

FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA AUTOTUTELA

Carlos RENDÓN UGALDE*

RESUMEN: El autor analiza la conveniencia de regular la tutela voluntaria, como poder de autodeterminación de toda persona; con el fin de que siendo aun capaz, pueda prever la regulación de aspectos variados de su existencia, y no ser sometida al “régimen de protección” predeterminado en el Código Civil.

ABSTRACT: The author analyzes the appropriateness of regulating voluntary guardianship, as every person's power of self-determination; for the purpose that even if competent, the regulation of varied aspects of its existence may be anticipated, and not be subjected to the “protective regime” pre-determined in the Civil Code.

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

I. IDEAS PRELIMINARES

Propone el doctor Luis Villoro Toranzo que el derecho se define como “un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.¹

La realidad histórica a que hace alusión Villoro podemos identificarla con el hecho de que hoy en día una persona es capaz, gracias a los avances médicos, de prever su propia incapacidad. Es bien cierto que en los tiempos actuales la extensión de ciertas pandemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población con las colaterales enfermedades tipo demencia senil o “Alzheimer”, incluso pensemos en el afamado Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (sida); provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos variados de su existencia.

La realidad histórica que menciona Villoro es, en este caso concreto, la de todas las mujeres y hombres que nacen, viven y mueren en una secuencia cotidiana de la que cada uno es dueño y responsable. En dicho transcurrir, las personas necesitan la asistencia y el cuidado que le puedan proveer las ciencias y el derecho para que esas vidas transcurran en paz, con identidad y con dignidad.

Recordemos que hasta el siglo XIX, la vida humana era mucho más corta y el hombre moría a causa de infecciones en epidemias y fiebres incontrolables. Pero es en ese mismo siglo que se producen avances notables en materia sanitaria tendentes a lograr la higiene en general y la asepsia en los centros de salud. La farmacología y la ingeniería han logrado:

a) La postergación de la muerte y una importante prolongación de la vida al eliminar a la infección como principal causa de deceso.

b) El mantenimiento artificial de la vida mediante mecanismos que cumplen aquellas funciones que en el hombre han interrumpido enfermedades crónicas o degenerativas, la vejez o accidentes.

La longevidad desarrolla en un alto número de personas enfermedades que ocasionan el deterioro de órganos y tejidos, problemas de motricidad

¹ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 7a. ed., Porrúa, 1987, p. 127.

impidientes, y deterioros psíquicos que se traducen en conductas patológicas compatibles con la demencia.

Es inconcebible que una persona, aun contando con recursos, llegada a una eventual incapacidad por enfermedad, accidente o simplemente la vejez, es sometida a un “régimen de protección” que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el juez o, en el mejor de los casos, entre familiares que predetermina el Código Civil para el Distrito Federal, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afectos; baste sólo citar como ejemplos los artículos 486 y 487 del referido ordenamiento:

Artículo 486. El marido es tutor legítimo y *forzoso*² de su mujer, y ésta lo es de su marido.

Artículo 487. Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.

Esta realidad que hemos expuesto en párrafos anteriores no tiene solución ya no digamos justa, ni tan siquiera tiene solución en la legislación mexicana, y son contadísimos los casos previstos para la incapacidad sobreenvenida en las legislaciones extranjeras, las cuales estudiaremos más adelante:

En verdad sorprende —mencionan Taiana y Llorens— que desde el derecho romano hasta nuestros días no se haya buscado el molde adecuado para atender esta necesidad humana en el plano jurídico. Es enorme el vacío legal, jurisprudencial y aun doctrinario que se abre entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante (tal como se legisla en casi todos los Estados) y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador.

A nuestro entender existen algunos motivos que, si bien no justifican este vacío, lo explican de alguna manera.

Uno de ellos es la natural reticencia del ser humano a aceptar las realidades desgraciadas de la vida, especialmente la muerte y las enfermedades... Otra motivación se podría fundamentar en que el progreso normativo no ha acompañado al desarrollo, relativamente reciente, de las técnicas de diagnóstico precoz en la ciencia médica... Asimismo, otro motivo

² Las cursivas son nuestras.

puede estar dado por la prolongación del promedio de vida... Finalmente, otro motivo (y quizá sea el de mayor importancia) se encuentra en el debilitamiento paulatino de la familia, el que por así haberse producido no generó una respuesta legal adecuada.³

Ya Chávez Asencio, doce años antes, se había anticipado a los argentinos Taiana y Llorens en el sentido de que la familia está en crisis. “Se habla de la crisis general del ser familiar y, más en particular, se habla de una crisis de desintegración”.⁴

La desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no lo es, la esposa tampoco, y consiguientemente los hijos no tienen marco inmediato de referencia.⁵

Así pues, tenemos que la persona que preveía su propia incapacidad depositaba su confianza en la familia a la que pertenecía, para que tomaran las medidas pertinentes para su eventual incapacidad. Pero ahora, con la crisis de la familia, esto ya no puede ser así.

