

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DISPOSICIONES QUE PERMITEN AUTORREGULAR LA PROPIA
INCAPACIDAD. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA COMPLEMENTACIÓN DE LA
VOLUNTAD ANTICIPADA Y LA TUTELA CAUTELAR.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ABRAHAM ALONSO ALEJANDRO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

DIRECTOR DEL SEMINARIO: LICENCIADO JOSE MARCOS BARROSO
FIGUEROA

ASESOR DE TESIS: LICENCIADO ALEJANDRO TORRES ESTRADA

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 47/2013
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
PRESENTE.**

El alumno, **ALONSO ALEJANDRO ABRAHAM**, quien tiene el número de cuenta **408091457**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. **Alejandro Torres Estrada**, la tesis denominada **"DISPOSICIONES QUE PERMITEN AUTORREGULAR LA PROPIA INCAPACIDAD. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA COMPLEMENTACIÓN DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA Y LA TUTELA CAUTELAR."**, y que consta de **139** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 6 de septiembre del 2013.


Lic. José M. Barroso Figueroa.
Director del Seminario. Turno Matutino.


FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO

A Dios por prestarme la vida, la salud y a las personas que amo y aprecio; le pido que siempre me bendiga.

A mis padres, hermanos y a toda mí familia, amorosamente.

A todas las demás personas que me brindaron su apoyo y que formaron parte de mi vida a lo largo de esta carrera, con cariño.

Mi más sincero agradecimiento a todos.

Al tutor

Así como el agua desgata las piedras, así como la lluvia deslava las tierras, del mismo modo se va acabando el vigor de mi vida.

No me olvides cuando este decrepito, cuando tenga disminuidas las facultades físicas y mentales a causa de la edad, cuando tenga decadencia extrema.
No me dejes cuando el vigor me falte.

Muchos me acecharán pensando no tiene quien lo defienda.
Pero tú serás mi apoyo, en ti estará mi esperanza.

Voluntad Anticipada

No tengo la dureza de la roca, ni es mi carne tan fuerte como el bronce;
si estoy condenado a un fin inevitable ¿de que me sirve prolongar mi vida?.

Índice

Glosario.....	6
Introducción	7
Capítulo uno.- Concepto de autorregulación de la propia incapacidad; y sus antecedentes.	10
1.- Concepto de autorregulación de la propia incapacidad.	10
1.1 Concepto.....	10
1.2 Objeto	10
1.3 Elementos que la caracterizan.	11
A).- Acto jurídico.	11
B).- Acto unipersonal.	12
C.- Acto revocable.....	13
D).- Acto libre.	14
E).- Acto personalísimo	15
1.4.- Capacidad para autorregular la propia incapacidad.....	15
2.- Antecedentes	17
2.1.- En el derecho Romano.....	17
2.2 Derecho Germánico	20
2.3 En España	22
2.4 En los Estados Unidos de América.	24
2.5.- En México.....	27
Capítulo dos.- Dogmática Jurídica sobre las incapacidades; y la regulación jurídica de la incapacidad.	29
1.- Dogmática Jurídica sobre las incapacidades.....	29
1.1.- La madurez, la vejez y las enfermedades como causas de incapacidad.	29
A).- La madurez y la vejez.	29
B).- La Salud y las enfermedades	32
1.2.- Figuras Jurídicas reguladas en el Distrito Federal que no satisfacían la autorregulación de la propia incapacidad o solo lo hacían parcialmente, hasta antes del 2007, es decir, antes de la regulación de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.....	33
A).- La tutela y la interdicción.	33
1.- Tutela testamentaria.....	34

2.- Tutela legitima	34
3).- Tutela dativa.....	35
B).- El testamento.....	36
C).- La representación	37
D).- La Renta vitalicia	39
E).- El fideicomiso.....	40
F).- Tutela preventiva.....	41
1.3.- Otorgamiento múltiple, dificultad, costabilidad.	42
1.4.- Figuras jurídicas que se ofrecen en distintas legislaciones nacionales y extranjeras.	45
A).- En la legislación Nacional:.....	45
a).- Algunas tutelas en la legislación nacional.....	45
I).- Distrito Federal.....	45
II).- Morelos	47
III).- Coahuila.....	48
b).- Voluntad anticipada en la legislación nacional	49
I).- Distrito Federal.....	49
II).- Estado de Coahuila.....	49
B).- Legislaciones extranjeras	50
a)- Tutela cautelar en la legislación extranjera	50
I).- La tutela en la legislación chilena.	50
II).- La tutela en la legislación francesa.....	51
III).- La tutela de la legislación italiana	52
IV).- La tutela en la legislación Alemana.	53
C.- Otras figuras jurídicas en la legislación extranjera que permiten autorregular la propia incapacidad.	55
a).- En Estados Unidos de América.	55
I. - La Ley de Oregon's Death with Dignity Act (Ley de muerte digna de Oregón).....	56
II.- Durable Power of Attorney (poder durable de abogado).....	56
III.- Trust (Fideicomiso).....	56
IV.- Health Care Power of Attorney (Poder para el cuidado de la salud)	57
V. - Living will (Testamento vital).	57

b).- En España	57
I.- Convenio de Oviedo.....	58
II.- Ley de Cataluña.....	58
c).- En el Reino Unido.....	59
I.- Mental Capacity Act —MCA--- (Ley de la Capacidad Mental), entro en vigor en abril del 2005.....	59
d).- En Suiza.....	59
I.- Loi sur la sante publique of 1985, (Ley de la Salud Publica de 1985).	59
e).- En Holanda.....	59
I.- Eutanasia voluntaria activa.	59
f).- En Canadá.....	59
1.5.- La dignidad y la autonomía de la voluntad.....	60
A).- Dignidad.	60
B).- La autonomía de la voluntad.....	65
2.- La regulación jurídica de las incapacidades.....	66
2.1.- La capacidad en general.....	66
2.2.- Definición de la capacidad en general.....	67
A).- La capacidad de goce.....	67
a).- Diversos Grados de capacidad de goce.....	68
I).- Capacidad de goce del concebido.....	68
II).- Capacidad de goce del menor de edad.....	70
III).- El mayor de edad privado de sus facultades mentales.....	71
IV).- Capacidad de goce del extranjero.	72
B).- La capacidad de ejercicio.	73
a).- Grados de capacidad de ejercicio.	74
I).- Plena incapacidad del concebido.	74
II).- El menor de edad no emancipado.....	75
III).- La capacidad de ejercicio alcanzada por la emancipación.	76
IV).- Los mayores de edad incapacitados.	77
V).- La mayoría de edad.....	78
C).- Incapacidad natural e incapacidad legal.....	78

D).- La representación legal y la representación voluntaria como una institución auxiliar ante la incapacidad de ejercicio.	79
Capítulo Tres.- Análisis comparativo de la tutela cautelar y la voluntad anticipada, complementación e implementación propuesta.	81
1.- Regulación actual de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.....	81
2.- Análisis comparativo, complementación e implementación propuesta de ambas figuras.....	84
2.1.- Conceptos.	84
a).- Concepto de tutela cautelar.....	84
b).- Concepto de voluntad anticipada.	84
c).- Concepto complementario de ambas figuras.....	86
2.2.- Objetos de las figuras propuestas.	86
a).- Objeto de la tutela cautelar.....	86
b).- Objeto de la voluntad anticipada.	87
c).- Objeto de la regulación propuesta.....	87
d).- Distinción de objetos, guarda de la persona, administración de los bienes, y voluntad anticipada.	90
2.3.- Elementos que caracterizan a la tutela cautelar y la voluntad anticipada.....	91
a).- Actos jurídicos.....	91
b).- Actos unipersonales.....	92
c).- Actos revocables.	92
d).- Actos libres.	92
e).- Actos personalísimos.....	93
2.4.- Capacidad para otorgar tutela cautelar o voluntad anticipada.....	93
2.5.- Órganos o sujetos de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.	94
2.5.1.- El tutor cautelar y el representante en la voluntad anticipada.	94
a).- Tutor cautelar.....	94
b).- Representante de voluntad anticipada.	95
c).- Diferencias y semejanzas.	95
d).- Unicidad de tutor cautelar o representante de voluntad anticipada.	96
e).- Atribuciones legales del tutor cautelar y del representante de voluntad anticipada.	97

f).- Inhabilidad y excusas para el desempeño del cargo de tutela cautelar y voluntad anticipada.	98
g).- Garantía de buen manejo.	98
h).- Discernimiento del cargo.....	99
2.5.2.- El otorgante de tutela cautelar y el otorgante y suscriptor de voluntad anticipada.	100
a).- Otorgante de tutela cautelar.....	100
b).- Otorgante de voluntad anticipada.....	100
c).- Suscriptor de voluntad anticipada.....	101
2.5.3.- El Curador.....	102
2.5.4.- Consejo Local de Tutelas.....	103
2.5.5.- Coordinación Especializada.....	104
2.5.6.- Juez competente en la tutela cautelar.....	106
2.5.7.- Personal de salud, Institución de Salud y Comité Hospitalario de Ética Médica.....	107
2.5.8 Secretaria de Salud.....	110
2.5.9.- Notario público.....	111
a).- Intervención del notario en la tutela cautelar.....	111
b).- Intervención del notario en la voluntad anticipada.....	111
c).- El notario en la regulación propuesta.....	112
2.5.10.- Archivo General de Notarias.....	113
2.6- Documento de tutela cautelar y documento o formato de voluntad anticipada. Formalidades y requisitos.....	114
a).- Documento de tutela cautelar.....	114
b).- Documento de voluntad anticipada.....	115
Capítulo Cuatro.- Complementación, Integración e implementación de la tutela cautelar y la voluntad anticipada conforme a la regulación que proponemos.....	117
1.- Regulación propuesta.....	117
A).- Código Civil del Distrito Federal.....	117
B).- Ley del Notariado del Distrito Federal.....	122
C).- Ley de Tratamiento Médico para la Etapa Terminal del Distrito Federal.....	124
Conclusiones.....	135
Bibliografía.....	137

Glosario

Termino	Definición
CCDF	CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL
CPCDF	CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL
CPEUM	CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
DMN	DERECHO A MORIR DIGNAMENTE
LGS	LEY GENERAL DE SALUD
LNDF	LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL
LPDETEC	LEY PROTECTORA DE LA DIGNIDAD DEL ENFERMO TERMINAL PARA EL ESTADO DE COHAUILA
LSDF	LEY DE SALUD DEL DISTRITO FEDERAL
LTMETDF	LEY DE TRATAMIENTO MEDICO PARA LA ETAPA TERMINAL DEL DISTRITO DFEDERAL
LVADF	LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL
RLVADF	REGLAMENTO DE LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Introducción

Unos de los hechos más importantes que hoy existen en la sociedad, es que la esperanza de vida de las personas en México, como en muchos países se ha incrementado y continuara incrementándose, tal es el caso que en México la esperanza de vida en 1930 era cercana a los 34 años, en el 2000 aumentó a 75 años y para el 2012 es de casi 76 años; lo cual trae aparejado que hoy la población de nuestro país este envejeciendo cada día más, lo que en la mayoría de los casos trae como consecuencia que las condiciones de vida para las personas que llegan a la edad avanzada son especialmente difíciles, pues pierden rápidamente oportunidades de trabajo y de actividad social, y en muchos casos se sienten postergados y excluidos, pero otra de las consecuencias de la edad avanzada y la que más me preocupa es la disminución o pérdida total de la capacidad mental, la cual en el mundo del derecho es muy importante para otorgar actos jurídicos por sí mismo, pues en el derecho una persona incapacitada mentalmente no goza de capacidad de ejercicio para otorgar personalmente un acto jurídico y en consecuencia tiene que valerse de un representante para el otorgamiento de dicho acto.

Ahora bien esta disminución o pérdida total de la capacidad mental en la vejez se va presentando debido a que esta edad avanzada en la mayoría de los casos trae asociadas entre otras enfermedades, las enfermedades mentales y entre las más comunes de éstas encontramos el Alzheimer, la demencia senil, el Huntington, entre otras.

Motivo de lo anterior ocasiona que éstas personas sean víctimas de abusos, maltratos y desprotección tanto a su persona como a sus bienes patrimoniales, por lo cual los sistemas jurídicos de muchos países incluyendo México y en particular el Distrito Federal, aunque ya preveía y protegía a las personas con incapacidad mental o con incapacidad de ejercicio, mediante la figura de la tutela en general, asignándole a la persona un tutor legítimo para el caso de encontrarse o caer en incapacidad, la influencia de los ordenamientos extranjeros y los trabajos académicos de muchos Autores Mexicanos como Fernando Cárdenas González, Eduardo García Villegas, Tomas Lozano Molina, Carlos Efrén Rendón Ugalde, José Mejías Quiroz, entre otros, sobre tutela en general, tutela voluntaria, incapacidad, tutela de la propia incapacidad, disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad etc. insistían en la necesidad de poner en practica la posibilidad legal de que directamente el interesado en condiciones favorables designara a quien fungiere como su tutor, en caso de caer en incapacidad, consignándole facultades y obligaciones, es decir, permitir a una persona autorregular su propia incapacidad.

Entre los estudios académicos que mencionamos sobre la propia incapacidad encontramos figuras jurídicas que en México no se regulan y otras que no se regulaban antes del 2007, tal como, la tutela plural, la cual permite que haya pluralidad de tutores para el cuidado del pupilo y la administración de sus bienes; la tutela autodesignada, la cual permite a una persona autorregular su incapacidad en caso de caer en ella, y figuras jurídicas más novedosas, que van más allá de la tutela que comúnmente conocemos, figuras jurídicas que permiten prever a una persona que en el supuesto de encontrarse en una enfermedad incurable e irreversible pueda decidir a qué tratamientos médicos desea someterse o no someterse para evitar el enseñamiento médico y la obstinación terapéutica cuando se encuentre en etapa terminal, con el objeto de proteger la dignidad de la persona y que está pueda tener una muerte digna.

Las circunstancias expuestas anteriormente conllevaron a tomar las medidas necesarias en el ordenamiento jurídico para el Distrito Federal, de tal manera que el 15 de Mayo de 2007 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal fueron Publicadas Modificaciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles y a la Ley del Notariado todos del Distrito Federal, por las cuales se creó la figura de la tutela cautelar, que es una de las figuras reclamadas por la doctrina que permite autorregular la propia incapacidad sobre el cuidado de la persona y la administración de los bienes, y casi un año después el 7 de Enero de 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal fue Publicada la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal la cual cubrió el otro supuesto de incapacidad al permitir prever a una persona anticipadamente la decisión de a que tratamientos médicos desea someterse o no someterse para evitar el enseñamiento médico y la obstinación terapéutica en caso de encontrarse incapacitada para manifestar su voluntad en su etapa terminal.

Con las dos figuras jurídicas anteriores fueron satisfechas las lagunas existentes en nuestro ordenamiento local en cuanto a regular la propia incapacidad, sin embargo la regulación no es muy plausible, ya que es poco flexible, imponiendo ciertos formalismos rigurosos para el otorgamiento de estos actos y además deja fuera muchos puntos que podrían hacer más eficaces estas figuras, incrementando su positividad.

Bien podemos decir que en la regulación de la tutela cautelar se podía haber incluido la tutela plural, también se podía darle al tutor cautelar las facultades de un representante de voluntad anticipada, y que esta tutela no impusiera acreditar las facultades mentales con un certificado médico para otorgar el acto, amén de que este requisito ya quedo derogado por reforma al artículo 469 ter publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 23 de julio del 2012, entre otras cuestiones, y por parte de la voluntad anticipada, la regulación podía haber sido de una forma más concreta sin perder la seguridad jurídica, además de que esta Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal lo único que hizo fue asemejar varias de sus disposiciones como si fuera un testamento o como si fuera tutela en general.

Siendo así todo lo anterior, el presente trabajo ha sido motivado en complementar e implementar la regulación de la incapacidad de una manera más sencilla pero eficaz sin perder la seguridad jurídica, debido a que como lo explicamos al principio, si es necesario tutelar el cuidado y la protección de las personas incapacitadas mentales que cada día van incrementando debido a la edad avanzada la cual trae aparejada las enfermedades que causan incapacidad mental, y estas a su vez en el mundo jurídico traen como consecuencia la incapacidad de ejercicio para otorgar actos jurídicos por sí mismo, y en consecuencia la necesidad de un representante o tutor.

Capítulo uno.- Concepto de autorregulación de la propia incapacidad; y sus antecedentes.

1.- Concepto de autorregulación de la propia incapacidad.

1.1 Concepto.

La autorregulación sobre la propia incapacidad la podemos definir en sentido amplio como: *el acto jurídico unipersonal, personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz nombra tutor o representante, al cual le establece facultades y obligaciones, para que en caso de caer en incapacidad de ejercicio, esté se encargue de la guarda de su persona, la administración de sus bienes y/o ejecute su voluntad anticipada; es decir su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos, que pretendan prolongar su vida, cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantener su vida de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de su persona.*

El concepto anterior no es legal ni doctrinal, si no, que lo propongo en sentido amplio en base a dos figuras jurídicas distintas, que al día de hoy son derecho vigente y que por virtud de las cuales se permite autorregular la propia incapacidad, me refiero a la tutela cautelar regulada en el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante "CCDF") y la voluntad anticipada regulada en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (en adelante "LVADF") y su reglamento (en adelante "RLVADF"), y de las cuales hare su estudio, en el capítulo correspondiente.

De las dos figuras jurídicas en mención solo cabe decir por el momento que por virtud de la tutela cautelar: una persona capaz, nombra tutor para que en caso de caer en incapacidad de ejercicio, esté se encargue de la guarda de su persona y la administración de sus bienes. Y por virtud de la voluntad anticipada: una persona capaz, nombra representante, para que en caso de caer en incapacidad, esté representante ejecute su voluntad anticipada, es decir su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos, que pretendan prolongar su vida, cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de su persona.

1.2 Objeto

De acuerdo al concepto en sentido amplio dado de autorregulación sobre la propia incapacidad, podemos decir que su objeto es:

I.- Que una persona capaz pueda autorregular su propia incapacidad en caso de caer en ella; y esta autorregulación consiste a su vez en que:

A).- La persona capaz se autodesignó tutor o representante para que cuando caiga en incapacidad, este tutor o representante de acuerdo a las facultades y obligaciones, que se le consignan en el documento de autorregulación sobre la propia incapacidad; se encargue de:

a).- La guarda de su persona (alimentarla, cuidarla, destinar de preferencia sus recursos a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación etc.)

b).- La administración de sus bienes y/o

c).- Ejecute, su voluntad anticipada, es decir su decisión de ser sometida o no a medios tratamientos o procedimientos médicos, que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de su persona.

De acuerdo al concepto en sentido amplio propuesto, es en relación a que por medio de una sola figura jurídica, satisfaga todo el objeto anterior, lo cual hasta hoy se necesita abarcar de dos figuras jurídicas distintas las cuales son la tutela cautelar y la voluntad anticipada y ese es uno de los objetivos del presente trabajo; y en base al cual lo iré desarrollando.

1.3 Elementos que la caracterizan.

A).- Acto jurídico.

Del concepto en sentido amplio de autorregulación sobre la propia incapacidad, el cual estamos analizando en base a la tutela cautelar y la voluntad anticipada, es un acto jurídico, como lo estableceremos y para lo cual es necesario en primer lugar dar un concepto de acto Jurídico.

Como bien apunta *Bonnecase*: “el acto jurídico es la manifestación exterior de voluntad, unilateral o bilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una norma de derecho o una institución jurídica, en contra o en favor de una o 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”.¹

De acuerdo al anterior concepto la voluntad anticipada: es un acto jurídico, ya que es necesario que la persona, manifieste su voluntad de someterse o no a medios y tratamientos que prolonguen su vida de manera innecesaria; como se desprende de los siguientes artículos:

¹ Bonnecase, Julien, Elementos de Derecho Civil, ts. I, Trad. Esp. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, p. 164.

“Artículo 1º., de LVADF establece: la presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer las normas para regular el otorgamiento de la voluntad de una persona con capacidad de ejercicio para que *exprese* su decisión de ser sometida o no a medios tratamientos o procedimientos médicos, que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona”. El Artículo 3º., fracción 3ª., de la misma ley, establece que la voluntad anticipada: consiste en el documento otorgado ante notario público, en el que una *persona* con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales *manifiesta* su petición libre, consciente, seria, inequívoca, y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que propicien la obstinación terapéutica.

La tutela cautelar también es un acto jurídico ya que también es necesaria la manifestación de la voluntad de la persona para el otorgamiento de este acto, como se desprende del artículo 469 bis del CCDF, el cual establece que toda persona capaz de otorgar testamento puede nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450 (incapacidad natural y legal).

Como observemos tanto para la voluntad anticipada como para la tutela cautelar, es necesario que mientras una persona goza de capacidad de ejercicio, manifieste su voluntad exterior, fundada en una norma de derecho, en contra o en favor de una o varias personas, para crear, modificar, extinguir un estado, y en consecuencia al hacer esto, esta realizando un acto jurídico.

B).- Acto unipersonal.

Igualmente de nuestro concepto en sentido amplio de autorregulación sobre la propia incapacidad el cual analizo en base a la tutela cautelar y la voluntad anticipada se desprende que ambas figuras son actos unipersonales como lo estableceremos; para lo cual primero debemos dar un concepto de que es el acto unipersonal, lo cual hacemos de acuerdo a los siguientes conceptos vertidos. Como apunta *Juan Manuel Asprón Pelayo*: “los actos jurídicos se clasifican en unilaterales, bilaterales o plurilaterales, de acuerdo a las voluntades que concurren para la creación de los mismos”.²

Mientras que *Manuel Bejarano Sánchez* anota que “la clasificación en actos jurídicos unilaterales, bilaterales o plurilaterales se atiende al número de voluntades que intervienen en su constitución; si basta una sola voluntad el acto es unilateral si son necesarias varias voluntades es bilateral o plurilateral”.³

² Asprón Pelayo, Juan Manuel, Sucesiones, 3ª. ed., Editorial Mc Graw Hill, México 2008, p. 45.

³ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 5ª. ed., Editorial Oxford, México 1999, p. 33.

Como vemos de los conceptos vertidos, son actos jurídicos unipersonales los que para su existencia perfecta requieren exclusivamente de la voluntad de una sola persona; como es el caso de *la tutela cautelar y de la voluntad anticipada*, ya que solo basta de la manifestación de voluntad de su autor, es decir de la voluntad de una sola persona; como se desprende de los siguientes artículos respectivamente: artículo 3º., fracción 3ª., de la LVADF, el cual establece que la voluntad anticipada: consiste en el documento otorgado ante notario público, en el que *una persona* con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales manifiesta su petición libre, consciente, seria, inequívoca, y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que propicien la obstinación terapéutica. Y el artículo 469 bis del CCDF el cual establece que *toda persona* capaz de otorgar testamento puede nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450.

C.- Acto revocable.

Como apuntamos en el concepto que di en sentido general de autorregulación de la propia incapacidad fue en función de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.

Por un lado en la regulación de la tutela cautelar se establece que este acto puede ser revocado en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad que para su otorgamiento como a continuación lo establecemos:

En primer lugar el artículo 469 Bis, del CCDF, establece que toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código. Y el artículo 469 Ter, del mismo ordenamiento lo complementa estableciendo que los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, *siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad.*

Mientras que en la LVADF, en su artículo 21 establece que el documento de voluntad anticipada y el formato *podrán ser revocados en cualquier momento mediante la manifestación de la voluntad con las mismas formalidades que señala esta Ley para su otorgamiento.* Y el artículo 22 de la misma Ley establece que en caso de que existan dos o más documentos de voluntad anticipada o formatos será válido, el último otorgado.

D).- Acto libre.

Para establecer que la tutela cautelar y la voluntad anticipada establecidas en nuestro concepto en sentido amplio, son actos libres, cabe establecer lo siguiente:

Por un lado en la regulación de la tutela cautelar una de las dos figuras jurídicas de este estudio, no se establece ningún artículo expreso, que establezca que se debe otorgar de manera libre.

