATIVO

No está previsto un procedimiento conforme al cual una persona mayor de edad, pueda nombrar a una persona de su absoluta confianza como su representante legal, para que funja como tutor interino y en su oportunidad como tutor definitivo en su interdicción, es decir, no hay reglas respecto a las disposiciones y medidas cautelares que una persona pueda tomar previendo en lo futuro su propia incapacidad.

La pretensión ésta que es legítima, ya que nadie más que el propio interesado puede elegir a la persona de su confianza para que administre su patrimonio, en la hipótesis de la interdicción y mientras llega la muerte, o bien, que provea lo necesario para dar facultades amplias y plenas a una persona para cuando el sujeto caiga en el caso de enfermedad terminal, a efecto de que esta persona de su confianza disponga todo lo que sea necesario.

V. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones de lo estudiado, puede decirse lo siguiente:

1. La institución del *living will* tiene un campo aplicativo reducido al otorgamiento de instrucciones médicas, siempre revocables, lo que la hace incompleta y que sea necesario encontrar en el Derecho mexicano la posibilidad de:

- a) Dar instrucciones a los médicos para el caso de que sobrevenga la propia incapacidad.
- b) Intervenir en la designación de tutor para el mismo caso.
- c) Intervenir por quienes ejercen la patria potestad en la designación de tutores y curadores de los sujetos a ella para el caso de que continúen incapaces al alcanzar la mayoría de edad.
- d) La posibilidad de que se prorrogue la patria potestad que ejercen los padres o ascendiente sobre menores incapaces cuando éstos lleguen a la mayoría de edad y continúen incapaces.
- e) Regular los derechos de la personalidad relativos al cuerpo humano y a la disposición de órganos y tejidos.
- f) Poder vincular a terceros para lograr el cumplimiento de lo propuesto.

2. Puede concluirse también que en Derecho mexicano puede lograrse la propuesta a través de:

- a) Una interpretación de normas vigentes no expresas.
- b) La aplicación de normas expresas que ya existen; y
- c) En el menor de los casos de la realización de reformas legales.

En efecto la emisión de voluntad para lograr los alcances señalados puede ya contarse en declaraciones unilaterales de voluntad; y, la vinculación de terceros puede obtenerse a través de actos unilaterales, testamentos y poderes, o bien por medio de contratos sujetos a ciertas condiciones.

3. De La Ley General de Salud en materia de órganos, tejidos, cuerpos y cadáveres tiene una reglamentación, si bien perfectible, utilizable para algunos de las disposiciones propuestas.

PROYECTO DE REFORMA A LEYES MEXICANAS

a) "*Living will*" o *Instrucciones a los Médicos*

El conocido como *living will* o en español, instrucciones a los médicos, si se llega a regular en el Derecho mexicano, debería hacerse en la Ley General de Salud en la que se incluiría una disposición con este texto.

ARTÍCULO 320 A.—Una persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede hacer una declaración ante notario en la que instruya a los médicos y a quienes hayan de realizar un tratamiento que no se prolongue la vida con procedimientos artificiales, extraordinarios o despro-

porcionados. La declaración será en todo momento revocable por la persona que la realizó, aun sin la formalidad con que se otorgó la primera.

b) *Poder duradero sobre el cuidado de la salud*

La posibilidad de otorgamiento de un poder de esta naturaleza debe a los siguientes artículos del Código civil:

Agregar un segundo párrafo al artículo 2548 con este texto:

El mandatario podrá tomar las decisiones de tratamiento médico y cuidado de su salud del mandante, aún cuando este hubiere quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocable en todo momento, sin necesidad de que la revocación revista la misma forma de la declaración.

Agregar en el artículo 2555 una fracción IV con este texto:

IV. En el supuesto del artículo 2548 segundo párrafo.

Agregar a la fracción IV del artículo 2595 lo siguiente:

2595.—El mandato termina:...