Independientemente de las razones por las que no se haya avanzado en este tema, podemos retomar una figura que existe en ciertas legislaciones extranjeras, para adecuarla a nuestra legislación, es la llamada “tutela voluntaria”, cuyo objetivo es subsanar este vacío legislativo. De esta manera, la persona capaz podrá prever a la persona o personas que se harán cargo de su persona y de su patrimonio para el momento en que incida en el supuesto de incapacidad.

II. ANTECEDENTES

Como ya hemos mencionado en este capítulo, las referencias históricas son muy escasas por lo innovador del tema.

Sin embargo, en 1927 se documentó el caso de una persona de nacionalidad rusa, quien al cumplir su mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado. La razón de esta autodesignación se basó en que

³ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 1 y 2.

⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 3a. ed., Porrúa, 1994, p. 189.

⁵ Cfr. Carlos Escandón E. citado por Chávez Asencio, Manuel F., *op. cit.*, nota anterior.

dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. Curiosamente dicha autodesignación le fue aprobada por el Tribunal de Tutelas.

Juan José Rivas Martínez asegura que la configuración de la institución es todavía anterior, “ya que a ella se había referido Diego Ma. Crehuet del Amo en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1921) titulado ‘La tutela fiduciaria’”.⁶

III. NOMENCLATURA

La figura que aquí se comenta ha sido llamada de diversas formas:

La paternidad del término autotutela... corresponde al Abogado del Estado Eloy Sánchez Torres en su artículo “Una nueva modalidad tutelar” [*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, pp. 345 y ss.].... La palabra “autotutela” se introduce en esta obra al decir: “La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”.⁷

Ignacio Galindo Garfias e Iván Lagunes Pérez la han denominado “tutela cautelar” o “autotutela”, retomando el término de Sánchez Torres.

Por su parte, Rivas Martínez prefiere denominarla como “autodelación de la tutela”.⁸

José Ángel Villalobos Magaña denomina a esta figura como “tutela voluntaria”, término que se desprende del texto del proyecto de Código Civil para el Distrito Federal, que en la parte relativa a tutela redactó en su totalidad, y que fue presentada a la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en 1998.

Nuestra opinión

Nosotros preferimos adherirnos a la denominación propuesta por Villalobos Magaña, ya que se plasma en ella la nota característica y fundamental de este tipo de tutela, que es la voluntad.

⁶ Rivas Martínez, Juan José, *Ponencias presentadas por el Notariado Español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998, p. 192.

⁷ Eloy Sánchez Torres citado por Rivas Martínez, Juan José, *op. cit.*, nota anterior.

⁸ *Cfr. idem.*

IV. FUNDAMENTO

1. *Fundamento natural*

Dos de los derechos naturales inherentes al ser humano son la libertad y la seguridad.

No entraremos al análisis de la diferenciación entre libertad y libertinaje, pues nos estamos refiriendo al más puro de los conceptos sobre este derecho natural.

A través de la historia del hombre, diversos documentos han recogido estos derechos connaturales al hombre. Enseguida expondremos los más importantes.

A. *Carta de Neuchâtel (1214)*

En este documento se plasmaron las libertades otorgadas a los habitantes de dicha ciudad por los condes y Bertoldo. Por ser una declaración incipiente, no contiene aún la mención de la libertad y la seguridad como tales.

B. *Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215)*

Fue considerada como el primer documento de carácter constitucional en Inglaterra, que fue impuesta por los barones a Juan Sin Tierra, y hubo de ser confirmada por él mismo y sus sucesores en muchas ocasiones.

En el punto trigésimo noveno se deja entrever la protección consistente en que ningún hombre libre sería desposeído de sus derechos. Entendemos que la libertad no podía mermarse, a no ser que por un juicio legal o por la ley se marcara otra cosa.

C. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*

Gran avance se consagra en esta declaración, pues se menciona que dentro de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre se encuentran, entre otros, la libertad y la seguridad. Define por primera vez que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás.

Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos.

*D. Declaración de los Derechos del Hombre
y del Ciudadano (1793)*

Esta declaración añade, en comparación a la anterior, que el gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles, dentro de los cuales se vuelven a mencionar la libertad y la seguridad, entre otros.

Su artículo sexto consigna que la libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer lo que no dañe a los derechos de los demás; y tiene como fundamento a la naturaleza, como regla a la justicia, como salvaguarda a la ley, y su límite moral está en la máxima: “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”.