Por otro lado el acto de voluntad anticipada regulado en la LVADF en su artículo 3º., fracción 3ª., entre otros artículos si establece de manera expresa que la petición del autor debe ser libre.

Ahora bien podemos decir que la tutela cautelar y la voluntad anticipada aunque no establecieran en su regulación especial, de manera expresa, que se deben de otorgar de manera libre, estos actos, como todo acto jurídico por regulación general se entiende de manera implícita, que deben ser libres; observando la libertad desde su matiz como un acto que otorga un particular y más específicamente observando su matiz como un acto civil; así podemos encontrar en el CCDF que los actos se deben de otorgar de manera libre; así tenemos como regla general la libertad contractual, la libertad de contraer matrimonio, la libertad de testar, la libertad de autorregular la propia incapacidad por tutela cautelar o voluntad anticipada, esta última regulada en la LVADF etc.

Ahora bien como bien apunta *Alfredo Bazúa Witte* “a dichas libertades el derecho a establecido máximas como, todo lo que no está prohibido está permitido, mi derecho llega hasta donde empieza el ajeno”. El CCDF reconoce este derecho y establece ciertas disposiciones que lo protegen, otorgándole a ciertos actos jurídicos, que se realicen en contravención a la libertad de su autor, una máxima sanción civil, para el mismo, o sea la nulidad, como se desprende de varios artículos del CCDF (véanse los artículos 235, 1295, 1794, 1795 etc.)”.⁴

Ahora bien por otra parte apunta *Juan Manuel Asprón Pelayo* que “la libertad se debe analizar desde dos vertientes:

La primera la remite, a que el acto se debe otorgar, con la ausencia de fuerzas exteriores físicas o morales que presionen la voluntad del autor del acto.

La segunda, anota, que se discute; y consiste en que la voluntad del autor debe ser consiente e informada, es decir, que sepa las consecuencias y los efectos del acto que está realizando”.⁵

⁴ Bazúa Witte, Alfredo, Los Derechos de la Personalidad, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2005, p.p. 44 y 45.

⁵ Ídem, p., 45.

Como observamos todo acto sea cual fuere, debe de ser de manera libre es decir que el autor del mismo lo otorgue de manera consiente, informada, es decir que sepa las consecuencias y los efectos de lo que quiere; además de que lo otorgue con la ausencia de fuerzas exteriores físicas o morales que presionen su voluntad para otorgar el acto, amén de que la tutela cautelar y la voluntad anticipada no son la excepción.

E).- Acto personalísimo

Acto personalísimo quiere decir que la persona que goza de capacidad de goce y de ejercicio para otorgar un acto, no puede designar representante para el otorgamiento del mismo.

Es decir que para estos actos la ley exige la intervención personal del interesado, lo cual es el caso para otorgar tutela cautelar y voluntad anticipada.

Mientras que si de tutela cautelar se trata desprendemos que es un acto personalísimo, debido que aunque en las disposiciones que la regulan no hay un artículo expreso que así lo establezca, implícitamente, si lo hace el artículo 469 bis del CCDF al establecer que toda persona capaz de otorgar testamento puede nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio y como lo dijimos es para el caso de esta caiga en incapacidad de ejercicio. Este artículo en mención al establecer que una persona capaz para otorgar testamento puede otorgar tutela cautelar pone en juego a que todo lo relativo en cuanto a capacidad para otorgar testamento sea aplicable a la capacidad para otorgar tutela cautelar y de acuerdo a que la capacidad concedida a las personas por la ley para otorgar testamento es que lo hagan personalmente, esto implica que la tutela cautelar sea un acto personalísimo, lo anterior en base al artículo 1295 del CCDF el cual establece que el testamento es un acto, personalísimo, revocable y libre.

Por otro lado si de voluntad anticipada se trata en el artículo 7º., fracción 1ª., de LVADF establece que el documento de voluntad anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: fracción I, establece que se debe realizar de manera personal, libre e inequívoca ante notario público o personal de salud según corresponda y ante dos testigos. Lo cual deja de manera explícita que el otorgamiento de este acto es un acto personalísimo.

1.4.- Capacidad para autorregular la propia incapacidad.

La regla general en relación con la capacidad de las personas, es que todos son capaces, excepto que la ley señale lo contrario. Esto Lo podemos corroborar con el artículo 1798 del CCDF, el cual establece son hábiles para contratar todos los no exceptuados por la ley; mientras que el artículo 450 del mismo ordenamiento establece que tienen incapacidad, natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial,

intelectual, emocional, mental, o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse a manifestar su voluntad por sí mismo o por un medio que los supla. Respecto a este artículo 450 del CCDF las personas que se encuentren en alguno de sus supuestos son los que no son hábiles para otorgar actos jurídicos por sí mismos.

Ahora la tarea es indagar ¿quienes no son hábiles o son incapaces para otorgar tutela cautelar o voluntad anticipada? o en sentido contrario ¿quien es hábil o capaz para otorgar estos actos?.

En la voluntad anticipada se es capaz para otorgar este acto a partir de que se alcance la mayoría de edad es decir a partir de los 18 años, debido a que ni en la LVADF, ni en el RLADF establece o fija una edad diferente; y solo establece el artículo 6º de la LVADF., que el documento de voluntad anticipada podrá suscribirlo toda persona con capacidad de ejercicio; lo cual nos remite a la regla general la cual establece que la capacidad de ejercicio inicia con la mayoría de edad y de acuerdo al artículo 646 del CCDF establece que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, por lo tanto solo podrá otorgar voluntad anticipada, el mayor de edad que no se encuentre en un supuesto de los indicados en el artículo 450 del CCDF o del artículo 23 del CCDF el cual establece que la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades que establezca la ley son restricciones a la capacidad de ejercicio. En consecuencia son incapaces para otorgar voluntad anticipada los menores de edad y los que se encuentren en estado de interdicción.

Mientras que en la tutela cautelar en base al artículo 469 bis del CCDF podemos desprender que se establecen dos incapacidades; el artículo en mención establece que toda persona capaz para otorgar testamento puede otorgar tutor; ahora cabe especificar quien es incapaz para otorgar testamento y conforme a las disposiciones específicas en materia sucesoria hay dos incapacidades para testar y las cuales corresponderían a incapacidades para nombrar tutor cautelar y son la siguientes:

El artículo 1306 CCDF establece que están incapacitados para testar:

“I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres”;

“II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.

Y de esta segunda fracción establece el artículo 1307 CCDF una excepción; la cual establece que es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes: (Véanse las reglas o prescripciones de los artículos 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, todos del CCDF)

Como podemos observar las incapacidades establecidas para testar las cuales son aplicables a la tutela cautelar son distintas en materia de obligaciones. En

materia de tutela cautelar se permite que una persona menor de edad pueda otorgar tutela cautelar, mientras que en materia de obligaciones no son capaces, por otra parte en materia de obligaciones una persona que no es capaz de gobernarse a sí misma es incapaz; mientras que en materia de tutela cautelar este tipo de personas si es capaz, siempre y cuando se encuentre en un intervalo de lucidez y se cumpla con los requisitos que señala la Ley.

2.- Antecedentes

Los antecedentes de las disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad, no son de mucho tiempo atrás como iremos observando, mientras que si hablamos de las dos figuras jurídicas que permiten autorregular la propia incapacidad en el Distrito Federal las cuales son la tutela cautelar y la voluntad anticipada, reguladas por el CCDF y la LVADF y su reglamento, respectivamente; son de casi menos de una década; ahora bien, la tutela cautelar es una figura nueva para el derecho mexicano pero esa tutela cautelar, solo es una clase de tutela de los cuatro tipos de tutela que se regulan en el CCDF. Pero hablando de la tutela en general esta figura que tiene por objeto que el tutor quede a cargo de la guarda de la persona y la administración de su patrimonio la podemos encontrar regulada desde el derecho romano, aunque no en forma totalmente igual al derecho que hoy en día se regula, y en los diferentes sistemas jurídicos de varios países también aparece regulada. Por otro lado si de voluntad anticipada se trata, podemos decir, que esta figura jurídica aunque con otra denominación en diferentes sistemas jurídicos de varios países empieza apenas a regularse aproximadamente desde hace seis décadas.

2.1.- En el derecho Romano.

En el Derecho Romano no existían disposiciones que permitieran autorregular la propia incapacidad por voluntad anticipada, tutela cautelar o alguna figura jurídica semejante pero que en su naturaleza u objeto fuera el mismo; es decir permitir que una persona se autodesigné tutor o representante para el caso de caer en incapacidad, y que este representante se encargue de la guarda de la persona y la administración de sus bienes y/o ejecute su voluntad anticipada. Pero como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos al igual que en el derecho romano, encontramos que sí había para los incapaces y los que cayeran en incapacidad, quien se encargara de la guarda de su persona y la administración de sus bienes, aun que ellos no lo hubieran designado ya que el representante era designado legítimamente por la ley.

Aunque el representante o tutor en el derecho romano no podía ser autodesignado; las figuras que en el derecho romano encontramos, por las que los incapaces o los que caían en incapacidad eran representados, si nos ocupa ya que tienen por objeto el que persigue toda tutela sea voluntaria o legítima, es decir, la guarda de la persona y la administración de sus bienes.

Ahora bien las figuras que existieron en el derecho romano de representación de incapaces fueron la patria potestad, la tutela o curatela, figuras un poco distintas a las del Derecho actual y de las cuales las describiremos en breve a continuación:

En primer lugar expondremos algunos puntos de lo que fue la tutela en el derecho romano, de acuerdo con *Carlos Efrén Rendón Ugalde* quien anota que “en Roma el principio de la tutela; estaba dado por el derecho de gentes, pues en todos los pueblos civilizados se había reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los impúberos, de esa manera podemos dilucidar que el principio de la tutela deriva de la razón natural; como lo expresaba Gayo en las siguientes palabras: *Impubres autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur* (Es conforme al derecho natural que los impuberes se hallen en tutela, a fin de que, él que no ha llegado a mayor edad sea defendido por otro).

Antes de estudiar propiamente la tutela en Roma, es conveniente hacer mención de algunos poderes que tenía el paterfamilias.

- *Manus maritalis* o potestas maritalis sobre la mujer.
- Potestas o potestas maritalis sobre los hijos.
- Dominica potestas sobre los esclavos.
- *Mancipium* sobre los hijos de otros entregados en venta al paterfamilias.

De acuerdo a lo anterior podemos decir que el impúber y la mujer quedan sujetos a tutela cuando muere el paterfamilias, al extinguirse su potestas por emancipación, o en el caso del primero habiendo nacido fuera de matrimonio legítimo.

En tiempos antiguos el paterfamilias y tutor son una misma persona: la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unilateral del jefe familiar. Posteriormente, el poder concedido al tutor no es una verdadera potestad pues difiere notablemente por varias causas de la potestad paterna.

La tutela es un poder sobre la persona (*pupillus* o *pupilla*) que siendo *sui iuris*, no tiene la capacidad de entender y de querer; que es necesario para administrar convenientemente el propio patrimonio. Dicha falta de capacidad se debía por:

I Razón de edad

II Razón de sexo

La tutela es esencialmente una función viril (*virile officium*) pues consistía en la defensa del patrimonio del incapaz.

Para ejercer la tutela era necesario cumplir con los requisitos siguientes: ser libre, ser ciudadano romano, ser de sexo masculino y tener más de veinticinco años.

Algunas clases de tutela en el derecho romano

I.- Testamentaria: ya se reconocía en la ley de las XII tablas en donde el paterfamilias podía designar en su testamento tutor para sus hijos.

II Legítima: Por virtud de la ley decenviral correspondía la tutela al agnado próximo que sea varón y púber; si hubiere varios todos serian tutores y en su defecto a los gentiles. Justiniano encomienda la tutela a los cognados de acuerdo con el orden ab intestado.

III Tutela dativa: Si alguno se hallase absolutamente sin tutor le era asignado uno en la ciudad por el pretor urbano y la mayor parte de los tribunos de la plebe en virtud de la ley Atilia; mas en las provincias por los presidentes de ellas en virtud de la Ley Julia y Ticia”.⁶

En segundo lugar expondremos algunos puntos de lo que fue la tutela en el derecho romano, de acuerdo con “*Guillermo Floris Margadant*, quien para esto primero nos expone lo que fue La Patria Potestad en el derecho romano y comienza por explicarnos que el derecho romano estaba compuesto por varios domus (grupos familiares) un domus estaba a cargo de un paterfamilias, quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes, y titular de los iura patronatus sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos, los nietos y muchas veces mediante la manus ejerce un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras. Además es el juez dentro de la domus, puede imponer incluso la pena de muerte a sus súbditos.

El paterfamilias era la única persona que tenía plena capacidad de goce, de ejercicio y plena capacidad procesal, en los aspectos activos y pasivos. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan en la vida jurídica a través de él.

Para ser paterfamilias se requería ser libre y sui iuris; no era necesario estar casado o tener descendientes.

Como vemos en el derecho romano el que ejerce la patria potestad es el paterfamilias y este tiene la guarda de la persona de todos los que integran la domus así como él es el dueño de los bienes.

La tutela y curatela en general como vimos en el punto anterior todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser sui iuris, era una persona para el derecho romano. Podía ser titular de derechos y obligaciones, aún que no siempre podía ejercer aquéllos. Ya sea porque a veces era demasiado joven, o sufría enfermedades mentales o dilapidaba sus bienes, incluso se consideraba que era conveniente poner bajo vigilancia a la mujer sui iuris. Tales personas total o parcialmente incapaces eran puestos bajo la protección de tutores y curadores, sin embargo, estas dos figuras son muy distintas de las reguladas en el derecho moderno como veremos en el párrafo siguiente.

⁶ Ídem, p.p. de la 3 a la 6.

La tutela nació como un poder establecido en favor de la familia del pupilo, la cual era la auténtica propietaria de los bienes de este, ya que existía copropiedad familiar.

Después la tutela paso a ser un poder establecido a favor del pupilo. De un derecho del tutor, un poder jurídico, un manus, pasa a ser un onus, una obligación a la cual el nombrado puede solo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa (edad, enfermedad, otras tutelas a su cargo, altas funciones etc.). Con este cambio de manus a onus se convierte la tutela en materia pública.

Diferencia entre tutela y curatela.

La diferencia entre la tutela y la curatela en el derecho romano no está muy esclarecida. El refrán romano “tutor datur personae, curator rei”, es de dudosa interpretación. Para proteger al pupilo contra el tutor se prohíbe a este precisamente toda intervención en lo concerniente a la salud o a la educación del pupilo.

Se ha pretendido que la tutela estaba ideada para situaciones normales como la infancia, impubertad, sexo femenino; mientras que la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años.

También se ha sugerido que se trata de una diferencia originada en tiempos muy remotos, en que en general la costumbre de hacer justicia por la propia mano, y que el tutor era un hombre fuerte para proteger a infantes, impúberes y mujeres; mientras que el curador era un sabio consejero para personas físicamente capaces, pero que mentalmente eran algo débiles”.⁷

De todos modos la distinción romana entre ambas figuras no corresponde a la actual. En el derecho moderno el curador es la persona que debe vigilar al tutor, un medio de protección del pupilo contra el tutor. Por lo tanto en el derecho romano un incapaz podía tener un tutor en otros casos un curador, mientras que en el derecho mexicano moderno el incapaz tiene conjuntamente un tutor y un curador y este último vigila el desempeño del cargo del tutor.

2.2 Derecho Germánico

Por otro lado *Carlos Efrén Rendón Ugalde* anota que, “originalmente la tutela en el Derecho Germánico tuvo su regulación técnica de la institución Justiniana, también existió como en el Derecho Romano la tutela de mujeres que duró muy poco y no paso a los nuevos códigos pero que los últimos restos fueron eliminados por las legislaciones de los 60’s y 70’s del siglo XIX.

⁷ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 26ª. ed., Editorial Esfinge, México 2007, pp., 196, 197, 219, 220.

En el antiguo derecho Alemán la tutela perteneció a la sippe siendo un derecho conjunto de los parientes dentro del séptimo grado reunidos en asamblea gestora. Normalmente se nombraba a una persona de su seno para administrar la tutela que la desempeñaba como fiduciario (Treuhänder) y solía ser el pariente más próximo del pupilo entre los llamados parientes de espada masculino de la línea masculina: el abuelo, el tío etc. Quien es frecuentemente preferido mientras la madre no se encuentre casada; sin embargo en algunos de los casos la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la sippe como tutores de los hijos después de la muerte del padre.

Este pariente más próximo deviene tutor nato de toda la tutela con la consiguiente debilitación del poder de la sippe que ya no ejerce colectivamente la tutela. La sippe pasa a ostentar una especie de supertutela con las funciones siguientes: de vigilancia, otorgar el consentimiento para ciertos actos, destitución del tutor en caso de mala administración entre otros.

Si las personas mencionadas anteriormente son ineptas, la familia puede designar otro tutor. El llamamiento a la tutela por disposición de última voluntad de los padres aparece a veces solo bajo el influjo del Derecho Romano, a veces independientemente de esa influencia. En defecto de todo otro tutor, la autoridad deberá designarlo.

Principios de la tutela en el Derecho Germánico.

En el derecho común tiene la importancia todavía la designación testamentaria y el llamamiento legal, pero ambos se aproximan a la designación por autoridad, toda vez que según las ordenanzas de policía del Reich ningún tutor puede hacerse cargo de la administración sin que la tutela le haya sido discernida y mandada por la autoridad.

También es un principio en el Derecho Germánico que los menores que estén sujetos a tutela sino están bajo el cuidado de los padres, la tutela se extendía originalmente hasta el tiempo en que le niño a dejado de serlo. Pero el termino así designado se determina diversamente desde los doce hasta los dieciocho años.

La inspección sobre el tutor fue primeramente en el Derecho Germánico incumbencia de la familia, pero se desarrolló la tutela superior de los consejeros municipales y de los soberanos territoriales. En el derecho común la tutela superior estaba en manos de los tribunales. Las normas sobre la gestión de la tutela eran en general las del derecho romano”.⁸

El Derecho Germánico conocía también independientemente del Derecho Romano la tutela sobre los enfermos mentales, enfermos y pródigos y algunos casos de curatela para asuntos concretos.

⁸ Ídem, p.p. 15 y 16.

Por otro lado en Alemania, si sobre disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad se trata, en su documento estudio sobre las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad anota *Eduardo García Villegas* citando al notario Christian Hertel quien nos presenta “el estado del arte en la materia, en aquel país del que expone un somero resumen:

1.- El Derecho Alemán distingue dos disposiciones para el caso de la propia incapacidad: primera, el afectado puede hacer disposiciones para la situación en que se decreta una asistencia. Puede elegir a un futuro asistente o puede expresar deseos sobre la gestión de su asistente. El tribunal y el asistente deben tener en cuenta los deseos del asistido. Estas disposiciones se llaman disposiciones sobre asistencia (Betreuungsverfügung). En segundo lugar esta el poder de previsión (Altersvorsorgevollmacht) entendido como otorgamiento de un poder a un apoderado, disposición que puede hacer innecesaria una asistencia decretada.

2.- En cuanto a los términos se pueden efectuar disposiciones para la ejecución de actos médicos en el caso de que faltare la propia capacidad de consentimiento, es decir, el deseo del paciente de recibir o de evitar ciertas medidas que alarguen la vida después de haber sufrido daños irreparables.

3.- Finalmente de acuerdo con el artículo 672 del Código Civil Alemán si el otorgante de un poder se vuelve incapaz después de haberlo concedido, esto no disminuye la efectividad del mandato, siempre que este no prevea otra consecuencia”.⁹

2.3 En España

El derecho Español “se inspiró en el Derecho Romano *anota Carlos Efrén Rendón Ugalde*, asignándole a la tutela y la curatela la misma función, pero ejercida sobre personas de diferente edad; la primera sobre los impuberos y la segunda sobre los mayores; sin embargo el sistema de tutela romana se perdió en España a través de los antiguos cuerpos legales y apareció sustituido por un sistema que puede llamarse nacional o gótico, reflejado en el fuero del juzgado, fueros municipales, fuero viajero, y fuero real, y cuyos principales caracteres fue 1°.- Admitir una sola institución con el nombre guarda o tutela y 2°.- Corresponder está a los parientes más próximos que la ejercían, colectivamente o cuando menos delegación en uno de ellos.

En el Derecho Español se permitió que la tutela se ejerciera de manera plural, tal como en el Derecho Germánico, pues es evidente que la tutela en aquellas legislaciones desde un origen consideró oportuno que la tutela se ejerciera colectivamente. Pero las partidas introdujeron el sistema tutelar romano y con él la tutela unipersonal (por excepción se admitía en algún caso la pluralidad de

⁹ García Villegas, Eduardo, La tutela de la Propia Incapacidad, 2ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p., 99.

tutores) la curatela y la tutela testamentaria desconocidas de las legislaciones germánicas.

Ya en su Código Civil de 1889 tanto el proyecto civil de 1921 como el de 1851 significaron importantes pasos hacia un nuevo régimen tutelar. En el antiguo derecho español en las Partidas se aceptan tres clases de tutela ; la testamentaria era ordenada por el padre, por la madre, u otra persona que dejare instituido heredero al huérfano; la legitima que se defería por ministerio de la ley en defecto de la testamentaria a los parientes más próximos y por último la tutela dativa que era instituida por el juez en defecto de las dos anteriores, estos son los antecedentes del artículo 204 del Código Civil Español de 1889 el cual regula un nuevo régimen tutelar”.¹⁰

Por otro lado respecto de disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad en España cabe mencionar como lo hace *Eduardo García Villegas* que “hasta hace algunos años los países Europeos no contenían una normatividad que reconociera efectos legales a las voluntades anticipadas. Sin embargo en abril de 1997 emergió el convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina mejor conocido como el Convenio de Oviedo, cuyo objeto es proteger al ser humano en su dignidad y su identidad así como garantizar a toda persona sin discriminación alguna, el respeto a su integridad, y sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

El artículo 6º numeral tres del Convenio de Oviedo intitulado “Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento” dispone que cuando una persona mayor de edad no tenga capacidad a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podrá efectuarse sin la intervención de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley.

La persona afectada deberá intervenir en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Por su parte el artículo 9º., del convenio en comento dispone que sean tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Derivado del avance allanado por el Convenio de Oviedo, a finales del 2000 se publicó la Ley 21/2000 de Cataluña sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica. Dicha ley tiene por objeto determinar el derecho del paciente a la información relativa a la propia salud y a su autonomía de decisión y en su artículo 8º, aborda las disposiciones anticipadas, definiéndolas como el documento dirigido al médico responsable, en

¹⁰ Ídem, p., 16,17, 18 19.

el que una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias concurrentes no le permitan expresar personalmente su voluntad.

En este documento la persona puede también designar un representante que será el interlocutor válido y necesario para el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. En el segundo apartado del artículo 8º dispone que haya de haber constancia fehaciente de que el documento se otorgó en las condiciones citadas anteriormente. En consecuencia, la voluntad anticipada se ha de formalizar mediante uno de los procedimientos siguientes: a) Ante notario; en este supuesto no cabe la presencia de testigos b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante ni estar vinculados con el por relación patrimonial.

Adicionalmente, en el tercer apartado del artículo 8º., se menciona que no se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica o que no correspondan exactamente con el supuesto del hecho que el sujeto haya previsto al momento de emitir las. Finalmente se dispone que si hay voluntades anticipadas, la persona que las haya otorgado, sus familiares o su representante ha de entregar el documento que las contiene al centro sanitario en el que el paciente es atendido.

Otras leyes de valor en la península ibérica son:

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

2.4 En los Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos de América ha habido diversos eventos que han activado la necesidad de permitir la autorregulación de la propia incapacidad mediante diversas figuras jurídicas.