IV. Por la interdicción de uno u otro, excepto que hubiere sido otorgado en 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;

c) *Designación de representante para la propia incapacidad.*

Esta designación debe incluirse en los Códigos civiles, que son los ordenamientos en donde se regula la tutela y la curatela.

Agregar en el artículo 461:

La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.

ARTÍCULO 485 bis.—El mayor de edad capaz, o el menor que ha cumplido dieciséis años, puede designar a la persona o a las personas que sucesivamente tendrán los cargos de tutor y curador para el caso de que sea declarado incapaz. 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 ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

d) *Patria potestad prorrogada*

La adición de estas disposiciones debe hacerse en los Códigos civiles que son los ordenamientos que regulan a la patria potestad.

ARTÍCULO 414 bis.—La patria potestad sobre los hijos incapaces, que ejerzan los padres o sus ascendientes, quedará prorrogada al legar éstos a la mayoría de edad si continúa la incapacidad.

Agregar al artículo 443 la siguiente fracción:

La patria potestad se acaba:

III. Por la mayoría de edad del hijo, *salvo que éste continúe siendo incapaz en los términos del artículo 414 bis.*

Agregar un artículo 475 bis:

ARTÍCULO 475 bis.—El padre o la madre de común acuerdo, o el ascendiente que sobreviva, podrán designar tutor y curador para su menor hijo incapaz. El tutor y el curador designados durarán en su cargo durante todo el tiempo que dure la incapacidad del menor o del mayor de edad incapaz.

- e) *Registro Nacional de actos de última voluntad, disposiciones sobre instrucciones a médicos y disposiciones sobre órganos, tejidos y cadáveres.*

En las diversas Leyes del Notariado de los Estados se deberán adicionar disposiciones que regulen el Registro Nacional de actos de última voluntad y disposiciones sobre instrucciones médicas, órganos, tejidos y cadáveres de dos formas: la obligación de cada notario de dar un aviso y el Registro que deberá organizar cada uno de los Colegios de Notarios de los Estados y la obligación de éstos de concentrar dicha información en un Registro nacional.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 80 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 al Colegio de Notarios, en el mismo plazo, de los siguientes actos que se otorguen ente su fe:

- a) De los testamentos.
- b) De las declaraciones por las cuales se dan instrucciones a los médicos o familiares relativas a tratamientos médicos.
- c) De las declaraciones 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.
- d) De los actos por las que una persona dispone respecto a sus propios órganos, tejidos o cadáver, o como disponente secundario dispone respecto de otra persona.

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

ARTÍCULO 152 bis.—El Colegio de Notarios tendrá, entre sus funciones, organizar y llevar por cualquier medio un registro de los actos a que se refiere el artículo 80 bis de esta ley. El encargado del este Registro deberá recibir los informes que le presenten los notarios y, a petición de los propios notarios o de entidades que presten servicios médicos o de las autoridades competentes podrá dar la información que se le solicite que se contenga en dicho Registro.

f) *Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal*

Agregar al artículo 904 la siguiente fracción:

ARTÍCULO 904...VI.—Cuando una persona tenga fundadas sospechas de que puede caer en incapacidad por cualesquiera causas de demencia, podrá acudir en vía de jurisdicción voluntaria, ante el Juez de lo Familiar y libremente 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 mandato.

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 a 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.

La fracción VII deberá prever la posibilidad de que todo lo anterior por ser de jurisdicción voluntaria se lleve a cabo en sede notarial, para lo cual proponemos la fracción VII del artículo 904 para que quede en los siguientes términos:

Cuando una persona tenga informes de su médico de que caerá en estado de demencia, podrá acudir ante el Notario Público de su elección exhibiendo dicho dictamen médico y procederá a nombrar un mandatario para que administre todo su patrimonio en la forma y términos en que lo instruya, asimismo, podrá darle facultades para

disponer pos-mortem de sus tejidos y órganos humanos en beneficio de las personas que le señale y en su caso sujetarse a las instrucciones 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.