La seguridad se establece como la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de *su persona*, de sus derechos y de sus propiedades.

E. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

No es un tratado internacional como tal, pero sí influyó a la gran mayoría de los signatarios a reformar su legislación, adoptando los principios en ella proclamados.

Comienza en su artículo primero diciendo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su artículo tercero nos apoya en este tema, al mencionar que los individuos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la *seguridad de su persona*.

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, es lo que reza su artículo quinto.

En el artículo vigésimo quinto, apartado I, “reconoce el derecho de las personas ‘a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’, podemos concluir que el derecho de toda persona capaz a dictar disposiciones y a estipular para su

incapacidad tiene raigambre constitucional”,⁹ reconocida en nuestro caso, en el artículo cuarto constitucional, donde se garantiza el derecho que tiene todo individuo a la protección de la salud.

Estas garantías personales debemos tenerlas presentes siempre que hablemos de disposiciones sobre la propia incapacidad, específicamente hablando de la tutela voluntaria, y no sólo esto, sino que es menester asimilar cuál es el alcance de su contenido, pues al ser obligado a permanecer vivo de una manera forzada y artificial, alejado del derecho que se tiene a la salud, podría llegar a violentar las garantías personales.

2. *Fundamento legal*

A. *La autonomía de la voluntad y la autonomía privada*

La autonomía de la voluntad se refiere a la facultad de toda persona de desatar los efectos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, por medio de la manifestación de su voluntad en determinado sentido... implica el reconocimiento de la libertad del hombre de actuar dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico...¹⁰

En la autonomía de la voluntad se da relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos.¹¹

En un sentido general —opina De Castro— se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona.¹²

El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social... Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes: 1a. El poder atribuido a la voluntad respecto a la

⁹ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *op. cit.*, nota 3, pp. 31 y 32.

¹⁰ Sánchez Fernández, Rodrigo, *Designación de tutor en previsión de la incapacidad*, México, Universidad La Salle, tesis profesional, p. 89.

¹¹ Ferri, Luigi, *La autonomía privada*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 5.

¹² Castro y Bravo, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1997, p. 12.

creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2a. El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos... La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo... La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre... puede ser autónoma...y puede ser heterónoma.¹³

Una de las aspiraciones naturales del hombre social consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica, por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio libre de acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica.

El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente, libertad.

Libertad significa la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar, por lo que será responsable de sus actos... y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad.¹⁴

Ferri considera que la autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino una manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas.

Al contrario de Betti, el autor citado considera que “debe verse en la voluntad de los sujetos la fuente de los efectos jurídicos, fuente que operaría en concomitancia con la voluntad de la ley”.

Dentro de esta misma corriente Salvatore Romano considera que “la autonomía privada indica subjetivamente la potestad de darse un ordenamiento jurídico y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o personas se constituyan por sí”.

¹³ Rivas Martínez, Juan José, *op. cit.*, nota 6, pp. 195 y 196.

¹⁴ *Ibidem*, p. 196.

Passarelli afirma “que con la palabra autonomía se ha definido la posición de la voluntad productora de efectos jurídicos”.

Ferri establece: “El problema de la autonomía de la voluntad es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quisiera identificar la autonomía con la libertad o moral del hombre”.¹⁵

Como hemos visto a lo largo de las citas anotadas, podemos decir que en el derecho positivo mexicano, específicamente en el derecho de familia, se encuentra frenada la autonomía privada, ya que el legislador ha querido establecer limitaciones a la libertad humana con el fin de garantizar la organización y funcionamiento de la naturaleza humana sociable y libre.

Recordemos lo que nos dice el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”.

Así las cosas, tenemos también que el artículo 138 ter nos dice: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.

Finalmente, el artículo 452 del código en mérito consigna: “La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima”.

La autonomía privada no puede ser fundamento legal del tutor voluntario, ya que la figura entraría dentro del derecho de familia, el cual constituye un obstáculo insuperable para este poder de autorregularse, mediante la creación de normas jurídicas que tiene toda persona.

Cuando la doctrina o el legislador —establece Ferri— afirman que no se puede ejercitar el poder de disposición sobre ciertas relaciones o sobre ciertos derechos, en sustancia lo que hacen es excluir tales relaciones y derechos del

¹⁵ Sánchez Fernández, Rodrigo, *op. cit.*, nota 10, p. 91.