El primero de abril del 2005, falleció Theresa Schiavo en Pinellas Park, Florida. La mujer de 45 años, había sufrido daños cerebrales después de un ataque cardíaco en 1990 y desde entonces había quedado en un estado vegetativo persistente. Las cortes y tribunales estatales aceptaron persistentes el testimonio de Michael su marido y custodio legal, y de otros testigos que dijeron que ella no habría querido que mantuvieran su vida de manera artificial. El caso de Terri Schiavo como el de miles de personas sobre las cuales deben decidir sus familiares,

cuando estas se encuentran incapacitadas y en coma o en estado vegetativo, se disputó en los tribunales de Florida durante quince años, y puso en movimiento, en un par de semanas a los tres poderes de la Unión Americana.

En efecto el magistrado Stanley F. Birch Jr. Del Tribunal Federal de Apelaciones de Atlanta, rechazó el último recurso de la familia de Terri para reconectar la sonda que la mantenía con vida; no siendo ajeno en su determinación la intervención del presidente Bush y la del Congreso que habían impulsado una ley que instaba a los jueces a reabrir el caso a la luz de testimonios y pruebas que ya habían sido desechos. Birch Jr. fue muy claro al concluir que “.... A pesar de la sincera y altruista motivación, las ramas ejecutiva y legislativas han actuado de manera obvia contra la guía de gobierno de nuestros Padres Fundadores para la gobernabilidad de la gente libre”. En suma, el magistrado declaró la inconstitucionalidad de la intervención de Bush y del Congreso en este asunto.

En los Estados Unidos existen diversas figuras y derechos que permiten disponer sobre la propia vida, de las que de forma enunciativa más no limitativa mencionamos las siguientes:

1.- Los llamados right to die cases (casos de derecho a morir): el paciente tiene el derecho a interrumpir o rechazar la aplicación de algún tratamiento dirigido a salvar su vida.

2.- Physician- assisted suicide (el suicidio asistido por un medico).- Derecho del paciente a recibir ayuda médica para poner fin a su vida.

Algunos casos relevantes para profundizar en la regulación de disposiciones sobre la incapacidad y la vida son:

El caso Karen Ann Quinlan (derecho a morir).

El caso Janet Adkins y Jack Kevorkian (Eutanasia).

El caso Nancy Cruzan (rechazo a recibir tratamiento para vivir artificialmente).

El caso Washington v.s. Glucksberg (prohibir el auxilio al suicidio no es inconstitucional).

Mención aparte es ameritada por la Oregon’s Death with Dignity Act (Ley de muerte digna de Oregón) que ha legalizado en este el suicidio asistido por médicos en el caso de enfermos terminales adultos y capaces. Dicha ley en vigor desde 1997 permite a enfermos terminales, con un pronóstico inferior a seis meses de vida, y que sean residentes de Oregón, solicitar la prescripción de una dosis de sustancias letales para poner fin a su vida “de manera humana y digna”.

Dos médicos deben afirmar el carácter terminal e irreversible de la enfermedad y la condición terminal del paciente; la solicitud de recibir los fármacos letales debe ser formulada por escrito y ante dos testigos.

El paciente puede rescindir la solicitud en cualquier momento y tras quince días después de la última petición el médico debe ofrecer al enfermo la posibilidad de

renunciar. A partir de entonces si el paciente insiste en su decisión el médico puede proceder a prescribir la medicación letal.

Algunas figuras jurídicas que se ofrecen a los estadounidenses, las cuales fueron fruto de los eventos y casos que mencionamos son:

a).- El poder durable de abogado (Durable Power of Attorney): es el documento por el cual una persona (the principal) da autoridad legal a otra persona (agent or attorney-in-fact) para que actué en su nombre. El término durable se refiere a que el agente puede actuar cuando el principal se vuelve incapaz. El poder durable de abogado ofrece una manera simple de nombrar a un agente quien administra todo o parte del patrimonio ya sea en el ámbito monetario o financiero o en el ámbito personal o en ambos.

Es muy importante tener en cuenta que en la mayoría de los Estados Unidos de América este poder es durable solo si el documento declara que sus provisiones continuarán teniendo efecto aun después de la incapacidad ocurrida. Así mismo se debe tener en cuenta el procedimiento necesario para determinar el momento en el que el principal se ha vuelto incapaz y a pesar de que el agente debe atenerse a ciertas disposiciones legales, no existe una manera formal de supervisar sus acciones.

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

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

d). - Testamento vital (Living will).

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

El testamento vital precisa las preferencias entorno a los cuidados médicos que en su caso uno desea recibir. Es diferente al Health Care Power of Attorney, por que, el testamento vital no precisa de la designación de un agente y en algunos estados solo se aplica a casos de enfermedades terminales o bien cuando el enfermo se encuentra en estado vegetativo”.¹¹

2.5.- En México.

En México anota *Carlos Efrén Rendón Ugalde*, “la antigua legislación española, aplicable a la península, también fue aplicable a las indias durante un gran periodo. El 8 de diciembre de 1871 se promulgó nuestro primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California el cual tuvo entre otras fuentes como fuente rectora el Código Napoleónico de 1804, y es hasta este código en mención que tuvo lugar la institución jurídica de la tutela y por la cual se disponía entre otros puntos que era un cargo del cual uno podía eximirse por causa legítima, menciona al tutor y el curador como únicos elementos de la tutela, también habla del diferimiento de los mismos, señalando que podía ser por testamento, por ley o por elección del mismo incapaz confirmado por el juez y por nombramiento del juez. En el código de 1870 solo tuvo cambios de forma pero no de fondo.

Después en 1917 en La Ley de Relaciones Familiares hubo la necesidad de reformar las disposiciones acerca de la tutela para acabar con tantos abusos que se venían dando y trataron de mejorar la protección concedida a los incapacitados y mejorar la vigilancia sobre los tutores.

Ya en el Código Civil actual de 1928 se procuró atender más a la persona del incapacitado que a la administración de sus bienes y se instituyeron organizaciones especiales tales como el consejo local de tutelas y los Jueces pupilares (actualmente jueces familiares) para que velaran sobre la persona o bienes de los incapacitados y llegó a imponer al estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos necesitan forzosamente de la sociedad que vaya en auxilio, se concedió al ministerio público y a los parientes del pupilo el derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en algunos de los casos en que la ley dispone que sean separados entre otros aspectos”.¹²

Ahora bien en México las disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad anticipadamente son de reciente regulación en los ordenamientos jurídicos de algunos de los Estados de México. Además como lo expresa el maestro *Jorge Alfredo Domínguez Martínez*; “de tiempo atrás se había insistido en

¹¹ García Villegas, Eduardo, La Tutela de la Propia Incapacidad, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2006, p.p., de la 14 a la 27.

¹² Ídem, p.p., de la 19 a la 23.

la necesidad de poner en práctica la posibilidad legal, de que directamente el interesado, en condiciones favorables, se autodesignara a quien fungiere como su tutor, en caso de caer en estado de incapacidad. Los trabajos académicos que reclamaba la figura se multiplicaban, a manera de ejemplo podemos señalar la tutela de la propia incapacidad, núm. 30 de la colección de temas jurídicos en breviaros del Colegio de Notarios del Distrito Federal, México 2006, Eduardo García Villegas; Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, De Brandi y Lorens, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996; La representación derivada de las disposiciones para la propia incapacidad, de Cárdenas González, OGS Editores México, 2004. "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad" de Arce Gargoyo y Coautores, en Revista de Derecho Notarial, núm. 111, México, Abril de 1998, la necesidad de disposiciones para tutelar la propia incapacidad, de García Villegas, Tesis de grado, México, 2006. Pues bien la inquietud anterior dio frutos en el Distrito Federal cuando en su Gaceta Oficial del 15 de mayo del 2007 aparecieron publicadas modificaciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles y a la Ley de Notariado, por los cuales se crea y regula la tutela cautelar y que es la adopción legislativa de la figura reclamada por la doctrina, correspondiente a las disposiciones dictadas para el caso de caer en la propia incapacidad y en las que se incluye la posibilidad de alguien, en condiciones normales de capacidad de ejercicio designe a su propio tutor para el caso de devenir en incapaz".¹³

Y más aún casi un año más tarde apareció Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero del 2008 la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal ahora vigente y la cual permite a una persona con capacidad de ejercicio manifestar su negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida cuando por razones médicas fortuitas o de fuerza mayor sea imposible mantener su vida de manera natural; así como nombrar un representante que haga cumplir su voluntad anticipada en caso de encontrarse en estado de incapacidad.

Como podemos ver la figura de la tutela cautelar y de la voluntad anticipada son hasta ahora en el Distrito Federal las dos figuras jurídicas que contienen disposiciones que permiten a una persona con capacidad de ejercicio autorregular su propia incapacidad en caso de caer en ella, nombrando un tutor o representante para la administración de sus bienes, el cuidado de su persona, o la ejecución de su voluntad anticipada.

Como podemos observar en los antecedentes expuestos desde el derecho romano siempre ha existido la necesidad de que una persona con incapacidad ya sea natural y legal o solo la segunda, quede sometida al cuidado de un tutor o representante, tanto su persona como su patrimonio, pero hoy en día, más aun se han alcanzado grados en que ya la misma persona puede, antes de caer en incapacidad autorregular su propia incapacidad y nombrar quien quiere que sea la persona que se encargue del cuidado de su persona y su patrimonio.

¹³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Derecho Civil Familia, 1ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p.p., 636 y 637.

Capítulo dos.- Dogmática Jurídica sobre las incapacidades; y la regulación jurídica de la incapacidad.

1.- Dogmática Jurídica sobre las incapacidades.

1.1.- La madurez, la vejez y las enfermedades como causas de incapacidad.

A).- La madurez y la vejez.

La falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; o de gozar de entendimiento o inteligencia; o la falta de preparación, o de medios, para realizar un acto libre y plenamente consciente de lo que se desea; puede deberse a diversos aspectos.

Ahora bien específicamente nuestro CCDF en su artículo 450 señala como incapacidades, la minoría de edad, la enfermedad reversible o irreversible, o que por el estado particular de discapacidad ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental, o varias a la vez, que tengan como consecuencia que la persona no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo o por un medio que la supla.

Como se desprende de lo anterior lo que ocupa al derecho es la capacidad mental y no la capacidad física, ya que la capacidad mental es la que una persona necesita para poder manifestar su voluntad, es decir, para gozar de capacidad de ejerció. Tal como anota *Tomas Lozano Molina*, “cuando nos referimos a capacidad no nos referimos a la capacidad física, sino a la capacidad intelectual y es necesario contemplar las nuevas situaciones, males, padecimientos y enfermedades que se presentan con el envejecimiento de la población y hoy en día tenemos la *demencia senil, el Alzheimer, el Huntington*, entre otras”.¹⁴

De acuerdo a la página de la *Salud.es*: “La Demencia Senil no es una enfermedad específica, sino más bien un grupo de síntomas que son causados por cambios en el funcionamiento del cerebro. Hay muchos y variados síntomas que tienen que ver con la cognición. La cognición se refiere al acto de pensar, percibir y aprender.

Las funciones cognitivas que pueden verse afectadas son la toma de decisiones, juicio, memoria, orientación espacial, el pensamiento, el razonamiento y comunicación.

La Demencia Senil afecta básicamente a personas de edad avanzada, que la mayor parte de las veces requiere cuidados por parte de su familia o profesionales. Es especialmente habitual a partir de los 85 años. A partir de esta edad afecta hasta un 50% de estas personas, si bien es cierto que a partir de los 65 años la incidencia de esta enfermedad empieza a ser significativa.

¹⁴ Lozano Molina, Tomás, Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2008, p. 17.

El proceso de envejecimiento conduce a un deterioro de las células cerebrales, lo que provoca fatiga, problemas relacionados con el equilibrio y pérdida de memoria de carácter progresivo.

Esta es una enfermedad crónica, degenerativa y se caracteriza por disminuir la calidad de la vida del enfermo de forma notable”.¹⁵

*De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española define al “Alzheimer como 1. f. Med. Atrofia cerebral difusa, asociada generalmente con demencia, que se presenta de ordinario en la edad senil”.*¹⁶

De acuerdo a la página de American Speech-language-hearing Association (asha) (Asociación Americana del Habla, Lenguaje y Audición): La enfermedad de Huntington “es un trastorno cerebral caracterizado por neurodegeneración progresiva que se manifiesta en disfunciones motoras, cognoscitivas y psiquiátricas. Pueden presentarse problemas en las siguientes tres categorías: control motor (movimiento), cognición (razonamiento) y comportamiento. Ocurren problemas al hablar y al tragar cuando se ven afectados los centros de control motor o cognitivo, lo que causa debilidad muscular o falta de coordinación (corea). También se presentan problemas de memoria, secuenciación, capacidad de aprendizaje, razonamiento y resolución de problemas”.¹⁷

Como observamos la demencia senil, el Alzheimer, el Huntington son solo algunas de las enfermedades que se dan en la etapa senil, es decir, en la etapa de la edad avanzada (cuarta edad se considera su comienzo a los 80 años), y son enfermedades, que disminuyen la capacidad mental o intelectual.

Y estas incapacidades mentales le traen a la persona como consecuencia, la disminución de su capacidad para administrar sus bienes patrimoniales o le imposibilitan cuidar su persona por sí mismas, cuidar su propia salud o seguridad.

Es decir la “incapacidad” provoca la falta de autogobierno, la falta de autonomía en la voluntad para la toma de decisiones ya que conlleva la deficiencia persistente de carácter físico o psíquico.

El trastorno o la incapacidad, puede ser transitoria o permanente; si fue transitoria, pues habría que probarlo y me parece que sería muy difícil o es muy difícil, precisamente por su carácter de transitoriedad. Comprobar la incapacidad mental transitoria es difícil, debido a las consideraciones que deberán emitir peritos en la materia.

¹⁵ Salud.es, pagina <http://www.salud.es/demencia-senil> consultada el 15/03/2013.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española, pagina <http://lema.rae.es/drae/> consultada el 15/03/2013.

¹⁷ Speech-language-hearing Association (asha), pagina <http://www.asha.org/public/speech/disorders/huntington.htm> consultada el 15/03/2013

Ahora bien las incapacidades se pueden dar por diversas causas, entre ellas, hoy en día la madurez y la vejez son las causas más comunes que causan la incapacidad, como anota *Eduardo García Villegas*; que “en las tres primeras décadas del siglo pasado, el nivel de la mortalidad era alto al compararlo con otros países, sobre todos los más desarrollados. Se estimaba que en 1930 la esperanza de vida era de 36.2 años (35.5 para los hombres y 37.0 para las mujeres). En esa época, la población del país todavía pagaba un pesado tributo a las enfermedades de carácter infeccioso: de los diez principales padecimientos responsables de la mortalidad, ocho eran de tipo infeccioso. En contraste la vida media de los mexicanos en la actualidad se acerca a los 75 años (73.4 años la masculina y 77.9 años la femenina) es decir más del doble que hace 76 años y cada vez más cerca de las naciones, con mayores índices de sobrevivencia, al tiempo que en la actualidad solo una de las diez principales causas de muerte en México es del tipo infeccioso (neumonía e influenza). El descenso de la mortalidad general ha sido de tal magnitud que la reducción global del riesgo de fallecer, acumulada de 1930 a 2004 ha sido de 83.7 por ciento en los hombres y de 86.5 por ciento en las mujeres.

La primera conclusión lógica de lo anterior es que nuestro país está envejeciendo, lenta pero continuamente. El envejecimiento es resultado de una serie de dinámicas que se presentan de manera desigual en cada país. Mientras en Uruguay, el país, más envejecido de América Latina, hay más de 50 personas mayores de 50 años por cada 100 menores de 15 años, en México hay actualmente solo 15, de acuerdo a proyecciones de población del Consejo Nacional de Población (CONAPO), no obstante, durante los próximos 50 años el proceso de envejecimiento se acelerará de tal forma que mientras en Cuba habrá 170 mayores de 65 años por cada 100 menores de 15, en México dicho proceso será tan rápido que a mediados del siglo XXI habrá 121. Mientras que a Francia le tomo 250 años alcanzar un porcentaje de 16 por ciento de población adulta mayor, a México le tomara solo 40 años de modo que nuestro porcentaje de población envejecida se asemeja en la actualidad al de Francia a mediados del siglo XVIII, en tanto que hacia 2050, el porcentaje será similar en ambos países.

Envejecer es la creciente incapacidad del cuerpo de una persona de mantenerse por sí solo y realizar las cosas que hacía antes. El resultado es que con el paso, aumenta la del fallecimiento. Aunque esta definición describe el proceso biológico no explica el por qué envejecen las personas. Las teorías del envejecimiento se refieren al proceso de envejecimiento primario que implica los cambios graduales e inevitables relacionados con la edad que aparece en todos los miembros de una especie. Este tipo de envejecimiento es normal y sucede a pesar de la salud, el estilo de vida activo y el carecer de enfermedades.

Por su parte el envejecimiento demográfico no se refiere solo a la acumulación de población en las edades avanzadas, sino de los niveles de vulnerabilidad que se relacionan con la vejez, con la pérdida de la salud, la disminución de la autonomía individual, la menor adaptabilidad a los cambios sociales y tecnológicos y a la mayor dependencia económica entre otros.

Las investigaciones señalan que se empieza a envejecer antes de los 65 años ya para fines de la cuarta década hay declinación en la energía física. También aumenta la susceptibilidad a las enfermedades e incapacidades, finalmente de una manera inexorable unos antes y otros después viene la declinación general. El individuo termina retrayéndose de las actividades. Depende mucho de los que lo rodean. Si las relaciones con otros también son tirantes, el anciano busca el aislamiento y la soledad. El temperamento puede tornarse agrio surge en muchos casos la mala salud física, los ingresos económicos pueden ser insuficientes. Hay una multitud de problemas de índole social y psicológica que cae sobre el anciano y sus familiares, la situación no es fácil para la persona vieja ni para sus relacionados. La persona de edad avanzada, no quiere ser un estorbo. Para los familiares el hecho de tener la responsabilidad de personas mayores constituye un serio impedimento en el disfrute de sus afanes de la vida y en la realización de sus proyectos y aspiraciones. Se puede llegar a edad avanzada sin problemas de salud y físicos, ni mentales todo depende del estado que mantenga previamente una persona. Si bien es cierto que el proceso de envejecimiento no está libre de problemas, la enfermedad no es exclusiva de la vejez, como no lo es la salud de la juventud.

B).- La Salud y las enfermedades

Al igual que otros muchos conceptos de carácter universal la enfermedad no escapa de ser objeto de diversas interpretaciones o significados, según la disciplina o cultura que la estudie. Para la ciencia médica la enfermedad es fundamentalmente un trastorno biofísico causado a su vez por factores biofísicos (desde los virus hasta los traumas, la predisposición biogenética y los agentes ambientales desencadenantes).

Una interpretación psicológica consistiría en que las emociones reprimidas provocan enfermedades y bajo un enfoque holístico, la enfermedad es un conjunto de factores, tanto físicos como emocionales, mentales y espirituales ninguno de los cuales puede considerarse aisladamente y desde este punto de vista cualquier tratamiento debe de tener en cuenta estas dimensiones considerando que el ser humano tiene dimensión física, mental, emocional y espiritual desde luego la ponderación atribuida a las distintas causas es variable de persona a persona.

Pero como hemos acotado la esperanza de vida en nuestro país se ha elevado al nivel de la mayor parte de los países más desarrollados del mundo sin embargo esto no conlleva únicamente a una modificación importante en la pirámide poblacional y en el sistema de pensiones, ya que aumentará considerablemente el número de personas que ante sus propios y naturales procesos entrópicos precisarán de instituciones jurídicas novedosas y confiables que ofrezcan la

seguridad y la certeza que ellos precisen para adoptar decisiones de la mayor importancia”.¹⁸

Como podemos observar en lo anterior anotado podemos ver que la incapacidad en que puede caer una persona puede deberse a diversos motivos, pero que hoy en día va teniendo como principal causa el envejecimiento, el cual va incrementando en la población mexicana y que además trae como consecuencia en la mayoría de los casos la pérdida de la salud es decir un sin número de enfermedades y esto es lo que más preocupó a los autores, al ver que no había ordenamientos jurídicos que permitieran prever la propia incapacidad permitiendo autorregularla, pues bien como hemos señalado anteriormente, esta situación fue por varios autores materia de estudio, en los cuales propusieron diversas figuras jurídicas de derecho comparado para remediar esta situación y dichas propuestas y estudios como lo mencionamos dieron fruto en varios Estados de la República y en el Distrito Federal cuando en su Gaceta Oficial del 15 de mayo del 2007 aparecieron publicadas modificaciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles y a la Ley de Notariado, por los cuales se crea y regula la tutela cautelar y que es la adopción legislativa de la figura reclamada por la doctrina, correspondiente a las disposiciones dictadas para el caso de caer en la propia incapacidad y en las que se incluye la posibilidad de alguien, en condiciones normales de capacidad de ejercicio designe a su propio tutor para el caso de devenir en incapaz.

Y más aún casi un año más tarde apareció Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero del 2008 la LVADF, de ambas figuras de las cuales ya hemos mencionado su objeto, y sabemos que fue un logro más en nuestro sistema jurídico ya que el objeto de las figuras reguladas hasta esa fecha no satisfacían esa necesidad.

1.2.- Figuras Jurídicas reguladas en el Distrito Federal que no satisfacían la autorregulación de la propia incapacidad o solo lo hacían parcialmente, hasta antes del 2007, es decir, antes de la regulación de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.

A).- La tutela y la interdicción.

En su estudio sobre la tutela de la propia incapacidad *Eduardo García Villegas* citando a *Carlos Rendón Ugalde* anota que este último autor apunta que “nuestro CCDF, no establece una definición de tutela limitándose solo a señalar en su artículo 449 únicamente cuál es su objeto “la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos” así como la representación interina del incapaz en casos especiales que señale la ley”

¹⁸ Ídem, p.p., 29, 30, 31 y 32.

Respecto a las clases de tutela el artículo 461 del CCDF señalaba que la tutela era testamentaria, legítima o dativa y de los menores en situación de desamparo.

1.- Tutela testamentaria.

El artículo 470 del CCDF dispone que el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tienen derecho aunque fuere menor de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza con inclusión del hijo póstumo. Tiene derecho a nombrar tutor por testamento: el ascendiente que sobreviva en cada grado que este ejercitando la patria potestad, el padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado; el adoptante y el que deja bienes por testamento a un incapaz. El ámbito de la tutela testamentaria es un ligero atisbo que parece tomar en cuenta la voluntad de quien ejerce la tutela en previsión de su propia incapacidad, se encuentra en el artículo 475 bis del CCDF que establece que el ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona a que se refiere el artículo 450 fracción 2ª., del CCDF que se encuentre afectado por una enfermedad crónica o incurable o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor o un curador para el pupilo prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aun las que se encuentren hechas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrara en su encargo en cualquiera de los siguientes casos: I).- Muerte del ascendiente II).- Discapacidad mental del ascendiente o III).- Debilitamiento físico. En este caso será necesario entonces el consentimiento del ascendiente.

2.- Tutela legítima

Es la que tiene lugar cuando no existe el nombramiento de un tutor testamentario o el que hay es ineficaz. Esta tutela esta regulada en la ley de tres maneras de acuerdo al sujeto pasivo de la misma.

* Menores que tienen familiares. Se configura cuando los menores quedan sin quien ejerza la patria potestad sobre ellos y los que la ejercían no designaron tutor testamentario. Esta por ley corresponde a: I.- Los hermanos prefiriéndose a los que sean por ambas líneas, II.- Por falta o incapacidad de los hermanos

* Mayores incapacitados (artículo 486-491 CCDF) si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su cónyuge. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o su madre, solteros, habiendo varios con aptitudes, el juez elegirá. Si el incapacitado es un soltero sin hijos o cuyos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus progenitores el padre o la madre debiéndose ambos de poner de acuerdo. Si el incapacitado no tiene cónyuge hijos mayores o progenitores serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente: los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiendo al más apto.