ámbito en que opera la autonomía privada: es la llamada materia sustraída a la disponibilidad de las partes.¹⁶

En la vida social hay toda una serie de materias que escapan en una amplia medida a la libre voluntad de los individuos y que son reglamentadas por el Estado. Acontece así con la organización de la familia.¹⁷

Luego entonces el fundamento legal para adicionar a nuestro código la figura de la tutela voluntaria, es la autonomía de la voluntad “entendida ésta, como el poder de autodeterminación de toda persona, mediante la actualización de supuestos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, que traen como consecuencia la producción de determinados efectos jurídicos contemplados en los supuestos que se actualizan”.¹⁸

La designación de tutor voluntario:

Representa un negocio jurídico, si tomamos en cuenta la definición del mismo, “como una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos”, definición que según Betti no recoge la esencia misma del negocio jurídico, “la cual reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas, autorregulación en la que el individuo no debe limitarse a ‘querer’, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente”.

Este actuar objetivamente, que implica el disponer (base de la autonomía de la voluntad) tiene límites, dentro de los cuales según Betti se encuentra, “el que se sustraen de la disposición privada los efectos de los negocios jurídicos válidamente creados”, por lo que sin la reforma propuesta quedaría fuera del alcance de los particulares la designación de tutor en previsión de la incapacidad, toda vez que se estaría disponiendo de los efectos que actualmente señala la ley, acerca de la interdicción de determinada persona, que serían (sin la reforma propuesta) necesariamente el llamamiento que la ley hace del tutor legítimo o dativo según sea el caso.¹⁹

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 95 y 96.

V. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la designación del tutor voluntario debemos analizarla a la luz de la teoría francesa del acto jurídico.

Asentado lo anterior, decimos que el acto jurídico es:

Una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.²⁰

Hay que recordar que la voluntad es el elemento básico, tratándose del acto jurídico, pues el hombre la manifiesta porque precisamente quiere desatar las consecuencias establecidas por la norma jurídica.

En el momento en que una persona capaz externe su voluntad encaminada a nombrarse un tutor o tutores voluntarios, estará configurando un acto jurídico. Dicho acto no requerirá de la aceptación por parte de la persona designada, a menos que por una causa legítima se le excuse de ejercer el cargo. Así será un acto jurídico unilateral, pues en el caso que analizamos, el tutor o tutores voluntarios no formarán parte del negocio, ya que no es necesario su consentimiento.

VI. LA TUTELA VOLUNTARIA EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Muy pocas son las legislaciones extranjeras que han consagrado en sus textos la designación de tutor voluntario. Ya hacíamos mención, en el apartado I, de las razones que influyeron para que se diera este vacío legislativo, jurisprudencial y aun doctrinal.

De nuestra investigación se desprendió que Canadá, Estados Unidos de América, Japón, Inglaterra, Francia y Bélgica son los únicos países que contemplan disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, pero en ninguna de dichas legislaciones se consagra la autodesignación de tutor, o en otras palabras, la tutela voluntaria. Lo que sí prevén

²⁰ Julien Bonnecase citado por *ibidem*, p. 98.

sus leyes son instituciones como el testamento vital, mandato de autoprotección y el fideicomiso.

Hasta donde nos fue posible investigar, concluimos que solamente en Alemania, Suiza y España (hasta cierto grado) se adopta una figura análoga a la que es objeto de nuestro estudio.

1. *Alemania*

A. Ley de Asistencia del 12 de septiembre de 1990

En este país se reconoce la designación del propio curador o también llamada “disposición de asistencia”, la cual se encuentra regulada en la Ley de Asistencia o de “Reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, vigente desde el 1o. de enero de 1992.

En Alemania se llama tutor a quien se encarga de los menores de edad y curador a quien tiene a su cargo a las personas mayores de edad incapacitadas. Para los fines de nuestra legislación, a este último lo denominamos tutor, y curador a quien ejerce la vigilancia sobre aquél.

Dicha figura tiene por finalidad proponer la persona del asistente o curador, el tipo de asistencia que desea y los deberes a su cargo. Consiste en la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, la cual se presenta y sustancia judicialmente, no requiriéndose la capacidad del interesado. Toda persona que conozca de su existencia está obligada a denunciarla.

Si tal designación parara perjuicio al presunto incapaz, no vincula al juez, salvo en lo que se refiere a la voluntad de excluir a persona determinada para su desempeño como asistente.

Lo incongruente de esta figura alemana es que el incapaz puede rechazar la designación propuesta, aun encontrándose en ese estado de incapacidad, con lo cual difiere a nuestra propuesta para nuestro derecho.

El Tribunal de Familia puede designar uno o varios asistentes, ya sean personas físicas o instituciones de asistencia legalmente constituidas, y prever su actuación conjunta o separada, lo cual de paso, apoya también nuestra propuesta de la tutela plural.

Su desempeño debe abarcar las tareas específicas en las que resulte necesaria la asistencia; puede incluir el hacer valer los derechos del pupilo frente a los apoderados.

La asistencia sólo puede ser resuelta a solicitud del propio mayor cuando esté motivada en su debilidad física.

2. Suiza

No hay legislación aplicable al caso, pero los notarios suizos:

Resuelven el problema mediante el otorgamiento de un testamento en el que se nombra albacea, a quien en instrumento aparte se le otorga poder amplio de contenido personal y patrimonial para el caso de incapacidad por vejez, enfermedad o accidente.

Producido este estado y comprobado por el médico de cabecera, el juez designa curador o tutor, según el caso, a ese albacea apoderado. Será curador si atiende los bienes del incapaz y tutor si cuida tanto de la persona como de los bienes. Si bien la designación es judicial, tiene como antecedente la voluntad del interesado expresada válidamente.²¹

3. España

Hemos mencionado en párrafos atrás que en España se contempla al tutor voluntario hasta cierto grado, ¿por qué?, porque no está regulado específicamente en el derecho común español (es decir en el ámbito del Código Civil) sino se encuentra regulada en la Ley Catalana.

A. Ley del 24 de octubre de 1983

Con motivo de la discusión parlamentaria de la “Reforma del Código Civil en materia de tutela” como se denominó dicha ley, se debatió ampliamente la posibilidad de la autotutela, la cual finalmente no fue aceptada, no porque se considerara a la autoprotección una institución rechazable, sino que aceptando *in genere* la figura, ésta debería ser objeto de un estudio más sosegado.

La conclusión del debate parlamentario de ese entonces fue la no hostilidad de principio contra la autotutela. Así se desprendió de las palabras de la senadora Sauquillo Pérez en el Pleno del Senado llevado a cabo el

²¹ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *op. cit.*, nota 3, pp. 61 y 62.

22 de septiembre de 1983. “Esa figura no se puede meter en un proyecto de la ley de tutela casi de refilón, sino que habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear”,²² lo que el senador Portabella I Rafols entendió como una manifestación de “reconsiderar... el tema de la autotutela con mayor tranquilidad y mayor discernimiento... y en la medida en que ustedes lo pueden sugerir, esta Cámara tendrá ocasión de volverlo a considerar”.²³

B. Ley Catalana del 29 de julio de 1996

En España, la primera disposición en esta materia de autoprotección es la Ley Catalana del 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4 y 5 de la Ley del 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la “tercera”.

Su exposición de motivos o preámbulo nos muestra cuál es la oportunidad, el sentido y las necesidades que quiere cubrir. Esclarece el preámbulo que la presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de la vida de la población, lo cual de lugar a un sobre envejecimiento de las personas conducente a un incremento de patologías crónicas que puede impedir el propio gobierno.

El preámbulo indica que las reformas introducidas se encuentran fundamentadas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas las situaciones futuras, las cuales impidan que ésta se gobierne por sí misma.

“Dentro de este marco de libertad, la Ley Catalana de 1996, respeta y protege al ser humano en todas aquellas situaciones que afectando íntimamente a su ser, puede encontrarse previsiblemente en un futuro más o menos próximo, en circunstancias que le impidan gobernarse por sí mismo”.²⁴

Finalmente, el preámbulo aclara que el juez no estará vinculado por dichos nombramientos, si a su juicio han ocurrido nuevas circunstancias o condiciones que cuestionaran la designación originalmente hecha.

²² Citado por Rivas Martínez, Juan José, *op. cit.*, nota 6, pp. 191 y 192.

²³ *Ibidem*, p. 192.

²⁴ *Ibidem*, p. 237.

“Estas frases reafirman el carácter no vinculante de esas autoprevisiones, reconociendo al juez su carácter de órgano superior de control y decisión en la constitución de la tutela”.²⁵

El artículo 5 de la ley que aquí se comenta, en su primer párrafo dice de la siguiente manera:

Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior.

El notario español Juan José Rivas Martínez analiza lo anterior y le dejamos a él de nuevo la pluma:

1. *Cualquier persona*

Estas palabras nos sugiere la cuestión de determinar qué edad se necesita para poder autonombrarse tutor.

Desde luego no se plantea problema refiriéndose a un mayor de edad plenamente capaz, la cuestión puede plantearse en cuanto a los menores de edad, pues la indicación de “cualquier persona” que utiliza la Ley de 1996 parece calculada para dejar la puerta abierta a la posibilidad de las disposiciones de autoprotección que pudiese hacer ante notario un menor, en aras a su autocuidado o a su autoatención”.