* Menores abandonados y acogidos (artículos 492-494 CCDF) la ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogidos quien

tendrá las obligaciones, facultades, y restricciones previstas para los demás tutores. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considera abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si este tiene bienes el juez decidirá sobre la administración de los mismos. En todos los casos quien haya acogido a un menor deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las 48 horas siguientes.

3).- Tutela dativa.

Al igual que la tutela legítima tiene un carácter subsidiario, ya que tiene lugar cuando no hay tutor testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima, cuando el tutor testamentario este impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente para la legítima, y cuando se confiere para la atención de asuntos judiciales del menor incapacitado del menor emancipado. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años. El juez de lo familiar confirma la designación si no tiene justa causa para reprobala (artículo 496 CCDF) Si el menor no ha cumplido dieciséis años el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas del Distrito Federal, oyendo al Ministerio Público quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor (artículo 497 CCDF).

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

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

Con referencia a la interdicción debemos precisar que se trata de un estado de incapacidad para obrar que es declarado por el juez de lo familiar, respecto de aquellas personas mayores de edad que no pueden gobernarse por si mismas por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia o limitadas físicamente para externar su voluntad.

En el Distrito Federal la ley señala que el juez de lo familiar con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos escuchado la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar sujeto a la tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo que podrán realizarse por sí mismos, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela. La

declaración de incapacidad por las causas a que se refiere la fracción II del artículo 450 del CCDF, pueden pedirse:

Por el menor si ha cumplido 16 años, por su cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por su albacea y por el Ministerio Público.

La consecuencia primordial del estado de interdicción es la restricción a la capacidad de ejercicio y la necesidad de la representación legal para llevar a cabo todos los actos inherentes a la persona y a los bienes del incapaz. Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por el incapacitado sin la autorización del tutor (art. 635 CCDF). Dicha nulidad solo puede ser alegada sea como acción sea como excepción por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes pero no por las personas con quienes contrato, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ella (art. 637 CCDF).¹⁹

Como lo expusimos hasta antes del 2007, existían otras diversas figuras jurídicas, en el derecho positivo mexicano que tan solo resuelven parcialmente algunos de los principales temas adheridos a la propia incapacidad y una de las mayores preocupaciones era la escasa atención que nuestro ordenamiento jurídico prestaba a la propia voluntad.

En efecto los distinguidos notarios como: *Javier Arce Gargollo, Francisco Fernández Cueto Barros, Tomas Lozano Molina, Alberto Pacheco Escobedo y, Othón Pérez Fernández del Castillo*, efectuaron un análisis muy interesante de cada una de estas figuras y expusieron sus críticas a cada una de ellas.

B).- El testamento.

Como señala *Javier Arce Gargollo*, en su magistral conferencia sobre el tema “la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte tiene a su favor el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio. El fundamento está en el Derecho de Propiedad y en la institución de la familia. La configuración del testamento como acto jurídico mortis causa nos viene del derecho romano como una de las creaciones más perfectas del Derecho Privado”.²⁰

Ahora bien Eduardo García Villegas, señala que “partiendo de la misma definición de testamento que surte efectos después de la muerte del otorgante, es lógico que al ser efectuado por una persona capaz, no pueden tomar en consideración la fase de incapacidad que antecede a la muerte. En consideración la fase de incapacidad que antecede a la muerte. En consecuencia queda claro que esta figura ancestral del derecho *no puede establecer disposiciones concernientes a un periodo de incapacidad previo a la muerte* y si bien se podrían efectuar por conducto disposiciones de los órganos consideramos que no es de lo más

¹⁹ Ídem, p.p., 39, 40, 41, 42 y 43.

²⁰ Arce Gargollo, Javier, Aspectos prácticos en la elaboración de testamentos, conferencia magistral dictada en la Ciudad de México, el 13 de Mayo del 2006.

aconsejable ya que el testamento en muchas ocasiones se conoce después de la muerte del testador y para ese momento los órganos del mismo no son aptos para ser trasplantados.

En todo caso esta figura se trae a colación ante el intento de traducir del inglés al castellano el living Will, como testamento vital. Estamos en desacuerdo con este concepto pues hacer referencia a un testamento vital es un contrasentido a la luz de la propia definición que hemos visto del testamento. Preferimos en todo caso hacer referencia a disposiciones Vitales”.²¹

C).- La representación

Respecto a la representación el citado autor Eduardo García Villegas señala que “la representación puede definirse como la facultad que tiene una persona de actuar obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra y citando a *Julien Bonnecase* apunta que este autor ha distinguido entre representación legal y asistencia en función de la causa y grado de incapacidad del representado.

Es representación cuando el incapaz no puede manifestar su voluntad o no actúa en absoluto sino por medio de otra persona como cuando está sujeto a patria potestad o tutela.

Es asistencia cuando el incapaz actúa bajo el control o colaboración de otra persona como la curatela, la autorización judicial que requiere el emancipado para la enajenación, el gravamen y la hipoteca de bienes raíces la autorización necesaria del menor para contraer matrimonio o para aportar bienes a la sociedad conyugal.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos recuerda que la representación voluntaria se ha clasificado en directa o indirecta. La primera se refiere a la actuación de una persona en nombre y representación de otra en cuyo caso los efectos jurídicos y patrimoniales recaen sobre el representado, estableciendo entre este y el tercero una relación directa e inmediata.

Se llama indirecta cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra quien frente a terceros adquiere personalmente los derechos y las obligaciones como el mandato, la prestación de servicios, el fideicomiso etc.

Por su parte en su excelente obra sobre los contratos civiles Miguel Ángel Zamora y Valencia enuncia las características del mandato:

I).- Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como prestación de hacer consistente en actos jurídicos.

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

²¹ Ídem, p., 46.

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

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

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

En cuanto a la forma de terminación del mandato el artículo 2595 del CCDF las enuncia como sigue:

I.-Por revocación.

II.- Por renuncia del mandatario.

III.- Por muerte del mandante o del mandatario.

IV.- Por la interdicción de uno o de otro.

V.- Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido.

VI.- En los casos previstos por los artículos 670, 671, y 672 (referente a la declaración de ausencia).

Como se puede apreciar la fracción IV del artículo 2595 del CCDF impone un candado a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad.

Mientras que en sistemas jurídicos como el de Quebec, ofrece la oportunidad a la persona capaz de autorregular o prever las situaciones propias de su incapacidad conforme a la autonomía de su voluntad en aras de dar solución a las necesidades de la población cada vez más senecta y no por ello menos previsor.

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

Artículo 3054.- El mandato termina:

....IV. Por la interdicción del mandante excepto que hubiere sido otorgado en los términos del artículo 2998 y cuando el mandato con la mención expresa de que

habría de subsistir aun cuando el mandante devenga en incapaz. Discernida la tutela de este el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo.

El artículo 2998 del Código Civil de Coahuila se refiere al poder para tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de salud del mandante, aun cuando este hubiera quedado incapaz, si para ello hubiere sido expresamente autorizado por el mandante. Este poder será revocable por el mandante capaz en todo momento, sin necesidad de que revista la misma forma de la autorización. Igualmente podrá ser revocado por el tutor en caso de que el mandante devenga en incapaz con las formalidades previstas por la ley.

En consecuencia en el Código de Coahuila existe el mandante interdicto cuyas decisiones son respetadas y alineando este precepto con las concernientes a la tutela autodesignada, se coligue que el resto de los derechos de la personalidad del poderdante que deviene en incapaz quedan sujetos al sistema de protección tutelar, salvo lo referente al tratamiento médico y al cuidado de la salud del poderdante”.²²

D).- La Renta vitalicia

Eduardo García Villegas anota que “en su documento tratado sobre los contratos; el doctor Joel Chirino Castillo reconoce el carácter aleatorio de este contrato, por el cual el deudor pensionario se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, recibiendo a cambio, por parte del constituyente, la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o inmueble cuya propiedad se trasmite por efecto del contrato.

Por medio de este contrato, una persona capaz puede destinar ciertos bienes o cantidad de dinero a una renta vitalicia, sujeta a la condición de su incapacidad .El incapaz, durante su vida

Puede recibir periódicamente una cantidad de dinero, pero esto se limita al aspecto patrimonial y no quedan resueltos, ni la administración de esas cantidades periódicas ni el cuidado de la persona o de su salud.

Consideramos que esta figura no puede quedar fuera del ámbito de las disposiciones en previsión de la propia incapacidad ya que tiene una esencia auto protectora.

Por tanto, es menester que este contrato vaya acompañado de otros elementos complementarios para dichos efectos.

Es conveniente que para el caso de que el receptor de la renta deviniere incapaz se incluya en el contrato bien formado parte del mismo bien se haga en un documento notarial complementario previendo la circunstancia de la futura incapacidad, el nombramiento de una persona de la total confianza del pensionista

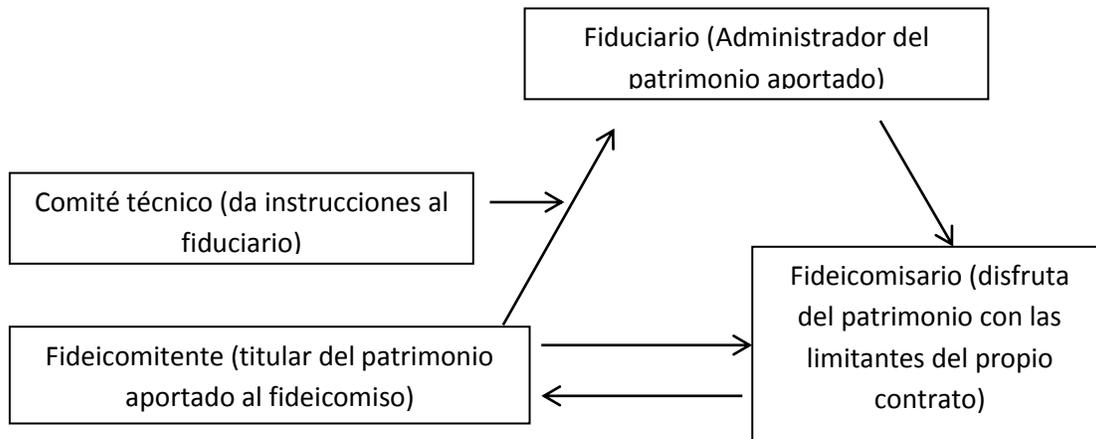
²² Ídem, p.p., 46, 47, y 49.

otorgándole cuantas facultades sean necesarias para poder cumplir y poder exigir el cumplimiento fiel y exacto del negocio jurídico hasta el último día de la vida del acreedor de la renta, o bien, mientras dure su incapacidad.

Es posible aseverar que la renta vitalicia es un instituto que puede llegar a resolver las cuestiones patrimoniales del eventual incapaz, esto es, el contrato puede tener como efecto que una persona en estado de incapacidad durante el resto de su vida, pueda recibir periódicamente una pensión, aunque esto se limita al aspecto patrimonial y no resuelve ni los aspectos administrativos inherentes a dichas cantidades, ni el cuidado de la salud de la persona”.²³

E).- El fideicomiso

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



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

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

La Ley reconoce la existencia de fideicomisos constituidos a favor de una persona incapaz.

²³ Ídem, p., 49 y 50.

Sugerimos que este negocio jurídico mercantil podrá utilizarse en el sentido de que una persona capaz como fideicomitente aporte a una fiduciaria, en forma revocable ciertos bienes para que la institución fiduciaria lleve a cabo los fines de dicho fideicomiso que serían proveer de fondos a la persona que designe el comité técnico para atender las necesidades del fideicomisario que sería el propio fideicomitente cuando fuese incapaz, condición que traería como consecuencia que el fideicomiso se convierta en irrevocable.

Esto tiene fundamento legal y puede ser obligatorio para las partes.

Sin embargo, hay aspectos que no son resueltos en su totalidad como en lo relativo al cuidado de la persona o de la salud, y la enorme dificultad que implica aportar los bienes o una parte importante de ellos a una institución fiduciaria por un largo plazo, y generalmente indeterminado. Por otra parte, el fiduciario actuando por instrucción del comité técnico no es un instrumento ágil, para tomar medidas urgentes, por ejemplo, cuando el fideicomisario incapaz se encuentra en el quirófano”.²⁴

F).- Tutela preventiva

Como lo expusimos antes de entrar en vigencia la tutela preventiva y la voluntad anticipada, todas las figuras anteriores no satisfacían la necesidad antes mencionada y solo restringían a la persona la autonomía de su voluntad para autorregular situaciones de pérdida de capacidad, a fin de hacer prevalecer la voluntad de la ley y que fuera esta quien decidiera sobre el futuro del patrimonio de la persona que siendo capaz, deviniera en incapaz.

Fernando Antonio Cárdenas González, “señala en su documentado y actualizado estudio sobre la representación derivada de las disposiciones para la propia incapacidad, advierte que en la practica esta situación ocasionaba problemas, como pueden o podían ser:

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

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

²⁴ Ídem, p.p., 50 y 51.

c).- Se priva a la persona del derecho de decidir sobre sí mismo y respecto a sus bienes ante la eventualidad de resultar incapaz”.²⁵

Ahora bien con las disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad tutela cautelar y voluntad anticipada, han reconocido que el avance de la ciencia y de la tecnología permita afirmar enfáticamente que una persona tiene los elementos cognitivos suficientes para hacer previsiones razonables sobre su propia incapacidad en consecuencia, se ha reconocido que corresponde precisamente a la persona efectuar las disposiciones que estime pertinentes para designar al tutor que de mejor manera pueda responder a sus intereses.

Por otra parte aparentemente parece que el problema ha sido resuelto; aunque no es así ya que la regulación de estas disposiciones que permiten autorregular la propia incapacidad, no son del todo plausibles ya que algunas de sus disposiciones entorpecen un mejor funcionamiento, como lo iremos exponiendo a lo largo de este trabajo.

1.3.- Otorgamiento múltiple, dificultad, costabilidad.

Como observamos las figuras jurídicas que expusimos en el punto anterior, son las que se ofrecían en nuestro ordenamiento, hasta antes del 2007, las cuales no satisfacían la necesidad de autorregular la propia incapacidad, pero como vimos los diversos estudios y propuestas de distintos autores dieron fruto al regularse la tutela cautelar y la voluntad anticipada, lo cual fue un logro que cubrió una necesidad más, que se requería en nuestro medio jurídico-social.

Ahora el problema que nos ocupa es que la regulación de estas figuras se haga de una manera más eficiente, complementando ambas figuras, ya que existen en su regulación, algunas disposiciones que hacen un tanto engorroso su otorgamiento y creemos que puede ser mejorado, además de que la regulación de las figuras en mención, en diferentes leyes hace que existan múltiples ordenamientos, lo cual resulta a veces innecesario, además tiende a la necesidad de crear múltiples órganos de registros o de depósito de estos documentos, lo cual también crea un gasto público más para los ingresos destinados al Distrito Federal.

Por otro lado hace que una persona tenga que otorgar múltiples actos, uno para regular su tutela cautelar y otro para regular su voluntad anticipada, además de que esto crea un doble gasto y un alto costo, tanto para el otorgamiento de dichos actos, como para solicitar copia del documento suscrito al órgano donde estén depositados y en un país como México, donde los ingresos que percibe una persona son muy bajos, esto hace que las personas tengan una perspectiva de que el otorgamiento de estos actos son un gasto terciario o incluso innecesario.

²⁵ Ídem, p.p., 43, y 44.

Como podemos observar en el campo factico, donde muchas de las personas para arreglar un asunto, ya sean las escrituras de su casa, otorgar un testamento, tramitar una sucesión etc. la mayor parte de las veces no se realiza o se pospone, porque los gastos son altos, tanto para otorgar actos ante notario, como para tramitar copias del documento, registró del documento etc. y con este otorgamiento múltiple aumenta aún más el costo y provoca que disminuya el otorgamiento de estos actos.

Vivimos en una sociedad donde la mayoría de sus habitantes, percibe un ingreso tan bajo, esto hace que las personas inviertan sus ingresos en necesidades primarias y aun estas no alcanzan a ser cubiertas, en consecuencia aun teniendo figuras jurídicas novedosas vienen a quedar en necesidades terciarias, esto violenta las garantías individuales de las personas, que el Estado debe proteger. Ya que una de las funciones u objetivos del Estado es buscar y proteger el bien público temporal como lo expone *Francisco Porrúa Pérez* en su libro intitulado *Teoría del Estado* como sigue:

“La materia del bien público consiste en primer término, en el bien del Estado mismo en cuanto a institución política; y el bien del Estado mismo comprende a su vez dos aspectos: la existencia del Estado y la conservación del Estado.

La existencia del Estado implica, a su vez, la defensa contra sus enemigos, que pueden existir en su interior o en el exterior.

Por su parte la conservación del Estado y la cual nos ocupan, supone el buen funcionamiento de su máquina administrativa y supone además una sana economía estatal.

Este bien que persigue el Estado y en el que involucra naturalmente el mejoramiento de su población por el aumento de su número, de su calidad, de la cohesión de la misma de la riqueza material”.²⁶

Ese bien público no es definitivo ya que puede satisfacer una necesidad, por un tiempo indeterminado de acuerdo a las circunstancias y necesidades que es ese espacio y tiempo se requieran satisfacer por eso que se diga bien público temporal.

Siguiendo a *Francisco Porrúa Pérez* “también apunta, ¿Qué es el bien público y la persona humana?- El bien público forma parte del bien humano y este es el que se deriva de la esencia de la persona humana. De la concepción que se tenga de la persona humana deriva el contenido del bien público.

En conclusión el bien público que debe realizar el Estado consiste en establecer el conjunto de condiciones económicas, sociales, culturales, morales y políticas necesarias para que el hombre pueda alcanzar, su pleno desarrollo material y

²⁶ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 40ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p. 291.

espiritual como persona humana, como miembro de la familia, de su empresa o actividad económica o cultural, de la agrupación profesional, del municipio, del Estado y de la comunidad internacional”.²⁷

Si bien es cierto que la regulación de ambas figuras fue hecha en distintas fechas por lo cual no se hizo de manera simultánea en un solo ordenamiento, el Estado como expuse debe vigilar los aspectos anotados, que se deben brindar a los habitantes, no creando burocracias innecesarias, leyes y más leyes, dependencias y más dependencias que solo afectan a los gobernados, o que no les resuelven de una manera apropiada y eficiente, los problemas que pretendía solucionar, además de que crean gastos y más gastos a la administración pública.

Como se puede observar en la tutela cautelar que más adelante exponemos era un requisito para el otorgamiento del acto presentar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se hiciera constar que el otorgante se encontraba en plena capacidad para gobernarse, antes de la reforma al artículo 469 ter del CCDF publicado en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal el 23 de julio de 2013, amén de que se derogo este requisito, lo cual creaba además de un gasto adicional, un impedimento más para el otorgamiento, lo cual era innecesario ya que este acto de tutela cautelar era la excepción de todos los actos en cual se necesitaba comprobar la plena capacidad para gobernarse para el otorgamiento del acto y más aún se requería la misma formalidad para la revocación.

Por otro lado tenemos a la voluntad anticipada que si bien es un logro más que le garantiza la muerte digna a la persona evitando el ensañamiento clínico, es un acto regulado en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, la cual fue Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero del 2008 y la cual estaba integrada de 47 artículos que carecían de mucha técnica jurídica y no hacían más que copiar muchas de las disposiciones del Código Civil relativas a los testamentos y la tutela en general y se preocupó más por el quehacer notarial el cual por sí mismo se desenvuelve en la ley del notariado ya que nada novedoso impone al notario, y trataba como dijimos en más del 50 % de sus disposiciones del quehacer notarial, más que de su objeto principal por el cual fue creada.

Ahora bien el 23 de julio del 2012 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto por el cual se adiciona, se reforman, y se derogan, diversos artículos a la LVADF, esta reforma no hizo más que derogar los últimos 17 artículos, para quedar de los 47 artículos con los que contaba en tan solo 30 artículos los cuales quedaron del recorrido que hicieron con la reforma y estos 30 artículos a su vez contienen un buen número de fracciones derogadas, por lo cual si quitamos todo lo derogado y lo que regula que es tarea de otros ordenamientos, podría quedarnos una ley de 20 artículos o incluso menos y sin reglamento.

²⁷ Ídem, p., 295.

1.4.- Figuras jurídicas que se ofrecen en distintas legislaciones nacionales y extranjeras.

A continuación como parte de este estudio dogmático en breve enunciaremos algunas clases de tutelas y de voluntad anticipada o figuras jurídicas que en su naturaleza se asemejan a estas, así como sus características principales o características que las distinguen de las que se regulan en el Distrito Federal, y las cuales están reguladas en la legislación nacional, así como en la legislación extranjera. Esto a reserva de que más adelante en el capítulo correspondiente estudiaremos más a fondo la tutela cautelar y la voluntad anticipada ambas para el Distrito Federal.

A).- En la legislación Nacional:

La autorregulación de la propia incapacidad en el sistema jurídico mexicano ya se legisló; en diversas entidades federativas las cuales han incorporado en sus ordenamientos civiles normas para regular esta necesidad tanto en tutela cautelar como en voluntad anticipada aunque con distintas denominaciones tales como tutela autodesignada, tutela voluntaria, tutela preventiva y tutela cautelar. Ahora a continuación enunciaremos solo la regulación que ofrecen algunos estados:

a).- Algunas tutelas en la legislación nacional

I).- Distrito Federal.

En su estudio sobre la incapacidad anota *Fernando Antonio Cárdenas González*: “el Código Civil para el Distrito Federal, incorpora la tutela para autorregular la propia incapacidad a partir del día 15 de mayo del 2007, con el nombre de tutela cautelar los principales artículos que la reglamentan son:

“Artículo 469 Bis.- Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450”.

Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.

“Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse (la parte relativa al certificado médico fue derogada, GODF. 23/07/2012), Siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad”.

En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.

“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

“Artículo 469 Quintus.- El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz”.

El derecho del Distrito Federal concede la facultad para nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, a toda persona capaz para otorgar testamento, es decir, a los mayores de 16 años en pleno uso de sus facultades mentales se incorpora por primera vez en el derecho mexicano la tutela plural, dejando en libertad al otorgante para decir al respecto y organizar este punto para cubrir sus necesidades.

Se exige la escritura pública para la formalización del acto jurídico.

El notario aparte de emitir el juicio de capacidad que le impone su ley del notariado, debe exigir un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría (la parte relativa al certificado médico fue derogada, GODF. 23/07/2012).

El autor está legitimado para conferir al tutor o tutores las facultades y obligaciones para el cuidado y protección de su persona así como lo referente a la administración de sus bienes y para el caso de que nada se diga la ley establece facultades implícitas que restringen, al tratamiento médico y al cuidado de la salud del tutelado.

La regulación de la tutela cautelar no incluye el nombramiento del curador. Es un acto esencialmente modificable y revocable exigiéndose la misma formalidad que se observó para su otorgamiento”.²⁸

II).- Morelos

El Código Civil del Estado de Morelos en vigor a partir del 1 de enero de 1994, anota *Fernando Antonio Cárdenas González* “regula la materia en estudio con el nombre de la tutela preventiva, y destina para ello tres artículos que son:

“Artículo 319.- Posibilidad de la persona capaz para designar su propio tutor.- Toda persona en pleno ejercicio de sus derechos podrá designar a una persona capaz, para que si cayere en estado de interdicción o inhabilitación, desempeñe la tutela respecto de ella”.

“Artículo 320.- Designación plural de personas como futuros tutores también, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por su orden sustituyan al designado, en el desempeño del cargo, en caso de no aceptación, impedimento, excusa o remoción, estas designaciones solo serán válidas si se hacen ante notario o juez, de lo familiar”

“Artículo 321.- Aplicación de la normatividad de la tutela testamentaria a la preventiva; serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria, en cuanto no se opongan, a lo dispuesto en el artículo anterior”

El derecho del Estado de Morelos concede a toda persona mayor de edad y con capacidad de ejercicio la facultad para nombrar a su tutor, para el caso de ubicarse, en un estado de incapacidad, excluyendo a las personas que conforme a la ley les corresponda el ejercicio de la tutela legítima, el desempeño de la tutela se deposita en un solo tutor pero el otorgante puede nombrar a varios tutores estableciendo el orden en que deberán entrar en funciones.