¿Cuál será la edad tope para poder realizar esas declaraciones de voluntad de autoprotección? Pensamos que puede tomarse como base la de los 14 años, y pensamos que puede ser esta edad, pues es la mínima que en España se determina para poder realizar un acto tan importante como es el testamento.

La persona, mientras vive y sigue siendo capaz, puede ordenar en cada fase de su vida las normas de futura autoprotección que tenga por conveniente. Por ello, al ser declaraciones que recogen una voluntad eventual, las mismas pueden

²⁵ *Idem.*

ser cambiadas, modificadas en cualquier momento posterior, mientras el ordenante tenga capacidad para ello.

2. En previsión del caso de ser declarado incapaz

...la persona que va a realizar los nombramientos ha de tener para ello, en el momento de hacerlo, la plena capacidad, lo que sólo hace corroborar la regla general. Esos nombramientos han de estar causalizados, en el sentido de hacerse en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad... no es imprescindible acreditar la enfermedad, por el respeto a la intimidad del ordenante... sin perjuicio de tenerse en cuenta, en algún caso, para valorar la capacidad del otorgante.

3. Puede nombrar uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar sustitutos de todos ellos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar

Caben pues, previsiones simples y completas sobre cargos tutelares y normas de organización. Dependerá, claro es, de la personalidad del ordenante, y también de sus conocimientos jurídicos o técnicos. Aunque dependiendo del criterio del juzgador, podrían establecerse sistemas de tutela o curatela, atendiendo a la posterior evolución de la enfermedad o deficiencia. Sin embargo, no parecería serio el establecimiento de un límite temporal, a no ser que estuviera sometido a prescripciones o consideraciones médicas. Igualmente, parece poco lógico el establecimiento de sustituciones, al modo de relevos, por la naturaleza obligatoria del cargo (incluso retribuido, en el caso del tutor, no así en el del protutor), a no ser, por ejemplo, que la sustitución obedeciera a motivos de edad o salud o fallecimiento del tutor, motivos razonables todos ellos.

4. Pluralidad de designaciones

En caso de pluralidad sucesiva de designaciones prevalece la posterior, como indica expresa y nominalmente el último inciso del párrafo 1o. del artículo 5.

5. En escritura pública

Es necesario resaltar que la legislación catalana ha considerado como único vehículo formal adecuado la “escritura pública”, con lo que se ha depositado en el notariado la garantía y fehaciencia de las disposiciones de autoprotección. La reforma de 1996 ha reforzado legalmente la consideración del notariado como garante de la recta expresión del otorgante.

6. Que los nombramientos realizados en escritura pública no sean impugnados

...Si no han cambiado las circunstancias, el juez no podrá cambiar los nombramientos (esto lo considero muy dudoso). La alteración de las circunstancias ha de ser apreciada por el juez que apruebe los nombramientos tutelares, a instancia de los posibles tutores legítimos o del Ministerio Fiscal. El valor “vinculante” del testimonio del sujeto sobre su propio “beneficio” no es absoluto, sino que depende del mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación: fundamentalmente la actitud del

designado y la confianza depositada en él. Suena esto, según dice Carpio González, como la traducción al Derecho de Familia de la cláusula contractual *rebus sic stantibus*.²⁶

Habíamos mencionado en el primer párrafo de este apartado que dentro de las reformas de la Ley Catalana yacía la adición de una disposición, la “tercera”.

Dicha disposición consagra un sistema de publicidad para el caso de la delación de los tutores en previsión de la incapacidad, ya que se considera de vital importancia que los nombramientos y revocaciones sean conocidos. A continuación transcribimos la Disposición Adicional “tercera”:

1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5.

2. A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.

“El notario que ha autorizado la correspondiente escritura deberá remitir, dentro del plazo de tres días, comunicación al Decanato del Colegio Notarial de Barcelona, extendiendo nota en el instrumento respectivo... En cuanto a los instrumentos públicos autorizados fuera de Cataluña, los Notarios de otros Colegios y los Agentes Diplomáticos o Consulares de España en el Extranjero pueden remitir a la Dirección General la comunicación citada... El Registro también podrá tomar razón de los actos otorgados fuera de Cataluña, en los cuales se haya procedido a deferir un cargo tutelar, mediante

²⁶ *Ibidem*, pp. 238-241.

la presentación por parte de una persona con legítimo interés de una copia autenticada del documento que contenga este acto”.²⁷

VII. DIVERSAS PROPUESTAS PARA EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

Con el fin de plasmar en nuestra legislación civil la figura de la tutela voluntaria, diversas han sido las propuestas y los proyectos al respecto.

1. *Villalobos Magaña*

El notario José Ángel Villalobos Magaña introdujo en el proyecto del capítulo relativo a tutela, que con motivo de las facultades legislativas que goza la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se redactó por diversas personalidades del ámbito jurídico un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal.

En el citado proyecto Villalobos Magaña plasma la tutela voluntaria en los siguientes términos: “Toda persona capaz puede nombrar mediante declaración unilateral otorgada en escritura pública al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona y patrimonio para el caso de que llegue a colocarse en los supuestos del artículo 449”.

A su vez, el artículo 449 de dicho proyecto dice de la siguiente manera:

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y patrimonio de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad y de los mayores de edad que tienen incapacidad permanente para gobernarse por sí mismos o para manifestar su voluntad por algún medio.

En su ejercicio, se deberá partir del principio de que el bien jurídico tutelado es la persona antes que su patrimonio.²⁸

2. *Asamblea Legislativa del Distrito Federal (I Legislatura)*

Posteriormente, dicho proyecto se sujeta a discusión por parte de los legisladores de la citada Asamblea para quedar con la siguiente redacción:

²⁷ *Ibidem*, p. 242.

²⁸ *Idem*.

Toda persona capaz puede nombrar, mediante declaración unilateral otorgada en escritura pública, al tutor que se encargará de su persona y patrimonio para el caso de que llegue a ser declarado interdicto.

El notario ante quien se otorgue el instrumento, avisará dentro de los diez días siguientes al Archivo General de Notarías del Distrito Federal, en donde se llevará su registro.²⁹

En el citado proyecto se nota la intención de mejorar el proyecto original, pero se incurre en algunas deficiencias: “La redacción del segundo párrafo del referido artículo deja mucho que desear ¿qué avisará el notario al Archivo General de Notarías?, ¿qué se registrará en el mismo?”.³⁰

3. *Sánchez Fernández*

Haciendo un examen a profundidad, Sánchez Fernández propone introducir la figura de la tutela voluntaria con algunas características.

A. *Supuesto normativo*

Sólo los mayores de 18 años que no hayan sido declarados en estado de interdicción, podrán nombrar tutor o tutores en previsión de su incapacidad.

En el caso de los menores emancipados no podrán designarse su tutor, pero Sánchez Fernández no explica la razón de lo anterior.

Expone que la designación de tutor en previsión de la incapacidad estará siempre sujeto a una condición suspensiva, consistente en que la persona quien se haya nombrado tutor sea declarada judicialmente incapaz.

Una de las consecuencias que acarreará la designación del tutor voluntario será la de pasar a segundo plano las figuras de la tutela legítima o la dativa, las cuales podrían configurarse si el tutor designado y su sustituto no pudieren ejercer la tutela. La excepción sería que la persona que ahora se halla en incapacidad hubiere expresado su voluntad de excluir del ejercicio de la tutela a quien según la ley correspondía la tutela legítima.

²⁹ Citado por Pizarro Suárez Villalobos, Guillermo Andrés, Escuela Libre de Derecho, tesis profesional, 2000, p. 149.

³⁰ *Idem*.

B. Definición

Sánchez Fernández define la designación de tutor en previsión de la incapacidad con las siguientes palabras: “el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiese corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad”.³¹

De la definición antes transcrita se desprende que el nombramiento es revocable en cualquier tiempo, siempre y cuando la persona sea capaz. Dicha revocación puede darse en virtud del otorgamiento de una escritura posterior en que se haga constar el nombramiento de un nuevo tutor voluntario, o simplemente haciendo constar la revocación sin necesidad de nombrar un nuevo tutor. Sin la intervención notarial la revocación podría llevarse a cabo ante el juez de lo Familiar.

C. Forma

a. En escritura pública

Sánchez Fernández establece que el notario en este caso deberá cerciorarse del domicilio de la persona que pretenda hacer el nombramiento, con el propósito de mandar un aviso de este nombramiento al Consejo Local de Tutelas correspondiente.

b. En vía judicial, por medio de una jurisdicción voluntaria

En este último caso, el procedimiento sería más barato pero más lento:

El nombramiento de tutor en previsión de la incapacidad se solicitará mediante escrito que se presentará al juez de lo Familiar con los requisitos establecidos por el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles... Además se le deberá acreditar al juez de lo Familiar que el domicilio señalado realmente corresponde al promovente, a efecto de que el juez de lo Familiar una vez

³¹ Sánchez Fernández, Rodrigo, *op. cit.*, nota 10, p. 104.

concluidas las diligencias de jurisdicción voluntaria remita oficio respecto del nombramiento, al Consejo Local de Tutelas correspondiente.³²

c. Posibilidad de establecer lineamientos al tutor voluntario

Dentro de esta posibilidad, Sánchez Fernández propone que quien realice el nombramiento de tutor voluntario pueda:

Liberar al tutor de prestar garantía.