No se dice nada de las facultades con las que el otorgante puede investir a su tutor, a efecto de que este administre, sus bienes y cuide de su persona, por lo tanto consideramos que esta facultad no la puede ejercer el otorgante, y en este caso el tutor quedará investido por la ley de las facultades propias de los tutores legales; en otras palabras se puede designar al tutor pero las facultades se las otorga la ley.

El nombramiento del tutor puede realizarse ante notario o ante juez de lo familiar, a elección del otorgante.

²⁸ Cárdenas González, Fernando Antonio, Incapacidad, 3ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p.p., 26,27 y 28.

Se excluye la posibilidad de nombrar al curador. Es un acto esencialmente revocable y modificable exigiéndose la misma forma que se observó, para su otorgamiento”.²⁹

III).- Coahuila

El Código Civil del Estado de Coahuila en vigor a partir del primero de octubre de 1999, anota *Fernando Antonio Cárdenas González* que “este código regula esta materia con el nombre de la tutela autodesignada y destina para ello un solo artículo cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 616.- El mayor de edad capaz tiene derecho a designar su tutor para el caso de que sea declarado incapaz. Este nombramiento excluye del ejercicio de la tutela a las personas a las que pudiera corresponderles de acuerdo con este código.

La persona designada no está obligada a aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello pero si lo acepta deberá permanecer en el un año cuando menos pasado el cual podrá solicitar al juez se le releve del mismo.

Si se nombran varios tutores desempeñara la tutela el primero de los nombrados a quien sustituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

En lo que no se opongan, son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre.”

El derecho del Estado de Coahuila es generoso para reconocer y dar mayor alcance a la autonomía de la voluntad en este campo y concede a toda persona mayor de edad y con capacidad de ejerció la facultad de nombrar a su tutor y conferirle libremente las facultades para el desempeño de su cargo, tanto por lo que respecta a sus bienes como al cuidado y protección de su persona, pues la parte final de la disposición transcrita dice en lo que no se opongan son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre” lo que permite al interesado crear un instrumento para satisfacer sus necesidades.

El cargo de tutor será desempeñado por una sola persona, pero nada impide designar a varias estableciendo el orden en que entrarán en funciones. El nombramiento se formaliza ante notario. En el código civil de esta entidad ya no se

²⁹ Ídem, p.p., 23 y 24.

regula la figura del curador. Es un acto esencialmente modificable y revocable exigiéndose la misma formalidad que se observó para su otorgamiento”.³⁰

b).- Voluntad anticipada en la legislación nacional

I).- Distrito Federal

La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal fue publicada en la Gaceta Oficial para el Distrito Federal, el 7 de enero del año 2008, y su reglamento en abril del mismo año este fue el primer ordenamiento jurídico que regulaba en México la ortotanasia; y la cual antes de la reforma del 2012 en su artículo 3º., fracción trece, establecía para efectos de esta ley se entiende por : Ortotanasia: la muerte correcta, distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los cuidados, paliativos, las medidas mínimas ordinarias y tanatológicas, y en su caso la sedación controlada.

Esta ley establece en su artículo 1º., que tiene por objeto establecer las normas para regular el otorgamiento de la voluntad de una persona, con capacidad de ejercicio, para que exprese su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas, sea imposible, mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona.

Algunas características que podemos enunciar como las más relevantes de la voluntad anticipada es que: I).- Es un acto personalísimo celebrado ante notario o personal de salud, II).- Es un acto revocable o modificable, III).- Es un acto por virtud del cual nombra un representante para que ejecute su voluntad anticipada de acuerdo a las directivas establecidas en el documento.

II).- Estado de Coahuila.

Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila (en adelante LPDETEC) anota Fernando Antonio Cárdenas González: “Esta ley se publicó en el mes de julio de 2008 y es el segundo ordenamiento en México, que regula la ortotanasia, recoge disposiciones ágiles y prácticas sin perder seguridad jurídica la denominación de la ley es más propia que la utilizada en el Distrito Federal, empleando vocablos esenciales en esta materia como son: protección y dignidad.

De entrada se etiqueta la ley para enfermos terminales destacamos lo siguiente:

³⁰ ídem, p.p., 24 y 25.

Primero.- Tiene por objeto regular el derecho que tiene toda persona a otorgar el documento de Disposiciones Previsoras, equivalente al de voluntad anticipada del Distrito Federal, como una garantía para decidir respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer una enfermedad terminal que lo ubique en un estado en el que no pueda expresarse o gobernarse por sí a efecto de que se le garantice el derecho a morir dignamente y evitar el encarnizamiento terapéutico obstinando su persona.

Algunas características que puedo enunciar son: a).- Acto personalísimo otorgado ante notario o personal de salud, b).- Acto revocable o modificable, c).- Es un acto por virtud del cual nombra un representante para que ejecute su voluntad anticipada de acuerdo a las directivas establecidas en el documento”.³¹

B).- Legislaciones extranjeras

a)- Tutela cautelar en la legislación extranjera

Como ya mencionamos la tutela cautelar, recibe otras denominaciones como tutela preventiva, tutela voluntaria, tutela autodesignada etc. Ahora bien son muy pocas las legislaciones extranjeras que han consagrado en sus textos la designación de tutor voluntario. Por lo general las legislaciones extranjeras solo regulan la tutela legítima, la tutela testamentaria y la tutela dativa, y han preferido para la autorregulación de la propia incapacidad crear otra clase de figuras jurídicas, con denominaciones diferentes pero que al fin de cuentas son figuras que persiguen en sustancia el mismo objeto que el de la tutela cautelar y el de la voluntad anticipada.

Por lo cual de acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior no expondremos en el presente trabajo tutelas voluntarias; pero para efectos de nuestro trabajo si expondremos algunas clases de tutela en general; ya que nos interesan algunas características de las tutelas reguladas en la legislación extranjera y que pretendemos implementar en nuestra tutela cautelar o autodesignada; como es la pluralidad de tutores.

I).- La tutela en la legislación chilena.

En su estudio sobre la tutela Carlos Efrén Rendón Ugalde anota que en “esta legislación las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no se hallen bajo la potestad de padre y marido que pueda darle la protección debida.

³¹ ídem, p.p., de la a la 120.

En esta legislación la tutela se extiende al igual que en nuestro CCDF no solo a la persona incapacitada sino también a sus bienes, así mismo en esta legislación se reconocen tres clases de tutela la testamentaria, la legítima, y la dativa, igualmente para que inicie el ejercicio del el cargo del tutor tiene que ser discernido vía judicial.

En esta legislación a diferencia de la nuestra existe la *tutela plural* es decir que la tutela respecto a una persona puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores; habiendo muchos tutores todos ellos tienen que autorizar de consuno los actos y contratos del pupilo, pero en materias que por haberse dividido la administración se hallan especialmente a cargo de uno de dichos tutores, basta la intervención o autorización de este solo.

Se entiende que los tutores obran de consuno cuando uno de ellos lo hiciera a nombre de los otros en virtud de un mandato en forma, pero subsiste en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes en caso de discordia entre ellos decidirá el juez o prefecto.

Habiendo muchos tutores que administran en consuno todos ellos a la expiración de su cargo presentara una sola cuenta, pero si sea dividido entre ellos la administración se presentara una cuenta por cada uno de ellos.

La administración de los tutores que la administran conjuntamente es solidaria pero divide entre ellos la administración sea por el testador, sea por disposición o aprobación del juez o prefecto no será responsable cada uno sino directamente de sus propios actos y subsidiariamente de los actos de los otros tutores es solidaria la responsabilidad de los tutores cuando solo por acuerdo privado dividieron la administración entre sí.

Por la administración los tutores tendrán una recompensa de su trabajo por la décima parte los frutos de aquellos bienes del pupilo que administraron si hicieron conjuntamente, se dividirá esa décima parte en partes iguales”.³²

II).- La tutela en la legislación francesa

Como noción preliminar, Marcel Planiol define “la tutela como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de una persona de un incapaz y la administración de sus bienes.”³³

Carlos Efrén Rendón Ugalde anota que en “esta legislación la tutela no siempre es forzosa; a veces es voluntaria.

³² ídem, p.p., de la 83 a la 87.

³³ Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Divorcio, Filiación, Incapacidades, tr. José M. Cajica Jr., 12ª. ed., José M. Cajica Jr., México, 1946, p. 303.

Se reconoce que el derecho francés frecuentemente acontece que un menor se encuentra sometido a la vez a la patria potestad y a la tutela. Este cambio no parece ser muy remoto. En el siglo XIII regía aun la ley romana de que la tutela no tiene razón de ser si no para sustituir a la patria potestad.

Desempeño en Francia la tutela se abre a falta de guarda noble o común, a la muerte del padre o de la madre. El superviviente no conserva por lo tanto la patria potestad más que sobre la persona del hijo, en este caso hay coexistencia de la tutela y patria potestad, el juez es el que designa tutor en todo caso aunque exista el padre o la madre. De aquí el adagio: en Francia todas las tutelas son dativas.

Este principio excelente por sus resultados favorables al interés del menor se propago también por los países de derecho escrito en los que se admite la tutela dativa, es decir, la deferida por el juez es la de derecho común, salvo una sola excepción en favor de la madre superviviente y del pariente más próximo y de la línea del pariente más cercano de línea paterna.

Se instituye un protutor al lado del tutor con la misión de vigilar la formación del inventario y de pedir en caso necesario la remoción del tutor y de sustituirle en la representación del menor en caso de presentarse un conflicto de intereses entre uno y otro.

Se ve aparecer una asamblea de parientes que propone el tutor para que lo elija el juez y da su consentimiento cuando el tutor quiere realizar un acto importante tal como la colocación del dinero del pupilo a mala venta de inmuebles como podemos observar la unidad de tutor constituye la regla, puede sin embargo ser derogada en todos los casos (salvo de la tutela legal de los padres) y el testador o el consejo de familia puede nombrar dos o más tutores.

Por lo común acompaña a esta dualidad de los tutores una división de las funciones uno es designado para la administración de los bienes y el otro está encargado a la educación del niño, hay entonces un tutor de la persona y un tutor para los bienes”³⁴.

III).- La tutela de la legislación italiana

Siguiendo a Carlos Efrén Rendón Ugalde anota que “el legislador italiano persevera en su técnica de no dar definiciones y ellos se nota en que no propone definición en la tutela.

En el Código Civil Italiano se regula la tutela con criterio diferente a nuestra legislación y diferente a las legislaciones hasta ahora estudiadas.

³⁴ ídem, p. de la 94 a la 96.

La legislación Italiana en cuanto a la tutela del menor no emancipado se regula igual que en México.

Si se trata de un enfermo mental mayor de edad o emancipado en la legislación italiana se distingue entre alienación mental grave y menos grave, en el primer caso se decreta la interdicción y se le nombra al enfermo un tutor. En el segundo caso se dispone la inhabilitación y es sometido a la asistencia de un curador.

Si recordamos en el resto de las legislaciones que analizamos no se establece graduación en la enfermedad mental; o se trata de un demente y será interdicto o no se le reputa demente y aun cuando se compruebe su debilidad mental conservara su capacidad de obrar, pero cuando proceda la interdicción se le someterá a curatela y no a tutela pues esta última solo corresponde cuando se trata con menores de edad.

Una última diferencia de importancia entre la legislación italiana y la mexicana es que el código italiano admite la inhabilitación por prodigalidad y en las demás legislaciones no.

Ahora bien cuando, por cualquier causa, un menor no tuviera persona que ejerciere sobre el la patria potestad, así como en todos los casos del interdicto se acude a la tutela.

El oficial del Estado Civil, el Notario, el Canciller o los parientes más cercanos deben dar noticia al juez tutelar quien designará inmediatamente al tutor, los actos jurídicos realizados sin curador cuando sean necesarios, serán anulables”.³⁵

IV).- La tutela en la legislación Alemana.

En esta legislación anota Carlos Efrén Rendón Ugalde se hace una “distinción entre la tutela de los menores de edad y la tutela de los mayores de edad, al igual que nuestro código.

En el derecho Alemán existe un tribunal de tutelas que es el órgano de cooperación del Estado; en tutelas. Sus funciones principales son las de designación, exoneración, inspección sobre el ejercicio del cargo y la decisión acerca de la aprobación de una serie de negocios jurídicos importantes.

El Derecho Alemán se confía la cooperación estatal en los asuntos de tutela a los tribunales.

³⁵ Ídem, p.p. de la 96 a la 99.

El tribunal de tutelas tiene en algunos aspectos función contenciosa pero principalmente su actividad es administrativa y en algunos casos de constitución de derecho.

El juez de tutelas tiene por misión salvaguardar el interés del pupilo, tal es el principio directriz de todas sus disposiciones.

El tribunal de tutelas es el órgano de inspección sobre el tutor, excepcionalmente puede actuar por el pupilo en lugar del tutor y por lo tanto incluso representar a aquel, pero en general no tiene esa función.

Hasta aquí podemos decir que en México no existe tribunal de tutelas al modo que funciona como elemento esencial en el régimen tutelar del Derecho Alemán. Interviene la autoridad en nuestro derecho; que en este caso es el juez de lo familiar.

El tribunal de tutelas ha de ordenar de oficio la tutela, esto es sin necesidad de instancia alguna parte, pero cabe que los particulares o una autoridad den motivo a la ordenación de la tutela mediante notificación respectiva.

No aparece en el Derecho Civil Mexicano, la distinción que hace el alemán entre la capacidad y la aptitud para la tutela pues se reglamentan como personas inhábiles para el desempeño de la tutela en el artículo 503 de nuestro Código Civil.

Todo tutor ha de ser nombrado judicialmente; solo es posible que uno tenga pretensión de ser nombrado, en el caso de que no ponga en peligro el interés del menor. En este sentido habla el Código Civil Alemán de llamamiento a la tutela. El llamamiento puede basarse en disposición de última voluntad y en la ley.

La designación por el padre es preferente a la hecha por la madre y por consecuencia esta no puede excluir de la tutela al tutor designado por la madre.

Por lo demás el padre legítimo o la madre legítima del pupilo, en la forma y bajo los requisitos de la designación del tutor pueden excluir a una persona de la tutela.

La elección del tutor debe dirigirse a una persona que dada las circunstancias personales y patrimoniales como las demás circunstancias adecuadas para el ejercicio de la tutela. Sobra decir que para la elección, no puede haber más razón decisiva que el interés del pupilo. En la elección tendrá en cuenta la confesión religiosa del pupilo.

Al tutor que se le discierne el cargo se le obliga el ejercicio de la misma con fidelidad y conciencia; esta obligación surge por medio de apretón de manos a modo de juramento.

El tutor recibe una credencial o sea un documento público del tribunal de tutelas acreditativo de su cargo.

Además del tutor puede nombrarse un protutor que es un órgano de fiscalización frente al tutor y de cuya aprobación en muchos casos depende de los negocios jurídicos. Debe nombrarse un protutor cuando la tutela implica la administración de un patrimonio salvo si la administración es de poca importancia o si la tutela se ejerce en común por varios tutores. Si la pluralidad de tutores no ejerce la tutela común cada uno de ellos puede ser nombrado protutor del otro.

Solo por causas especiales debe proceder el tribunal de tutelas al discernimiento de varios tutores por ejemplo en el caso de que la administración del patrimonio sea muy extensa y complicada. Esta disposición rige aunque estén llamados varios tutores en el mismo grado.

Si se han nombrado varios tutores es menester que para cada acto jurídico se necesite el asentimiento de todos. En caso de diversidad de pareceres entre varios tutores que ejercen la tutela común, decidirá el tribunal de tutelas, salvo que al discernirse la tutela se haya establecido otra cosa. La decisión del tribunal de tutelas puede asentir a los actos propuestos por uno de los tutores más si se han propuesto dos actos distintos pronunciarse contra ambos.

Al discernir el cargo de varios tutores el tribunal de tutelas puede establecer otra cosa para el caso en que haya diversidad de pareceres. Por ejemplo, puede establecer que en todos los asuntos o en una determinada esfera de los mismos sea decisivo el acuerdo de la mayoría. Cada uno de los tutores responde por su propia culpa y si son varios los culpables responden solidariamente”.³⁶

C.- Otras figuras jurídicas en la legislación extranjera que permiten autorregular la propia incapacidad.

Como expusimos en las figuras jurídicas de tutela reguladas en las legislaciones extranjeras, no es común encontrar la tutela que nosotros denominamos tutela cautelar, y es más difícil poder encontrar que en esas tutelas reguladas en las legislaciones extranjeras se pueda prever el objeto que persigue la voluntad anticipada, y de la misma manera es difícil encontrar figuras jurídicas que se denominen voluntad anticipada y que persigan el objeto de está; pero si existen figuras jurídicas que aun con denominación diferente persiguen el objeto de la voluntad anticipada y otras con objeto similar, pero que al final tienen por objeto autorregular la propia incapacidad como veremos a continuación:

a).- En Estados Unidos de América.

³⁶ ídem, p.p., de la 100 a la 104.

I. - La Ley de Oregon's Death with Dignity Act (Ley de muerte digna de Oregon).

De acuerdo con Eduardo García Villegas “la ley de Oregon's Death with Dignity Act. (Ley de muerte digna de Oregon).- permite el suicidio, asistido por médicos, a los enfermos en etapa terminal, adultos y capaces. Estos enfermos terminales con un pronóstico inferior a seis meses de vida y que sean residentes de Oregon, pueden solicitar la prescripción de una dosis de sustancias letales para poner fin a sus vidas de manera humana y digna.

Dos médicos deben afirmar el carácter terminal e irreversible de la enfermedad y la condición terminal del paciente, la solicitud de recibir los fármacos letales debe ser formulada por escrito y ante dos testigos. El paciente puede rescindir la solicitud en cualquier momento y tras quince días después de la última petición, el médico debe ofrecer al paciente la posibilidad de renunciar. A partir de entonces si el paciente persiste en su decisión el medico puede proceder a prescribir la medicación letal”³⁷.

II.- Durable Power of Attorney (poder durable de abogado)

De acuerdo con Eduardo García Villegas el “Durable Power of Attorney (poder durable de abogado) es un documento por virtud del cual una persona (the principal) da autoridad legal a otra persona (agent or attorney-in-fact). Para que actúe en su nombre; el término durable se refiere a que el agente puede actuar cuando el principal se vuelve incapaz.

El poder durable de abogado ofrece una manera simple de nombrar a un agente quien administrara todo o parte del patrimonio ya sea en el ámbito monetario o financiero o en el ámbito personal o en ambos.

Es muy importante tener en cuenta que en la mayoría de los Estados Unidos de América este poder es durable solo si el documento declara que sus provisiones continuarán teniendo efecto aun después de la incapacidad ocurra. Así mismo se debe tener en cuenta el procedimiento necesario para determinar el momento en el que el principal se ha vuelto incapaz y a pesar de que el agente debe atenerse a ciertas disposiciones legales no existe una manera formal de supervisar sus acciones”³⁸.

III.- Trust (Fideicomiso)

De acuerdo con Eduardo García Villegas “el Trust (Fideicomiso) es un arreglo por el cual una persona o institución, denominada (Trustee) fideicomisario tiene el

³⁷ ídem, p.p., 60 y 61.

³⁸ ídem, p.p., 65 y 66.

título de una propiedad para el beneficio de otras personas denominadas (beneficiaries) beneficiarias.

Es utilizado para el mantenimiento de la propiedad durante la vida y especialmente útil cuando la masa de propiedad es grande y se necesita de un manejo profesional de ella. El fideicomiso puede efectuarse para que sus cláusulas sigan teniendo efecto aun después de su muerte. Tiene una amplia aceptación en la comunidad de negocios y finanzas (business and finance community). Un fideicomiso que surte efectos para la administración del patrimonio durante la vida se denomina fideicomiso inter vivos o Living Trust”.³⁹

IV.- Health Care Power of Attorney (Poder para el cuidado de la salud)

De acuerdo con Eduardo García Villegas “el Health Care Power of Attorney (Poder para el cuidado de la salud): se trata de un documento similar al Durable Power of Attorney para la administración de la propiedad pero en este caso está destinado exclusivamente a los asuntos sobre el cuidado de la salud, se conoce también como poder de la salud o poder para el cuidado médico (Health Care Proxy)”.⁴⁰

V. - Living will (Testamento vital).

De acuerdo con Eduardo García Villegas “el Living will (Testamento vital): Es un documento con instrucciones que permiten a una persona señale su voluntad concerniente a los tratamientos médicos que se desean recibir (especialmente cuando la única manera de mantener la vida artificialmente es con la utilización de aparatos y equipos médicos) en caso de que no sea posible expresar dicha voluntad por sí mismo.

El testamento vital precisa las preferencias entorno a los cuidados médicos que en su caso uno desea recibir.

Es diferente al Health Care Power of Attorney por que el testamento vital no precisa de la designación de un agente y en algunos estados solo se aplica a casos de enfermedades terminales o bien cuando el enfermo se encuentra en estado vegetativo”.⁴¹

b).- En España

³⁹ Ídem, p., 66.

⁴⁰ Ídem, p. 21.

⁴¹ Ídem, p.67.

I.- Convenio de Oviedo.

De acuerdo con Eduardo García Villegas “el Convenio de Oviedo de 1997 es un convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina; su artículo 6º numeral 3 dispone que cuando una persona mayor de edad no tenga capacidad a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona designada por la ley. La persona afectada debe intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización. Y su artículo 9º dispone que deberán ser tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.⁴²

II.- Ley de Cataluña.

De acuerdo con Eduardo García Villegas “la Ley de Cataluña de 21/2000 tiene por objeto determinar el derecho del paciente a la información relativa a la propia salud y su autonomía de su decisión. Y en su artículo 8º., define las voluntades anticipadas como el documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad con capacidad suficiente y de manera libre expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias concurrentes no le permitan expresar personalmente su voluntad.

En este documento la persona puede también nombrar un representante quien será el interlocutor válido y necesario para el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. En el segundo apartado del artículo 8º., dispone que ha de haber una constancia fehaciente de que el documento se otorgó en las condiciones citadas anteriormente.

Por consecuencia el documento de voluntad anticipada deberá formalizarse de la siguiente manera: a).- Ante notario en este supuesto no cabe la presencia de testigos, b).- Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos por lo menos no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante, ni estar vinculados con el por relación patrimonial.

Adicionalmente, en el tercer apartado del artículo 8º., se menciona que no se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica o que no correspondan exactamente con el supuesto del hecho que el sujeto haya previsto al momento de emitir las.

⁴² Ídem, p. 82.

Finalmente se dispone que si hay voluntades anticipadas, la persona que las haya otorgado, sus familiares o su representante ha de entregar el documento que las contiene al centro sanitario en el que el paciente es atendido”.⁴³

c).- En el Reino Unido

I.- Mental Capacity Act —MCA--- (Ley de la Capacidad Mental), entro en vigor en abril del 2005.

De acuerdo con Eduardo García Villegas la Mental Capacity Act —MCA--- instaura una corte de protección “ Court of Protection” que garantizará jurisdiccionalmente la atención de Directivas Anticipadas, así como el Guardián Publico “Public Guardian” que mantendrá un registro de las directivas anticipadas”.⁴⁴

d).- En Suiza

I.- Loi sur la sante publique of 1985, (Ley de la Salud Publica de 1985).

De acuerdo con Eduardo García Villegas “en este país las directivas anticipadas se encuentran reguladas por la ley de salud pública (Loi sur la sante publique) de conformidad con esta ley cualquier persona tiene derecho a redactar directivas anticipadas para especificar el tipo de cuidados que quisiera recibir o no; en caso de que ya no estuviera en aptitud de expresar su voluntad. Así mismo en virtud de estas directivas el interesado puede designar un representante terapéutico que quedará encargado de pronunciarse en su lugar sobre los cuidados a prodigarle en aquellas situaciones en las que no pueda expresarse por sí mismo”.⁴⁵

e).- En Holanda

I.- Eutanasia voluntaria activa.