Fijar el límite máximo que se deba gastar en su alimentación.

Fijar el límite máximo que se debe gastar en la curación de su enfermedad o qué tratamientos no se deben tomar.

Puede establecer una retribución para el tutor mayor de la que establece la ley.

Las limitaciones, condiciones o reglas que respecto a la administración establezca el tutor, podrán modificarse por el juez de lo Familiar a petición del mismo tutor, ya que las circunstancias pueden variar, haciendo perjudicial para el ahora incapaz, el seguir las directrices por él establecidas años antes.

Las reglas que establezca el que nombra tutor, deberán estar contenidas en la escritura pública por medio de la cual se haga el nombramiento o en el escrito en el que se promueva ante el juez de lo Familiar el nombramiento de tutor.³³

Sánchez Fernández, dentro de sus propuestas, establece la obligación al Consejo Local de Tutelas, de llevar una lista con todos los nombramientos de tutores que se hagan en previsión de la propia incapacidad. Dicha lista se conformará con los avisos y oficios que remitan los notarios y los jueces concernientes a los nombramientos y revocaciones de tutores voluntarios de que tengan conocimiento.

El objeto de la mencionada propuesta consiste en la publicidad que tales nombramientos y revocaciones deben tener, “a efecto de que una vez que se inicien los respectivos juicios de interdicción, se solicite un informe al Consejo Local de Tutelas de la respectiva delegación del domicilio

³² *Ibidem*, p. 107.

³³ *Ibidem*, p. 108.

del presunto incapaz, para que informe acerca del último nombramiento de tutor hecho”.³⁴

El juez, una vez que obtenga dichos informes, deberá nombrar como tutor interino a la persona que aparezca en el informe y que deberá coincidir con el testimonio notarial o copias de diligencia de jurisdicción voluntaria, que sean exhibidos. Posteriormente, el tutor interino se convertirá en tutor definitivo, según lo prescribe la ley.

d. Vigilancia del tutor voluntario

El tutor voluntario estará bajo el control y vigilancia de:

El juez de lo Familiar.

El Ministerio Público.

El Consejo Local de Tutelas.

El curador.

“El curador será nombrado por quien nombró el tutor, ya que con fundamento en el artículo 623 del Código Civil ‘quien tiene derecho a nombrar tutor, lo tiene también de nombrar curador’”.³⁵

e. Pizarro Suárez Villalobos

Dicho autor se adhiere en gran parte de las propuestas de Sánchez Fernández, con algunas salvedades de importancia.

El más importante de sus postulados consiste en que la persona capaz pueda designar tutor no solamente a sí mismo, sino también a sus hijos o nietos menores sobre los cuales ejerce la patria potestad o a sus hijos mayores sujetos a interdicción sobre los cuales ejerce la tutela, para el caso de que se ubicara en el supuesto de una incapacidad sobrevenida.

³⁴ *Ibidem*, p. 109.

³⁵ *Ibidem*, p. 111.

De esta forma, Pizarro Suárez Villalobos clasifica la tutela voluntaria en:

Autotutela cautelar.

Tutela cautelar del menor sujeto a patria potestad o del mayor incapacitado sujeto a tutela.

Por otra parte, él sí concibe que el menor emancipado pueda designar tutor voluntario, a diferencia de Sánchez Fernández.

Finalmente, el aviso que darían los notarios y jueces de lo Familiar a fin de dar publicidad a estos actos, se remitirían al Archivo General de Notarías del Distrito Federal, a diferencia de Sánchez Fernández que concibe que los avisos y oficios se remitan al Consejo Local de Tutelas.

f. Nuestra opinión

Estimamos que si la Asamblea Legislativa pretende realizar una reforma profunda al Código Civil, no debe soslayar las propuestas que se han vertido en este apartado de la tutela voluntaria, que como mencionamos al principio, es una realidad que ya se está viviendo, y por lo tanto, dichas situaciones no puede dejar de reconocerlas el sistema normativo.

Consideramos que en materia de tutela voluntaria, las propuestas vertidas por Sánchez Fernández y matizadas en algunos aspectos por Pizarro Suárez Villalobos son la gran base sobre la cual se debe edificar esta nueva figura en el derecho civil mexicano.

Estimamos de igual forma, que dependiendo del caso concreto, podría configurarse la tutela voluntaria de una manera plural. Pensamos que el mayor de edad que prevea su incapacidad encontrará garantías más amplias con una tutela voluntaria plural.