De acuerdo con Eduardo García Villegas “desde abril del 2002, Holanda legalizar la eutanasia voluntaria activa. Lo que establece un patrón sin precedentes a nivel estatal para concebir decisiones anticipadas respecto a la propia vida. En el caso Holandés diversas resoluciones judiciales fueron configurando el camino que el legislador Holandés siguió hasta desembocar en la ley reguladora de la “verificación de la terminación de la vida a petición de la persona y del auxilio al suicidio”.⁴⁶

f).- En Canadá.

⁴³ Ídem, p.p., 83 y 84.

⁴⁴ Ídem, p. 71.

⁴⁵ Ídem, p. 74.

⁴⁶ Ídem, p. 28.

De acuerdo con Eduardo García Villegas “en este país el Código Civil, de Québec organiza un régimen de protección del mayor incapaz mediante diversas vías alternativas, entre las que se encuentra el Mandat Donné (el encargado) en previsión de l’inaptitude du mandant (incapacidad del mandante). El régimen de protección canadiense parte del principio de la presunción de capacidad y funciona en un marco de respeto de la persona del incapaz atento a sus necesidades pero tratando de evitar inútiles limitaciones a su autonomía”.⁴⁷

1.5.- La dignidad y la autonomía de la voluntad.

De acuerdo a lo expuesto en el capítulo uno y lo anterior relativo a este capítulo, vemos como respecto a los temas que nos ocupan los sistemas jurídicos de derecho han ido evolucionando; protegiendo más con las figuras jurídicas creadas, la dignidad de la persona y han ampliado también su autonomía de la voluntad; tal como lo exponían diversos autores en la doctrina y con quienes estoy de acuerdo, en que el Estado debe de crear los medios y leyes que protejan de mejor manera la dignidad de la persona y que brinden mayor amplitud a su autonomía de la voluntad, es decir el Estado no debe menoscabar las máximas establecidas como “Todo lo que no está prohibido está permitido” o “mi derecho llega hasta donde empieza el ajeno” claro y desde luego vigilando en todo caso, que no rebasen los principios que rigen la autonomía de la voluntad.

A).- Dignidad.

En primer lugar expondremos como las nuevas figuras jurídicas creadas, tutela cautelar y voluntad anticipada, son figuras que protegen la dignidad de la persona.

En primer término debemos establecer ¿qué es la dignidad? de acuerdo con la *página Definición.de*: “en su significado etimológico *del latín dignitas, dignidad: es la cualidad de digno. Este adjetivo hace referencia a lo correspondiente o proporcionado al mérito de alguien o algo, al merecedor de algo y aquello de calidad aceptable*”.⁴⁸ Del sentido etimológico podemos decir que la persona digna es la que se hace merecedora de algo.

Mientras que en el Diccionario Enciclopédico Universal, nos da esta definición de dignidad: “es ocupar funciones elevadas, cargo o título eminente.= nobleza en los modales.= *respeto a sí mismo o a otra persona*”.⁴⁹

El Profesor José Mejías Quiroz distingue “tres sentidos mediante los cuales podemos referirnos a dignidad:

⁴⁷ Íbidem, p. 28.

⁴⁸ Definición. De Dignidad, página <http://definicion.de/dignidad/> consultada el 19/03/2013.

⁴⁹ Luis Fernández G. Diccionario Enciclopédico Universal, 1ª. ed., Fernández Editores, México 1976, p., 344.

1.- El primero, hallado en los escritos griegos y romanos, perduro durante la edad media. Se relaciona con el cargo o posición que ocupa una persona.

2.- El segundo de los significados lo referimos a las acciones de las personas, cuando el hombre actúa con rectitud podemos decir que sus acciones son dignas y que el que las realiza es un hombre con dignidad; del mismo modo podemos hablar de una persona indigna cuando no actúa con rectitud.

3.- En tercer lugar, el termino dignidad indica una *cualidad exclusiva, indefinida y simple del hombre, que muestra superioridad con independencia del modo de comportarse, es decir, hace referencia al valor en sí que tiene una persona humana*.⁵⁰

Como vemos de los conceptos vertidos a nosotros nos interesa la dignidad desde el punto de vista que le atribuye a la persona digna, merecedora de algo; igualmente el concepto que se refiere a que la dignidad es el respeto a sí mismo o respeto a otra persona; y la dignidad como una cualidad exclusiva, indefinida y simple del hombre, que muestra superioridad con independencia del modo de comportarse, es decir, la que hace referencia *al valor en sí que tiene una persona humana por el solo hecho de serlo*.

Como observamos la incapacidad de una persona trae como consecuencia, que está no pueda autogobernarse, lo cual implica que se le asigne un tutor o representante al que se le encomiende la guarda de su persona así como la administración de sus bienes, y tal vez el tutor discernido por el juez de lo familiar, no sea el más adecuado o el que la persona hubiera querido, y este tutor designado tal vez por la imposición obligatoria no desempeñe con diligencia el cargo, menoscabando la dignidad del incapacitado; y con las nuevas disposiciones de la tutela cautelar, el Estado trata de proteger la dignidad de la persona dándole la libertad de autorregular su propia incapacidad permitiéndole autodesignarse tutor, al cual le puede establecer facultades y obligaciones, para que lleve a cabo la guarda de su persona y sus bienes; *y quien mejor que uno mismo para saber quién es la persona más adecuada a quien encomendarle la tutela de tu persona en caso de caer en incapacidad*.

Por otro lado la voluntad anticipada también es un acto que protege la dignidad de la persona ya que por este acto, una persona en etapa terminal puede manifestar su voluntad de someterse o no a los tratamientos médicos, que pueden menoscabar su dignidad debido al ensañamiento clínico que se le puede causar al aplicarle estos tratamientos médicos y sabiendo que son innecesarios porque ya es un enfermo en etapa terminal; y por medio de esta figura la persona como dijimos puede pedir que no la sometan a estos tratamientos extraordinarios que solo causan dolor, lastiman y maltratan el cuerpo de la persona, y así mediante esta decisión de no someterse a estos tratamientos la persona elije morir de manera natural, es decir, se le permite tener una muerte digna.

⁵⁰ Mejías Quiroz, José J., Dignidad del Hombre ante la Muerte, Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos, España, 1994, p.p., 100-104.

Pero por que están preocupante proteger la dignidad del ser humano ¿Por qué a lo largo de la historia, la mayoría de los sistemas jurídicos sean preocupado tanto por crear las normas jurídicas siempre buscando el mayor bien para el ser humano? ¿Qué es el ser humano para hacer tanto caso de él?

A continuación no daremos, un concepto científico ni filosófico de lo que es el ser humano, *solo lo describiremos según la creencia católica lo que es el ser humano, lo que vive el ser humano durante su vida, y que por ese solo hecho es digno de todo respeto y de toda protección.*

El ser humano según la creencia católica: es el ser creado a imagen y semejanza de su creador y como lo iremos exponiendo no solo es semejanza física, sino también semejanza intelectual es decir que tiene capacidad de discernimiento del bien y el mal, inteligencia lo cual le permite desarrollar su vida espiritual, desarrollar los medios jurídicos, sociales, materiales etc. que le permitan prever una vida digna aun cuando se encuentre en una etapa de incapacidad o de debilidad por la vejez, ya que el ser humano es un ser frágil, *y al final de sus días cuando es viejo pierde todo el vigor, la capacidad para autogobernarse y cae como un mercenario al terminar su jornada ,abatido y sin fuerzas y es víctima del aprovechamiento de los demás tanto en su persona como en sus bienes.*

El ser humano fue creado a la semejanza de Dios, y Dios le otorgó el dominio sobre todas las cosas.

“Y dijo Dios: "Hagamos al hombre a nuestra imagen, según nuestra semejanza; y que le estén sometidos los peces del mar y las aves del cielo, el ganado, las fieras de la tierra, y todos los animales que se arrastran por el suelo". Y Dios creó al hombre a su imagen; lo creó a imagen de Dios, los creó varón y mujer. Y los bendijo, diciéndoles: "Sean fecundos, multiplíquense, llenen la tierra y sométanla; dominen a los peces del mar, a las aves del cielo y a todos los vivientes que se mueven sobre la tierra". Y continuó diciendo: "Yo les doy todas las plantas que producen semilla sobre la tierra, y todos los árboles que dan frutos con semilla: ellos les servirán de alimento. Y a todas la fieras de la tierra, a todos los pájaros del cielo y a todos los vivientes que se arrastran por el suelo, les doy como alimento el pasto verde". Y así sucedió”.⁵¹

El ser humano fue creado por las manos de Dios y Dios le prescribió que de nuevo vuelva al polvo vencido y acabado.

“Tus manos me dieron forma y me hicieron, y luego, cambias de parecer, y me deshaces. Acuérdate que del barro me formaste ¿querrás volverme al polvo? ¿Acaso como la leche no me ordeñaste y como el queso no me cuajaste? Con piel y carne me vestiste, y me tejiste con huesos y tendones. Vida me otorgaste y me trataste con amor constante, y tu cuidado ha conservado mi espíritu ¡Sin

⁵¹ Magaña Méndez, Agustín, Sagrada Biblia, Traducción, 104ª. ed., Editorial Ediciones Paulinas, México 2002, Libro de Génesis capítulo 1: versículo 26 al 30.

embargo en tu corazón estas cosas ocultaste, y se bien que ese fu tu fin!”⁵² “Y después *haces que los hombres vuelvan al polvo, les dices hijos de Adán volver al polvo*, pero mil años son para ti como el día de ayer que ya paso, como una vigilia nocturna; *como un ensueño matinal te los llevas*, se parecen a la naciente hierba que a la mañana crece, florece, y por la tarde se marchita y se seca”.⁵³

El Ser humano fue sujetado a comer del esfuerzo de su trabajo.

“Dios dijo a la mujer multiplicaré tus tristezas y tu preñez en medio del dolor darás a luz a tus hijos, y dijo al hombre *por haber desobedecido con la fatiga de tu trabajo comerás de la tierra todos los días de tu vida*: te producirá espinas y abrojos y comerás de la hierba de la tierra, y el pan de la tierra lo comerás con el sudor de tu rostro hasta que vuelvas a la tierra de la cual fuiste sacado porque polvo eres y al polvo volverás”.⁵⁴

Sufrimiento del ser humano.

El ser humano en momentos de su vida puede llegar a sentir tanto dolor o tristeza que puede llegar a expresar como lo hizo el sufrido Job diciendo “ojala que se pudiera pesar del todo mi dolor, que en la balanza se pusieran mis males todos juntos, pues más su peso seria mayor que la arena del mar. ¡Hay! Que se cumpla mi plegaria que a mi expectación responda Dios! ¡Ojalá que alargara su mano y me acabara! Al menos me quedaría un consuelo un brinco de júbilo entre los crueles sufrimientos, el no haber renegado de las órdenes del santo.

Pero aún tengo fuerza bastante para la espera; si *estoy condenado a un fin inevitable ¿de qué me sirve prolongar mi vida? ¿A caso tengo la dureza de la roca o es mi piel tan fuerte como el bronce?*”⁵⁵

“*¿A caso no es milicia la vida del hombre sobre la tierra? ¿Verdad que en ella lleva vida de soldado mercenario?* Sobre mi lecho recostado digo *¿cuándo amanecerá?* Y apenas me levanto digo cuando tardará en llegar la noche. Y *más veloces que la flecha se van mis días*; sin esperanza se desvanecen. Acuérdate de que mi vida no es más que un soplo y así como la nube pasa y se disipa cuando baje a la tierra jamás volveré a subir. Ya *no volveré a vivir en mi casa porque mi morada ya no me reconocerá.*

Si digo mi lecho será mi consuelo mi cama aliviara mis dolencias, entonces tú me aterrorizas con sueños y con visiones me espantas. Me consumo no seguiré viviendo eternamente por eso déjame que mis días son apenas un soplo. *¿Qué es pues el hombre para que hagas tanto caso de él; para que en el fijas la mirada*

⁵² ídem, Libro de Job capítulo 10 Versículos 8 al 13.

⁵³ ídem, Libro de Salmos capítulo 90 versículo 3.

⁵⁴ ídem, Libro de Job capítulo 3 versículos 16 al 19.

⁵⁵ ídem, Libro de Job capítulo 6 versículos 2 al 3.

*cada mañana para que continuamente lo examines? ¿Dejarás por fin de mirarme mientras paso la saliva?”.*⁵⁶

Abandono total del ser humano.

“Mis hermanos me tienen apartado, mis parientes huyen de mí; desaparecieron mis familiares y parientes cercanos, me han olvidado los que en mi casa se hospedaban, soy para mis criados un extraño; a mi mujer le causa asco mi aliento, apesto para mis hermanos mismos, aun los chiquillos me tienen desprecio ¿Dónde está el amigo íntimo?, la carne bajo la piel se me pudre y cae dejando mis huesos desnudos como si fueran dientes. Ustedes que me miran tener compasión de mí”.⁵⁷

La vida efímera del ser humano.

“El hombre nacido de mujer es de vida corta pero sufre mucho a semejanza de una flor ha nacido y pronto se marchita y se desvanece como una sombra fugitiva. *¡Pero aun así lo citas a comparecer a juicio ante ti!* Están contados sus días sus meses están en tus manos; *tú le has puesto un límite del que no puede pasar.* ¡Pues existe más esperanza para un árbol, pues si le cortas sus ramitas vuelve echar retoño, porque mientras tenga raíces envejecidas dentro de la tierra, con un tronco seco en el suelo, apenas siente el agua y vuelve a reverdecer y echa retoños como planta joven! Pero el hombre nacido de mujer cae vencido y muere; ¿dónde está cuando exhala el último suspiro? Y no se volverá a levantar de donde esta tendido; *primero se acabaran los cielos antes de que el hombre vuelva a despertarse, y que ese sueño se le sacuda”.*⁵⁸

El hombre se va perfeccionado por medio del sufrimiento y después volverá a ver la luz.

“¿Qué es el hombre para que te acuerdes de él? ¿Qué es el hijo del hombre para que lo cuides? Lo hiciste un poco más bajo que los ángeles, de gloria y honra lo coronaste y lo has puesto sobre todas las obras de tus manos has puesto todo bajo sus pies.

Así que al someterle todas las cosas no dejaste nada fuera de su señorío, pero aun no vemos que este todo sometido a él. Pero si vemos a Jesús que también fue puesto un poco abajo que los ángeles, ahora esta coronado de gloria y honra y todo, está sometido a él, por haber sufrido el trago de la muerte gustando por todos de su amargura.

Él en su vida terrestre con grandes voces y lágrimas elevo ruegos y lágrimas, elevo suplicas a aquel que podía salvarlo de esta vida siendo escuchado por su

⁵⁶ Ídem, Libro Job capítulo 7 versículo 1 al 19.

⁵⁷ Ídem, Libro de Job capítulo 19 versículo 13.

⁵⁸ Ídem, Libro de Job capítulo 14 versículo 1.

filial respeto. *Y no obstante ser hijo aprendió con el sufrimiento lo que es la obediencia*".⁵⁹

Lo anterior expuesto solo es un poco de lo que es el ser humano; de lo que vive y del *final inevitable que le espera*; es decir, la muerte terrestre; pero ese no es el fin de él; ya que también fue sujeto a una esperanza y una vida nueva como se desprende del libro de Isaías: el cual expresa *plugo a Dios quebrantarlo con el sufrimiento, más cuando su alma consume el sacrificio, vera de nuevo a su descendencia, vera de nuevo la luz, y se prolongaran sus días y Dios le dará al hombre su parte entre los grandes y se repartirá el botín con los fuertes*".⁶⁰

Este es el ser humano frágil y débil, que va disminuyendo en su fuerza, en su capacidad física y en su capacidad mental con el paso de los años, hasta que llega el fin de sus días; este es el ser humano que mientras dura su efímera vida lucha por sobrevivir, este es el ser humano que mientras vive merece ser tratado con la más alta dignidad y en el momento de su muerte también merece morir con dignidad.

B).- La autonomía de la voluntad.

Permitir a la persona autorregular su propia incapacidad es una ampliación más a su libre autonomía de la voluntad; la autonomía de la voluntad es un principio de primer orden, Manuel Borja Soriano citando a Planiol, Ripert et Esmein, expone: "la noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo, que todo lo que no está prohibido está permitido, esto es lo que en el dominio del derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad; y no existe más limitación que el orden público; es decir que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla, ni modificarla, solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de terceros".⁶¹ Nuestro CCDF prevé en su artículo 6º., 7º., y 8º., estas limitaciones como sigue: artículo 6º., la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla, o modificarla, solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero; artículo 7º., la renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia; artículo 8º., los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

⁵⁹ Ídem, Libro de Hechos capítulo 2,3 y 5.

⁶⁰ Ídem, Libro de Isaías capítulo 53 versículo del 10 al 12.

⁶¹ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las obligaciones, 20ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p.p., 122 y 123.

2.- La regulación jurídica de las incapacidades.

2.1.- La capacidad en general.

Antes de abordar el tema de las incapacidades es necesario determinar en primer lugar ¿qué es la capacidad? Ya que la regla general en relación con la capacidad de las personas, es que todos son capaces, excepto que la ley señale lo contrario.

Esto Lo podemos corroborar con el artículo 1798 del CCDF el cual establece son hábiles para contratar todos los no exceptuados por la ley; y dicho artículo que además de estar regulado en las disposiciones generales a los contratos, correspondientes a la capacidad para contratar y dicha capacidad es aplicable a todo acto jurídico ya que el artículo 1859 del mismo ordenamiento establece que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a su naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Además de lo anterior podemos dejar asentado también que la capacidad es uno de los atributos a la personalidad jurídica del ser humano y la cual como anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez “es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones”.⁶²

Ahora bien esa personalidad jurídica se integra en el caso de las personas físicas por seis atributos que son un conjunto de caracteres inherentes a ella; y los cuales son nombre, nacionalidad, estado civil, patrimonio, domicilio, y la capacidad. Ahora bien esta capacidad la cual es materia de nuestro estudio en este tema se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio las cuales las veremos más adelante.

Por otro lado anota el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez “la personalidad jurídica surge en su plenitud desde la concepción; el individuo adquiere desde entonces todos los caracteres de su personalidad pero en un trayecto de duración se enfrenta inevitablemente con un acontecimiento futuro de una condición resolutoria negativa consistente en que no nazca viable. De realizarse dicha condición, esto, si el sujeto no nace viable, entonces todos los efectos producidos como consecuencia del reconocimiento de dicha personalidad se destruirían retroactivamente”.⁶³

Por otro lado esta condición de nacer viable significa apunta el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, que “el momento en que el nacimiento de una

⁶² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 11ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2008 p., 129.

⁶³ Ídem, p., 154.

persona tiene lugar para la ley con las consecuencias inherentes, está señalado en el artículo 337 de nuestra Ley Civil cuyo texto es como sigue:

“Art. 337.- Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil. Faltando alguna de estas circunstancias nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad”.⁶⁴

2.2.- Definición de la capacidad en general.

Como dejamos dicho uno de los atributos de la personalidad es la capacidad; siguiendo al maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez apunta que “en su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. De acuerdo a este concepto vertido sigue diciendo el autor esta comprende dos especies la capacidad jurídica o capacidad de goce y la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio y las cuales define como sigue:

La capacidad de goce: es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones; y la capacidad de ejercicio: es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio”.⁶⁵

A).- La capacidad de goce.

I.- Diferencia entre capacidad de goce y personalidad jurídica.

Como anotamos la personalidad jurídica: es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; mientras que capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones.

Por otro lado ambas se adquieren desde la concepción y terminan con la muerte; cómo podemos observar de acuerdo a los significados y el momento de adquirirlas, pareciera que ambas son la misma cosa, hay quienes la han considerado como una misma institución, por la sinonimia en los conceptos, de lo cual podríamos citar a varios autores que doctrinalmente las han considerado igual, pero ahora ya es un tema superado y por lo tanto solo cabe decir que no son lo mismo ni iguales y solo cabe señalar algunas diferencias de ambas :

⁶⁴ Ídem, p., 150.

⁶⁵ Ídem, p.p. 166, 167 y 176.

* La personalidad jurídica es un quid simple, mientras que la capacidad de goce es un quantum, es decir, es susceptible de medición por grados, es decir, se puede como persona ser más o menos capaz pero no se puede ser más o menos persona.

* La personalidad es la abstracta idoneidad, para devenir como titular en relaciones jurídicas las cuales son una serie indeterminada, es decir, que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, es decir, es la proyección del ser humano al ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en una infinita gama de relaciones jurídicas que se le puedan presentar.

* Mientras que como anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, citando a Galindo Garfias, “la capacidad de goce alude a situaciones jurídicas concretas como para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio, con determinada persona, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble etc. De tal manera sin que mengue su personalidad una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado, si es mandatario del vendedor”.⁶⁶

* La personalidad es la única indivisa, abstracta, inmutable.

* La capacidad de goce es múltiple, diversificada, concreta, mutable y alcanza diversos grados.

a).- Diversos Grados de capacidad de goce.

La capacidad de goce la cual es como dijimos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones; y la cual además se puede medir por grados en relación a situaciones diversas en que se puede encontrar una persona, ya sea que se mida la capacidad de goce de una persona en razón de su edad, nacionalidad, salud, enajenación mental etc. Se tendrá una capacidad goce con más o menos titularidades de derechos.

l).- Capacidad de goce del concebido.

De acuerdo al artículo 22 del CCDF la capacidad de goce de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en esta ley.

Del artículo en mención el concebido goza de capacidad de goce desde su concepción, pero como establecimos anteriormente esa capacidad de goce alcanza diversos grados ya sea por razón de su edad, nacionalidad, salud,

⁶⁶ Ídem, p., 169.

enajenación mental etc. Y la capacidad de goce que alcanza el concebido es muy mínima que tal como establece el artículo en estudio, desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley se le tiene por nacido para los efectos declarados en esta ley. De aquí desprendemos que al concebido solo se le va tener por nacido o solo se le va reconocer capacidad de goce para los efectos declarados por la ley de manera expresa; ahora cabe decir y establecer ¿Cuáles son esos efectos declarados en la ley?

A continuación veremos los efectos declarados en la ley para el concebido para lo cual es necesario distinguir entre la esfera patrimonial y la esfera extramatrimonial.

La esfera patrimonial está integrada por derechos de crédito o personales y por derechos reales, es decir por facultades que de manera directa o indirecta son apreciables en dinero. Dentro de esta esfera el concebido tiene capacidad de goce para ser heredero, legatario y donatario lo cual trae aparejado que se haga titular de una serie de derechos reales y de crédito; pero esta sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en que no nazca vivo y viable y de cumplirse la condición todos los derechos adquiridos se destruirán retroactivamente como si nunca los hubiera adquirido. Tal como se desprende de los artículos que a continuación enunciamos:

“Artículo 337 CCDF.- Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad”.

“Artículo 1314 CCDF. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337”.

“Artículo 1391 CCDF. Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos”.

“Artículo 2357 CCDF. Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337”.

En cuanto a los derechos patrimoniales del concebido son los que hemos mencionado no puede tener otra clase de derechos por que su naturaleza se lo impide.

Por otro lado la esfera no patrimonial está integrada por derechos subjetivos no valorizados en dinero y entre estos derechos subjetivos no patrimoniales anota el doctor *Jorge Alfredo García Domínguez* “entran los derechos públicos subjetivos que son los derechos políticos, propios del ciudadano, los derechos de acción, los

derechos de petición, las garantías individuales, y también los derechos privados subjetivos como son los derechos de potestad (tanto los de patria potestad como potestad marital en los sistemas que lo admiten) y los derechos del estado civil. Esta esfera no patrimonial que existe en el ser nacido menor o mayor de edad no existe en el embrión humano, es por ello que representa la manifestación mínima de la capacidad de goce. Podemos decir que respecto a sus derechos del estado civil derivados del parentesco y especialmente los inherentes a su calidad de hijo, existe también un reconocimiento sujeto a la condición resolutoria que ya hemos precisado, pero con la diferencia de que no pueden ejercitarse en tanto los derechos patrimoniales del feto si pueden hacerse valer desde luego”.⁶⁷

Como observamos el concebido solo tiene capacidad de goce respecto a los derechos expresamente señalados por la ley y que ya mencionamos; por lo tanto como en la LVADF y su reglamento, así como en la regulación de la tutela en el CCDF, como ambas regulaciones no señalan algún derecho expreso para el concebido, este no goza de ninguno en cuanto a voluntad anticipada y tutela cautelar; aunque *respecto de voluntad anticipada la ley sí debería regular que pasara si una mujer manifestó su voluntad anticipada de no someterse a medios y tratamientos que prolonguen de manera innecesaria su vida; y se da el caso de que se tenga que ejecutar su voluntad anticipada y esta se encuentra embarazada ¿Qué derecho tendría en esta situación el embrión?*

II).- Capacidad de goce del menor de edad.

Como expusimos anteriormente debemos ver a la capacidad de goce desde la esfera patrimonial y la esfera no patrimonial.

Respecto a su esfera patrimonial del menor de edad éste no tiene las limitaciones que las del concebido pues éste desde que nace desaparecen las limitaciones que tiene un concebido y su capacidad de goce que alcanza en el ámbito patrimonial es plena, es decir, que a diferencia del concebido que solo puede adquirir por sucesión, legado y donación, el menor de edad desde su nacimiento ya puede adquirir por cualquier medio, sea sucesorio, contractual, por prescripción etc.

Ahora bien en el ámbito no patrimonial el menor de edad por regla general tiene capacidad de goce para todos los derechos que permite la ley, y solamente se le limita cuando haya una disposición expresa que así lo establezca, de manera enunciativa mas no limitativa enumeraremos algunos casos a continuación:

El menor de edad no tiene capacidad de goce para contraer matrimonio hasta los 16 años sea hombre o mujer, salvo una dispensa, a parte para la mujer que se encuentre en estado de gravidez la cual podrá contraer matrimonio desde los 14 años, ver artículo 148 CCDF.

⁶⁷ Ídem, p.p., 172 y173.

El menor de edad no puede reconocer un hijo sino hasta que tenga la edad requerida para contraer matrimonio. Ver artículo 361 CCDF.

Los menores de edad no pueden ser tutores. Ver artículo 503 CCDF.

Los menores de edad no pueden adoptar incluso aun haber alcanzado la mayoría de edad; se requiere tener la edad de 25 años para poder adoptar. Ver artículo 391 CCDF.

Ahora bien la capacidad de goce del menor de edad respecto a las figuras que son objeto de nuestro estudio en primer lugar si de la tutela cautelar se trata la capacidad de goce para autorregular la propia incapacidad así como para autonombrar tutor lo cual conlleva esta autorregulación, comienza a los 16 años. *Mientras que si de voluntad anticipada se trata en este supuesto el menor de edad si disfruta de capacidad de goce, es decir, que si goza del derecho a no ser sometido a medios y tratamientos médicos que propicien la obstinación terapéutica, aunque no goza de la capacidad de ejercicio para ejercer su derecho, para lo cual la ley determina que persona fungirá como legítimo representante para otorgar este acto.*

III).- El mayor de edad privado de sus facultades mentales.

Con la mayoría de edad la cual se inicia a los 18 años de edad, se alcanza la máxima capacidad de goce, tanto en la esfera patrimonial y la no patrimonial; y únicamente será restringida cuando exista disposición expresa que imponga una limitación, tal como a manera de ejemplo podemos ver en la adopción que aun haber alcanzado la mayoría de edad no se tiene capacidad de goce para adoptar sino hasta los 25 años. Ver artículo 391 CCDF.

Otro punto importante que impone limitaciones a la capacidad de goce de los mayores de edad es que el mayor de edad que se encuentre privado de sus facultades mentales, pues de ser el caso este tendrá a parte de la regla general de limitaciones a la capacidad de goce de los mayores de edad, otras más por encontrarse en este estado. Y como hemos ido analizando esa limitación a la capacidad de goce del incapacitado mental también tiene que ser vista desde el ángulo patrimonial y el no patrimonial.

Si se trata de la esfera patrimonial el mayor de edad privado de sus facultades mentales tiene las mismas limitaciones a su capacidad de goce que el mayor de edad que goza de sus facultades mentales.

Pero si se trata de su esfera no patrimonial podemos de manera enunciativa señalar que se le limita la capacidad de goce en cuanto que no se le permite contraer matrimonio como se desprende del artículo 156 CCDF son impedimentos para contraer matrimonio fracción X padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450; el cual a su vez establece lo siguiente artículo 450 CCDF establece que tienen incapacidad, natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad que por causa

de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental, o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse u obligarse a manifestar su voluntad, por sí mismo o por un medio que los supla.

Igualmente la incapacidad declarada judicialmente es una causa de suspensión del ejercicio de la patria potestad artículo 447 fracción I del CCDF.

Ahora bien respecto a las dos figuras que son objeto de nuestro estudio; tal como ya lo establecimos para otorgar este *acto de la voluntad anticipada*, la capacidad de goce inicia con la minoría de edad como lo establecimos anteriormente, es decir, que el mayor de edad privado de sus facultades mentales desde antes de alcanzar la mayoría de edad goza del derecho; pero esté siendo mayor de edad se encuentra en el mismo supuesto que el menor de edad que teniendo la capacidad de goce, no tiene la capacidad de ejercicio para ejercer su derecho para lo cual la ley prevé quien fungirá como legítimo representante para otorgar el acto por el mayor de edad privado de sus facultades mentales.

Mientras que si de tutela cautelar se trata de acuerdo a que este acto se rige por la capacidad para otorgar testamento, el mayor de edad privado de sus facultades mentales, tendría la capacidad de goce desde los 16 años.

IV).- Capacidad de goce del extranjero.

En cuanto al extranjero podemos establecer algunas de las limitaciones a su capacidad de goce tal como se desprende del artículo 33 constitucional al indicar que estos no pueden inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Por otro lado como anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez “en cuanto a derechos patrimoniales, los extranjeros carecen de capacidad jurídica para adquirir bienes inmuebles en una franja que corre de 100 kilómetros a partir de las fronteras y de 50 desde las costas por toda la periferia del territorio nacional por así disponerlo la fracción I del artículo 27 constitucional. Igualmente conforme al artículo 6º., de la ley de inversión extranjera los extranjeros no pueden participar en sociedades que se dediquen a transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado, servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión por cable, uniones de crédito, instituciones de banca de desarrollo y prestación de servicios profesionales y técnicos en los términos de las leyes que lo regulan. Solo inversionistas mexicanos pueden participar en el capital de tales empresas”.⁶⁸

Como podemos observar el extranjero tiene la capacidad de goce restringida en ciertos casos como quedo precisado, pero en cuanto a tutela cautelar y voluntad anticipada no hay disposición expresa que le restrinja la capacidad para otorgar

⁶⁸ Ídem, p., 174.

estos actos por lo cual le son aplicables las disposiciones en materia de tutela cautelar y voluntad anticipada como si de un mexicano se tratara.

B).- La capacidad de ejercicio.

En cuanto a la capacidad de ejercicio para autorregular la propia incapacidad ya sea por tutela cautelar o voluntad anticipada, lo iremos precisando en este apartado.

Como dijimos la capacidad de ejercicio es solo una especie de la capacidad en general y esta última la cual la definimos como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.

Si bien la capacidad de goce es solo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; la capacidad de ejercicio es como lo anotamos: *la aptitud del sujeto para ejercitar esos derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio.*

Es decir como apunta el doctor *Jorge Alfredo Domínguez Martínez*, citando a Rojina Villegas, "la capacidad de ejercicio es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente, y por otro lado cita a Trabucchi por su parte el cual apunta que la capacidad de ejercicio es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica.

Es decir la capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales de otorgar dichos actos y estos consisten en manifestaciones de voluntad, si se tiene de acuerdo a la capacidad de goce derecho a adquirir en propiedad, con la capacidad de ejercicio a través de la manifestaciones de voluntad, se ejerce ese derecho de adquisición.

Otra manifestación de la capacidad de ejercicio es presentar una demanda, contestarla, reconvenir, articular y absolver posiciones etc. Es decir con la capacidad de ejercicio la persona entra en actividad.

Por lo cual se debe distinguir entre capacidad ejercicio substancial y capacidad de ejercicio procesal. Ya que la capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. La capacidad de ejercicio sustancial se refiere a la aptitud para obligarse para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente las obligaciones, para administrar y disponer libremente los bienes, en tanto que la capacidad de ejercicio procesal se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante

representante legal, sea ascendiente por el ejercicio de la patria potestad o sea tutor”.⁶⁹

a).- Grados de capacidad de ejercicio.

Anota el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez que “así como en la capacidad de goce hay diversos grados, en la capacidad de ejercicio es factible también observar diversos grados.

Para analizar la graduación habida en la capacidad de ejercicio es conveniente tener en cuenta las salvedades siguientes:

Primera. Más bien estamos ante diversos grados de incapacidad, pues suponer una plena capacidad de ejercicio, implica estar ajeno a restricciones.

Segunda. En ese orden de ideas, la incapacidad será mayor conforme se tengan más restricciones y si hay menos restricciones su grado de incapacidad será menor.

Tercera. Respecto a la incapacidad de ejercicio esta si puede ser plena como sucede con el nacturus; su situación se traduce en una carencia total de capacidad de ejercicio.

Cuarta. Con las salvedades que iremos haciendo en su oportunidad, la graduación de la incapacidad de ejercicio tiene como parámetro a la madurez mental del sujeto. El menor de edad no emancipado por ejemplo tiene una incapacidad de ejercicio mayor que la que tiene el emancipado, y este a su vez tiene una incapacidad de ejercicio más grande que la del mayor de edad.

Quinta. El análisis de los grados de incapacidad de ejercicio será en orden decreciente, hay situaciones en las que personas en condiciones diversas pueden estar en posiciones parecidas, como sucede con los menores de edad y los mayores enajenados mentales.

I).- Plena incapacidad del concebido.

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez anota “los no nacidos no tienen ni la posibilidad mínima de intervención directa en la vida jurídica, tienen una incapacidad de ejercicio total y definitiva; los actos jurídicos cuya celebración se requiere para la adquisición de los derechos de que pueden ser titulares o para contraer obligaciones relacionadas con los status factibles de estar incorporados en la personalidad de estos sujetos, esto es, tener los caracteres de heredero, legatario y donatario en el aspecto patrimonial, debería de otorgarse por quienes

⁶⁹ Ídem, p.p., 176 y 177.

tengan su representación legal, es decir su padres o su madre por lo menos según la situación filial en la que el nacidurus esté, haya sido procreado en matrimonio o bien reconocido por sus dos progenitores o por el contrario únicamente por su madre”.⁷⁰

Como señala el autor el nacidurus solo puede tener el carácter de heredero, legatario y donatario; y para el ejercicio de los derechos y las obligaciones contraídas respecto este status, requiere de sus representantes legales.

Por lo anterior, en regulación de la tutela cautelar y de la voluntad anticipada no hay disposición expresa sobre la situación del nacidurus esté además de encontrarse en plena incapacidad ejercicio como quedo establecido, ni aun por sus representantes legales podría otorgar los actos mencionados, ya que no tiene capacidad de goce para ello, porque su estatus como apuntamos está limitado al carácter de heredero, legatario y donatario.

II).- El menor de edad no emancipado

La capacidad de ejercicio del menor de edad no emancipado es abundante, pero en la mayoría de los actos que realiza es a través de las personas que ejercen la patria potestad sobre él, o en su caso por su tutor, y en algunos casos además se requiere la autorización judicial. Ahora además cabe clasificar los actos de carácter patrimonial y los actos no patrimoniales.

Ahora bien respecto a los actos que realice el menor no emancipado que sean de carácter patrimonial hay que observar si el bien objeto del acto jurídico, lo obtuvo por medio de su trabajo o por medio de cualquier otro título; como anota Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “el menor no puede realizar acto jurídico alguno ni si quiera de administración, respecto de los bienes adquiridos por medio diverso a su trabajo, pues como lo dispone el artículo 430 del CCDF aunque esos bienes pertenecen al menor, la administración corresponde a quien sobre él ejerce la patria potestad o la tutela.

En cambio de conformidad con el artículo 429 de nuestro ordenamiento civil, el menor de edad así este sujeto a patria potestad o tutela tendrá la administración de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo.

Respecto a los actos de dominio no pueden ser objeto de otorgamiento personal por el menor, es decir, deben otorgarse por los que ejercen la patria potestad o la tutela.

Así mismo quien ejerza la patria potestad o tutela tienen la representación del menor en juicio. Por lo tanto no puede el menor comparecer en juicio por su propio derecho.

⁷⁰ Ídem, p., 178.

En cuanto a la celebración personal o la necesidad de un representante, para que un menor celebre un acto jurídico existen diversas previsiones legales en la ley de las cuales señalaremos solo algunas:

Para que un menor de edad celebre matrimonio requiere del consentimiento de sus representantes legales; para el reconocimiento de un hijo el menor de edad requiere del consentimiento bien sea de quien ejerce la patria potestad sobre él o en su caso del tutor o de la autoridad judicial competente; el tutor deberá consultar en los actos importantes de su gestión al pupilo que sea menor de edad pero mayor de 16 años y capaz de discernimiento; puede otorgar testamento desde los 16 años etc.”.⁷¹

Como vimos la capacidad de ejercicio del menor es muy amplia aun que en la mayoría de los actos jurídicos que realiza son otorgados las más de las veces por su representante legal, que personalmente, y es necesario aparte de seguir las reglas generales para cada acto, ver en la regulación especial del acto que se va otorgar si no establece alguna excepción.

Respecto de las figuras que nos ocupan que es la tutela cautelar y la voluntad anticipada; por parte de la tutela cautelar este acto es personalísimo y la capacidad de ejercicio para otorgar este acto es a partir de los 16 años. Y si de la voluntad anticipada se trata también es un acto personalísimo y la capacidad de ejercicio para otorgar este acto se alcanza con la mayoría de edad.

III).- La capacidad de ejercicio alcanzada por la emancipación.

Podemos considerar como “emancipación anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, la situación jurídica en que un menor de edad está, proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o de la tutela en general en su caso y que disminuye su incapacidad de ejercicio.

A diferencia del menor no emancipado, el menor emancipado tiene la administración de todos sus bienes pero no tiene el derecho a disponer libremente de ellos; solo puede disponer libremente de los sus bienes muebles.

El único medio por el que la emancipación de un menor tiene lugar en la actualidad, es el contraer matrimonio, así lo establece el artículo 641 del Código Civil según el cual el “matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación” aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado no recaerá en la patria potestad.

Ahora bien en términos generales la situación jurídica del emancipado se traduce en que aquel tiene la libre administración de sus bienes pero mientras no alcance

⁷¹ Ídem, p.p., 178, 179 y 182.

la mayoría de edad, requerirá de la autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces y de un tutor que lo represente en juicio”.⁷²

Por otro lado como vimos el menor de edad adquiere su emancipación cuando contrae matrimonio, y este le es permitido a partir de que alcanza los 16 años de edad sea hombre o mujer y si de la mujer se trata además existe una dispensa más, si se encuentra en estado de gravidez, le es permitido contraer matrimonio desde los 14 años.

Ahora en cuanto al otorgamiento de tutela cautelar como ya apuntamos la capacidad de ejercicio se alcanza a los 16 años de edad es decir que el menor hombre emancipado o no, puede otorgar este acto a partir de los 16 años, y si se trata de la mujer la emancipación la alcanza a los 16 años y solo cuando se encuentra en estado de gravidez alcanza la emancipación a los 14 años, pero la emancipación alcanzada a los 14 años no le permite otorgar tutela cautelar sino hasta que cumpla los 16 años.

Por lo que respecta a la voluntad anticipada este acto no lo pueden otorgar los menores de edad emancipados, ya que para el otorgamiento de este se requiere haber alcanzado la mayoría de edad como ya lo hemos apuntado.

IV).- Los mayores de edad incapacitados.

Como anota el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez “otro grupo de personas carentes de incapacidad de ejercicio casi total, son los que están privados de sus facultades mentales como se desprende del artículo 450 fracción II del CCDF el cual señala que también padecen capacidad natural y legal los mayores de edad que por una enfermedad reversible o irreversible, o que por un estado de incapacidad particular sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental, o combinadas no pueden gobernarse, obligarse y manifestar su voluntad por si mismos o por un medio que los supla.

Quienes estén en cualquiera de las situaciones indicadas tienen en su contra impedimento legal, casi en todo caso sin excepción para otorgar personalmente cualquier acto jurídico, siempre deberán hacerlo por medio de un tutor. Más aún hay actos jurídicos que por sus consecuencias no pueden otorgarse por las personas señaladas ni si quiera mediante la intervención de un tutor dado que para dichos actos y los efectos jurídicos que estos producen no se padece de capacidad de ejercicio sino de goce.

Tal es la situación por ejemplo del enajenado mental, por su imposibilidad de contraer matrimonio, está totalmente vedado.

⁷² Ídem, p. 183 y 184.

El único acto jurídico permitido al enajenado mental por sí mismo y siempre y cuando se encuentre en un estado de lucidez es el testamento, pues así lo señalan los artículos 1307 y siguientes del Código Civil con forme a los requisitos que esos preceptos se señalan”.⁷³

Por lo que respecta al otorgamiento de voluntad anticipada, la capacidad de ejercicio se alcanza con la mayoría de edad, pero el mayor de edad incapacitado, no goza de esta capacidad de ejercicio para otorgar el acto por sí mismo, como lo anotamos de acuerdo al artículo 450 fracción II del CCDF; pero a falta de la capacidad de ejercicio de éste puede otorgar el acto, fungiendo como representante alguna de las personas señaladas por el artículo 20 del RLVADF.

Si bien se trata de la tutela cautelar como ya lo establecimos anteriormente, esta se rige por la capacidad que para otorgar un testamento se requiere, por lo cual, el enajenado mental siempre y cuando, se encuentre en un estado de lucidez, podrá otorgar tutela cautelar siempre y cuando sea mayor de 16 años, pues así lo señalan los artículos 469 bis, 1307 y siguientes del Código Civil que son aplicables a la tutela cautelar, además de los requisitos para el otorgamiento de tutela cautelar se requiere.

V).- La mayoría de edad.

Apunta el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “la plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directo y personal de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza con la mayoría de edad”.⁷⁴ Y solo está limitada esta capacidad de ejercicio cuando exista disposición expresa por la ley.

Por lo tanto para el otorgamiento de tutela cautelar, el mayor de edad se encuentra en aptitud plenamente, ya que la regulación de la tutela cautelar no dispone cosa diferente.

Igualmente para el otorgamiento de la voluntad anticipada, solo basta ser mayor de edad y gozar de capacidad de ejercicio para otorgar este acto, por lo cual con la mayoría de edad la persona se encuentra plenamente facultada para hacerlo, siempre y cuando goce de capacidad de ejercicio.

C).- Incapacidad natural e incapacidad legal.

De acuerdo con el artículo 450 del CCDF establece tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

⁷³ Ídem, p.p., 185 y 186.

⁷⁴ Ídem, p.p., 186 y 187.

II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental, o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por si mismos o por un medio que los supla.

Pero ahora cabe precisar que es la incapacidad natural y cuál es la incapacidad legal como anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “la *incapacidad natural* es la situación en la que un sujeto esta independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello esta no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

Otra es la *incapacidad legal* esta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad si puede hacerlo, esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales si sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico.

En esas condiciones nada impide que en ciertos casos una persona considerada por la ley como incapaz sea naturalmente capaz”⁷⁵.

Por lo cual para el otorgamiento de la tutela cautelar o de la voluntad anticipada se requiere tener tanto la capacidad legal y la natural lógicamente que con solo la falta de una no se podría otorgar el acto; y en lo que respecta a la tutela cautelar la capacidad legal es a partir de los 16 años; y en la voluntad anticipada se requiere la mayoría de edad.

A lo anterior cabe decir que la ley es el único medio para determinar la capacidad o la incapacidad por eso es importante para cada acto revisar su regulación especial ya que en ella puede establecer alguna excepción a las reglas generales.

D).- La representación legal y la representación voluntaria como una institución auxiliar ante la incapacidad de ejercicio.

La incapacidad de ejercicio anota el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez; “implica que una persona no pueda intervenir directamente en la vida jurídica, de tal modo que no puede celebrar actos jurídicos porque esa incapacidad se lo impide, y esto trae como consecuencia que otra persona que si sea capaz celebre el acto en nombre y por cuenta del incapaz, y esto se traduce que el que actúa en nombre del incapaz es su representante”⁷⁶ y esa representación puede ser voluntaria o legal; como anota Miguel Ángel Zamora y Valencia “no obstante que la representación es una figura jurídica y que por lo tanto toda representación es

⁷⁵ Ídem, p. 187.

⁷⁶ Ídem, p 192.

siempre legal, para diferenciarla de aquella que no es imprescindible y necesaria, sino que se confiere intencionalmente y a la que llaman voluntaria.

Si la representación se confiere deliberadamente por una persona capaz a otra, para que a su nombre realice determinados actos jurídicos toma el nombre de voluntaria”.⁷⁷

La patria potestad es un caso concreto de representación legal, de una persona que no goza de capacidad de ejercicio; y anteriormente la tutela lo era, pero desde que se regulo la tutela cautelar; ahora la representación por tutela puede ser voluntaria o legal.

Anteriormente la representación de una persona que caía en incapacidad, quedaba sujeta a la representación legal; pero en la actualidad la representación de una persona que caía en incapacidad puede ser voluntaria, ya que por medio de la tutela cautelar y la voluntad anticipada, una persona capaz ya puede autodesignarse tutor o representante para el caso de caer en incapacidad.

⁷⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 12ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2009, p. 280 y 281.

Capítulo Tres.- Análisis comparativo de la tutela cautelar y la voluntad anticipada, complementación e implementación propuesta.

1.- Regulación actual de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.

En el derecho vigente para el Distrito Federal actualmente se permite autorregular la propia incapacidad en caso de caer en ella, por medio de las figuras jurídicas tutela cautelar y la voluntad anticipada que en este capítulo haremos su análisis comparativo, de ambas figuras, conforme a su regulación actual.

En el análisis comparativo de la regulación actual, estableceremos, las características más esenciales de ambas figuras que nos permitan observar las semejanzas o diferencias de ambas figuras así como distinguir el objeto de cada una, conforme a su regulación actual, también estableceremos su complementación e implementación.

Actualmente la tutela cautelar está regulada en el CCDF y la voluntad anticipada está regulada en la LVADF y su reglamento.

Parte de esta complementación e implementación, es que la voluntad anticipada respecto al otorgamiento ante notario, quede integrada con el otorgamiento de tutela cautelar prevista en el CCDF, ya que respecto al otorgamiento de voluntad anticipada ante notario, son muy pocos los artículos que prevé la LVADF y su reglamento; y de sus 47 artículos ya fueron derogados 16 y de sus 39 artículos de su reglamento, son referentes a definiciones, a la actividad del personal de salud, a la actividad de la Secretaria de Salud, a la Coordinación Especializada y a la suscripción del formato emitido por la Secretaria de Salud.

Otra causa de esta complementación aparte de las causas ya expuestas en la parte relativa a la dogmática jurídica que establecimos, es que el legislador del Distrito Federal lo pudo hacer de una manera más simple; tal como lo hizo el Legislador del Estado de Coahuila, si bien es cierto que la regulación para el Distrito Federal tiene algunos puntos que me parecieron importantes y que la regulación del Estado de Coahuila no los contemplo, me sigue pareciendo que la regulación para Coahuila fue más concreta y pequeña regulando esta figura en tan solo 22 artículos y sin reglamento, además de que su regulación no pierde de vista la seguridad jurídica.

En los siguientes incisos observaremos algunos puntos que caracterizan a la LVADF y la LPDETEC, así como algunos elementos, en los que sostenemos algunas de nuestras propuestas para este trabajo:

a).- Entre la LVADF y su reglamento se destinan un poco más de 85 artículos para la regulación de la voluntad anticipada; considero que la regulación es excesiva, debido a que las Leyes relativas a la Salud ya regulan el tratamiento médico en cuanto a enfermos terminales, los tratamientos ordinarios,

extraordinarios, cuidados paliativos etc. y la LVADF simplemente tenía que conceder a la persona la autonomía de la voluntad de tomar la decisión de a qué medios o tratamiento quería someterse o no.

b).- La LVADF se preocupó demasiado en regular la forma para el otorgamiento del acto, la nulidad, la revocación, casos en que el otorgante no pueda leer, firmar, sea sordo etc. así como la seguridad jurídica para establecer ¿Quién puede ser representante y cuando puede excusarse? ¿Quién puede ser testigo? etc. regulando en varios de sus artículos estas circunstancias cuando muchas supletoriamente quedarían cubiertas por el CCDF y la LNDF. Además que en cuanto al representante; el otorgante con la autonomía que le confiere la Ley sabe a ¿Quién? y ¿Por qué? designa como representante así como a los sustitutos.

c).- La LVADF regula la voluntad anticipada de manera similar al testamento público abierto, cuando este acto no es un testamento incluso en alguna de sus disposiciones establece que en el otorgamiento de este acto no podrán hacerse o pretenderse disposiciones testamentarias; seguramente la confusión se debió a que el legislador pretendió regular de manera similar la figura jurídica extranjera Living will (testamento vital); la cual ya expusimos que es mal llamada testamento. También la LVADF de manera similar establece supuestos que regula la tutela general en cuanto a excusas, impedimento para el representante como ya lo hemos dicho.

d).- La LVADF establece que dicha voluntad anticipada del otorgante tendrá efectos solo cuando el enfermo en etapa terminal sea diagnosticado con una esperanza de vida menor a seis meses, cuando en ocasiones para la ciencia resulta difícil certificar dicha esperanza; y además de que ¿Qué pasara cuando el enfermo sea diagnosticado en etapa terminal y tenga una esperanza de vida mayor a seis meses? por eso no estamos de acuerdo en que la Ley establezca plazo a la esperanza de vida del enfermo terminal.

e).- También la LVADF como requisito del documento estableció que el otorgante debe manifestar su voluntad de donar sus órganos y tejidos; cuando esto ya está regulado por la Ley de Salud del Distrito Federal (en adelante LSDF) y la Ley General de Salud (en adelante LGS).

f).- Ni la LVADF, ni su reglamento regularon un mínimo de tratamientos médicos que pudiera elegir el otorgante de voluntad anticipada al otorgar el documento, tampoco reguló un mínimo de facultades y obligaciones que le pueda imponer a su representante para desempeñar el cargo al tomar decisiones sobre su tratamiento.

g).- En cuanto a la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila, solo expondremos lo siguiente: fue el segundo ordenamiento que regula Ortotanacia después de la LVADF; esta ley recogió disposiciones ágiles y prácticas sin perder la seguridad jurídica, la denominación es más apropiada emplea vocablos más esenciales en esta materia como protección y dignidad, de entrada se etiqueta esta ley como Ley de Enfermos Terminales;

además esta ley ya incluyendo sus artículos transitorios regula la ortotanacia en tan solo 23 artículos, denomina al documento de otorgamiento, documento de disposiciones previsoras, el documentó al igual que en la LVADF es revocable y modificable, no establece el termino de seis meses de esperanza de vida, y por ultimo resta decir por mi parte que esta ley hizo una aportación importante que no hizo la LVADF; la cual es, que esta ley si estableció de manera enunciativa y no limitativa las instrucciones que el otorgante podrá dictar en el Documento de Disposiciones Previsoras que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en una enfermedad terminal, pudiendo ser, las siguientes: I.- Que al otorgante no se le apliquen medios extraordinarios, agresivos y desproporcionados surgidos de medidas diagnósticas heróicas, pruebas e investigaciones superfluas, cuando se encuentre en una enfermedad terminal e incurable y sólo prolonguen artificialmente su vida, donde el estado de inconciencia del enfermo se juzgue irreversible o no exista ninguna expectativa razonable de recuperar la salud; II.- Que se proteja su derecho a morir humanamente y con dignidad, debiendo ocuparse el médico o el equipo sanitario de aliviar los dolores físicos y morales del paciente, manteniendo en todo lo posible la calidad de vida que se agota y evitando emprender o continuar acciones terapéuticas o quirúrgicas sin esperanza, inútiles y obstinadas, evitando, en todo momento, el ensañamiento terapéutico; III.- Que se practiquen todos los cuidados de la enfermedad terminal, siempre que éstos vayan encaminados al beneficio del enfermo, optándose por medios paliativos y no tratamientos quirúrgicos o terapéuticos con los que se logre únicamente prolongar artificialmente la vida del enfermo en situación desproporcionada, precaria y penosa de existencia sin posibilidades de curación; IV.- Que se le brinde al enfermo asistencia humanística y espiritual y se le respete el derecho de estar debidamente informado de su padecimiento, así como el derecho de la elección del tratamiento y todo aquello que tiene que ver con la ética del tratamiento del dolor y el empleo de los medios terapéuticos proporcionados y ordinarios; V.- Que se vele y garantice la protección del enfermo, su bienestar mental, físico y moral durante su enfermedad terminal; VI.- Que se le practique al otorgante cualquier cuidado requerido para su estado de salud, siempre que tal cuidado sea beneficioso, a pesar de la gravedad y la permanencia de alguno de sus efectos y sea recomendable a las circunstancias del otorgante y que los riesgos implicados no sean desproporcionados a la ventaja que se anticipa; y VII.- Que se respete la Institución de Salud y el médico que eligió el otorgante, para llevar su expediente y diagnosticar su estado de salud y su tratamiento correspondiente.- *Las instrucciones y facultades que se consignen en el documento de disposiciones previsoras serán válidas, siempre y cuando no contravengan la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada, desde el punto de vista médico y de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud, y que en ellas no se proponga o autorice la*

eutanasia. Las instrucciones emitidas deberán enmarcarse dentro del concepto de la Ortotanasia.-También se tendrán por no puestas las instrucciones relativas a las intervenciones médicas que el otorgante desea recibir, cuando resulten contraindicadas para su patología; en tal sentido debe reconocerse el derecho de autonomía del equipo de salud. Las contraindicaciones deberán figurar anotadas y motivadas en la historia clínica del paciente.

En base a lo anterior expuesto en este capítulo y los capítulos anteriores estableceremos algunas comparaciones, semejanzas, diferencias, características y elementos de la regulación actual de la tutela cautelar y la voluntad anticipada; con el objeto de ilustrar y fundamentar lo anteriormente establecido y por lo cual pretendemos una nueva regulación más sencilla y práctica.

Antes de abordar los puntos siguientes cabe hacer mención que la regulación integral que propongo, quedara en definitiva establecida en el capítulo cuatro; en donde denominare a la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal como Ley de Tratamiento Médico para la Etapa Terminal del Distrito Federal; a la voluntad del otórgate la denominare decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, esto lo aclaro en función de que en este capítulo utilizaremos esas denominaciones entre otras.

2.- Análisis comparativo, complementación e implementación propuesta de ambas figuras.

2.1.- Conceptos.

a).- Concepto de tutela cautelar.

De acuerdo con el artículo 469 bis del CCDF establece que la tutela cautelar es el acto que puede otorgar: toda persona capaz de otorgar testamento en el cual puede nombrar al tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y en su caso de su patrimonio; en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450 (incapacidad natural y legal).

b).- Concepto de voluntad anticipada.

La voluntad anticipada es el acto por virtud del cual una persona con capacidad de ejercicio manifiesta su petición libre, consiente, seria, inequívoca y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamientos, o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, propiciando la obstinación médica cuando se encuentre en etapa terminal; y que además nombra representante y a un sustituto para que

ejecute su voluntad anticipada, conforme a las facultades y obligaciones que le establezca; en caso de encontrarse en incapacidad de ejercicio. El concepto de voluntad anticipada lo definimos de acuerdo a los artículos 1º., 3º., fracción 3ª., y 7º., fracción 2ª., de la LVADF;

De los conceptos podemos apuntar lo siguiente:

Primero por parte de la tutela cautelar como vimos establece que toda persona capaz de otorgar testamento puede autodesignarse tutor; esto implica que la capacidad para otorgar testamento sea aplicable como capacidad para otorgar tutela cautelar, es decir, que para otorgar tutela cautelar se estará a lo establecido del artículo 1305 al 1312 del CCDF los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 1305: pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe este derecho; esto implica que pueden otorgar tutela cautelar todos aquellos a los que la ley no prohíbe este derecho”.

“Artículo 1306 el artículo anterior se complementa con este al establecer a quien la ley prohíbe el derecho de otorgar testamento, estableciendo que están incapacitados para testar: I.- Los menores que no han cumplido 16 años ya sean hombres o mujeres, II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio; con este artículo podemos establecer dos cosas que son aplicables también a la tutela cautelar aunque en su regulación especial no las mencione primero que el demente o enajenado mental no puede otorgar tutela cautelar salvo excepción que permite el artículo siguiente; segundo la capacidad para otorgar tutela cautelar inicia a los 16 años de edad”.

“Artículo 1307, este artículo establece que es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez con tal de que al efecto se observen las prescripciones de los artículos 1308 al 1312. Esto implica que en la tutela cautelar también un demente en estado de lucidez otorgue tutela cautelar de acuerdo con las mismas prescripciones que se indican en los artículos del 1308 al 13012”.

De lo anterior expuesto pretendo que para tutela cautelar ya no sea aplicable que el demente en estado de lucidez pueda otorgar el acto de tutela cautelar, ya que me parece muy complicado de acuerdo a las prescripciones que se deben seguir para hacerlo además que en el mundo factico ha resultado con muy poca positividad, si no es que ninguna positividad ha tenido, además que el demente en estado de lucidez para otorgar tutela cautelar tendría que presentar el certificado médico para acreditar su estado de lucidez el cual, tiene que ser expedido por dos médicos nombrados por el juez y otras formalidades que exige la ley, lo cual solo bastaría que cuando se encuentre en estado de lucidez que acudiera ante notario y otorgara el acto siguiendo el artículo 105 de LNDF que establece que el notario debe hacer constar en la escritura que los otorgantes gozan de capacidad para lo cual solo basta que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.

Segundo por parte de la voluntad anticipada el concepto que damos solo es función de cuando una persona con capacidad autorregula su incapacidad,

nombrando representante al cual le establece obligaciones y facultades para que ejecute su voluntad anticipada en caso de encontrarse en incapacidad, decidiendo si desea o no tratamientos médicos que prolonguen su vida de manera innecesaria.

Entre otros puntos por anotar de los conceptos de tutela cautelar y de voluntad anticipada es que la primera se encuentra regulada en el CCDF y la segunda en la LVADF y su reglamento.

También podemos observar en los conceptos que las denominaciones de las figuras son diferentes y las denominaciones de los representantes es diferente.

A continuación daremos el concepto que pretendemos integrar con ambas figuras, cuando el otorgamiento sea ante notario ya que por lo que respecta a voluntad anticipada el otorgamiento también puede ser en formato que emite la Secretaria de Salud; en dicho concepto estableceremos la denominación de la figura como tutela voluntaria y la denominación del representante designado como tutor voluntario.

c).- Concepto complementario de ambas figuras.

La *tutela voluntaria*: es el acto personalísimo, libre y revocable, por virtud del cual una persona capaz, nombra *tutor o tutores* y a sus sustitutos a los cuales les puede establecer facultades y obligaciones, para que se encarguen de la guarda de su persona, la administración de sus bienes y/o ejecuten su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

2.2.- Objetos de las figuras propuestas.

a).- Objeto de la tutela cautelar.

Como se desprende del artículo 469 bis del CCDF; el objeto de la tutela cautelar es que una persona autorregule su propia incapacidad, en caso de caer en ella, autonombrando tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse del cuidado de su persona y de la administración de sus bienes y para el desempeño de tal cargo le puede establecer al tutor facultades y obligaciones.

Del contenido del artículo 469 bis del CCDF cabe señalar que al establecer que una persona puede nombrar tutor o tutores, no especifica, si cuando nombre tutores, estos deberán actuar simultáneamente para el ejercicio de la tutela, es decir, si para el cuidado de la persona y para la administración de los bienes actuarán conjuntamente, pero creemos que es así ya que además el artículo establece que cuando nombre tutor o tutores deberá nombrar a sus sustitutos, en consecuencia al nombrar tutores no podemos decir que actúan en sustitución unos de otros, porque para esto además establece que se nombraran sustitutos, por otro lado tampoco especifica si cuando nombre tutores uno deberá ser para el

cuidado de su persona y otro para el cuidado de sus bienes, en este caso podemos decir que la tutela cautelar es la única que permite que haya pluralidad de tutores, ya que por regla general en la tutela en general no se permite que haya pluralidad de tutores como se desprende del artículo 455 del CCDF el cual establece que la tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y tutor de los bienes.

De lo anterior yo creo que la tutela cautelar no permite la pluralidad de tutores creo que la regulación fue falta de técnica legislativa, y si fuera el caso que si permitiera la tutela plural, no regula los términos en que deben ser nombrados los tutores, ni tampoco establece como se regirá la tutela plural, como en otras legislaciones extranjeras que si regulan la tutela plural de una manera exhaustiva; incluso el Licenciado y Notario Público Fernando Antonio Cárdenas González, en su magistral estudio de su libro intitulado "Incapacidad", el cual versa sobre tutela voluntaria, poderes para la propia incapacidad, voluntad anticipada entre otros temas, anota al hablar de "la tutela cautelar para el Distrito Federal que es la primera tutela, que incorpora en el Derecho Mexicano la tutela plural".⁷⁸

b).- Objeto de la voluntad anticipada.

El objeto de la voluntad anticipada lo podemos establecer de acuerdo al concepto vertido y el cual es: que una persona con capacidad de ejercicio manifieste su voluntad de someterse o no a medios, tratamientos, o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, propiciando la obstinación médica, cuando se encuentre en etapa terminal; y que además nombre representante y a un sustituto para que ejecute su voluntad anticipada en caso de encontrarse en incapacidad de ejercicio.

c).- Objeto de la regulación propuesta.

De lo anterior expuesto podemos ver que por el objeto de la tutela cautelar puedes nombrar un tutor o tutores y a sus sustitutos (artículo 469 bis CCDF); y por el objeto de la voluntad anticipada solo puedes nombrar un representante y solo puedes nombrar un sustituto (artículo 7 fracción II de la LVADF) y como lo apuntamos en la tutela cautelar establece que podrá nombrar tutor o tutores pero no indica si cuando nombre tutores estos deben ejercer el cargo conjuntamente o un tutor para el cuidado de los bienes y otro para el cuidado de la persona, por lo cual en la regulación que propondré, estableceremos dándole más amplitud a la autonomía de la voluntad de la persona; que a esta se le permita nombrar tutor o tutores de la forma siguiente:

⁷⁸ Ídem, p. 28.

I.- La persona que otorgue tutela voluntaria deberá nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos para que se encarguen del cuidado de su persona, de la administración de sus bienes, y/o de ejecutar su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

II.- Cuando la persona designe únicamente un tutor voluntario este deberá encargarse del cuidado de su persona, de la administración de sus bienes, y/o de ejecutar su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

III.- Cuando la persona designe tutores estos podrán ser hasta tres, a los cuales deberá designarles a cada uno un cargo, es decir, un tutor para el cuidado de su persona, un tutor para la administración de sus bienes, y un tutor para ejecutar su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal; y cuando designe dos tutores a uno siempre deberá designarle la guarda de su persona y la administración de sus bienes y al otro únicamente que ejecute su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

IV.- La persona que otorgue tutela voluntaria podrá hacerlo únicamente sobre el cuidado de su persona y la administración de sus bienes, si en ese momento no ha tomado una decisión sobre tratamiento médico para su la etapa terminal; y viceversa la persona que otorgue tutela voluntaria podrá hacerlo únicamente sobre su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, si no ha tomado una decisión sobre quien se encargue del cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

Como vimos en la legislación extranjera es permitido que haya pluralidad de tutores y los cuales pueden ser varios para el ejercicio de la guarda de la persona o para el ejercicio de la administración de los bienes, o en su caso esos varios tutores pueden ejercer conjuntamente el cargo del cuidado de la persona y la administración de los bienes; o si la administración de los bienes es muy grande pueden dividirse la administración entre varios tutores obligándose únicamente por la parte que administran, en fin existen varios supuestos que se permiten en la legislación extranjera; pero como propongo, si estoy de acuerdo en que se permita la pluralidad de tutores, pero que solamente puedan existir hasta tres, un tutor para cada cargo, ya que como siempre ha sucedido cuando hay varias personas que tienen que tomar una decisión sobre una misma cosa siempre resulta difícil ponerse de acuerdo en un mismo punto, lo cual pretendo evitar.

También otro punto que nos interesa en la regulación que propongo es que la persona que autorregule su incapacidad por tutela voluntaria *pueda tener la facultad de nombrar tutor o tutores igualmente para las personas sobre las que este ejerciendo la patria potestad*, esto en base a que una persona cuando autorregula su incapacidad, lo hace quizás preocupada o simplemente pensando en ¿qué va pasar conmigo y con mis hijos menores, si quedo incapacitado? entre otras cuestiones, y creo que parte de prever tu incapacidad, es también prever quien va tener no solo la tutela de tu persona, sino también quien va tener la tutela de las personas sobre las que ejerces la patria potestad e incluso quien va tener la tutela sobre un hijo mayor de edad incapacitado sobre el que estés ejerciendo

tutela, en caso de caer incapacidad, y quien mejor que uno para saber quién puede hacerse cargo de uno mismo y de sus hijos menores o mayores incapacitados, por lo cual estableceré lo siguiente:

I.- La persona que otorgue tutela voluntaria podrá también designar tutor o tutores sobre las personas en que este ejerciendo la patria potestad, o sobre el hijo mayor incapacitado sobre el que este ejerciendo tutela.

II.- La tutela designada en términos de la fracción anterior será únicamente y exclusivamente sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. En la cual podrá designar hasta dos tutores y a sus sustitutos, cuando designe un solo tutor para el ejercicio de la tutela este deberá encargarse del cuidado de la persona y la administración de los bienes y cuando designe dos tutores uno será para el cuidado de la persona y el otro para la administración de los bienes.

III.- Cuando una persona designo tutor o tutores sobre las personas que ejerce la patria potestad, para el caso de caer en incapacidad y no poder seguir ejerciendo el cargo que tenía conferido, se estará a lo previsto en el artículo 414 de este ordenamiento con la única salvedad de que quedan excluidos para ejercer la patria potestad los ascendientes en segundo grado.

IV.- Cuando ambos padres hayan designado tutor o tutores para un mismo hijo mediante tutela voluntaria serán discernidos para ejercer el cargo los designados por el último de ellos en caer en incapacidad; si ambos cayeren en incapacidad al mismo tiempo el Juez de lo Familiar resolverá a quien discernirle el cargo.

VI.- Si una persona nombró tutor o tutores sobre las personas que ejerce la patria potestad por medio de tutela voluntaria y también nombró tutor testamentario sobre las personas que ejerce la patria potestad en términos del artículo 470 del CCDF; los tutores designados por tutela voluntaria ejercerán el cargo una vez que la persona que los designo caiga en incapacidad previo discernimiento, hasta que la persona que los designo muera o el menor o incapacitado mental deje de requerirla.

Muerta la persona que otorgó tutela en términos de este artículo se prorrogara si no hubo designación de tutor testamentario o habiendo tutor testamentario no se le ha discernido el cargo o se prorrogara hasta que la persona sobre la que se ejerce deje de necesitarla de acuerdo a los supuestos previstos por la ley.

VII.- En el supuesto de que la persona que otorga tutela voluntaria sea ascendiente en primer grado que sobreviva de un hijo mayor de edad incapacitado y se encuentre ejerciendo la tutela sobre éste; en términos del artículo 489 de este ordenamiento, podrá designarle tutor para el cuidado de su persona y la administración de sus bienes de su hijo para el caso en que el caiga en incapacidad o muera y no pueda seguir ejerciendo el cargo. En el caso de que muera la persona que otorgo tutela en términos de esta fracción; los tutores designados continuaran en el cargo si no hay tutor testamentario o no se le ha discernido el cargo o hasta que la persona sobre la que se ejerce deje de necesitarla por los casos previstos en la ley.

d).- Distinción de objetos, guarda de la persona, administración de los bienes, y voluntad anticipada.

El objeto principal de la tutela implica que el tutor se encargue de la guarda de la persona y de la administración de los bienes del tutelado; mientras en la voluntad anticipada el objeto principal del representante es que esté ejecute la voluntad anticipada de la persona que lo designo; pues bien ahora veremos en que consiste la guarda de la persona, la administración de los bienes, y la voluntad anticipada como sigue:

- Por lo que implica a la guarda de la persona y la administración de sus bienes queda establecido por el artículo 537 del CCDF el cual en sus seis fracciones alude tanto a la guarda como a la administración, las cuales a continuación enunciamos: alimentar y educar al incapacitado, destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de esta o del consumo no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la LGS y las lícitas no destinadas a ese fin que produzcan efectos psíquicos; a formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, administrar el caudal del incapacitado, a representar al incapacitado en juicio y fuera de él.

- Por lo que implica la voluntad anticipada podríamos decir que es una eutanasia pasiva como lo establece *Eduardo García Villegas*, “etimológicamente eutanasia viene del griego eu (bien) y thanatos (muerte) y significa primariamente buena muerte, muerte apacible sin sufrimientos, el acto de provocar una muerte tranquila y sin dolor en una persona.

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

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

a).- Eutanasia pasiva: conocida popularmente como desconectar, es interrumpir el funcionamiento del equipo de mantenimiento de vida sin el cual no podemos vivir. La eutanasia pasiva solo elimina artificios para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte lo que técnicamente se conoce como ortotanasia.

b).- Eutanasia activa significa tomar medidas para poner fin a la vida, como en el suicidio (recordemos que la palabra suicidio proviene de sui, “si mismo”, caedere “matar”), controlando uno mismo la acción. Alternativamente se puede obtener la asistencia de otra persona, lo cual se denomina suicidio asistido. En la eutanasia activa el tiempo que separa al paciente de la muerte es generalmente más corto que el que la naturaleza le habría concedido”.⁷⁹

⁷⁹ Ídem, p.p., 52 y 54.

De lo anterior podemos decir que la voluntad anticipada es un tipo de eutanasia pasiva ya que también la persona decide ser sometida o no a tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal (art. 1º., LVADF) también podemos decir que esto con el propósito de eliminar artificios, para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte y esto se debe de hacer tomando las medidas medicas siguientes:

Proporcionarle al enfermo los cuidados paliativos: cuidado integral, que de manera específica se proporciona a enfermos en etapa terminal orientados a mantener o incrementar su calidad de vida en las áreas biológicas, psicológica, y social e incluye las medidas mínimas ordinarias así como el tratamiento integral al dolor con el apoyo y participación de un equipo interdisciplinario conformado por personal médico, de enfermería, de psicología, de trabajo social, de odontología, de rehabilitación y de tanatología (art. 3º., fracción 2ª., LVADF).

Entre las medidas mínimas ordinarias que incluyen los cuidados paliativos tenemos la hidratación, la higiene, oxigenación, nutrición o curaciones del paciente en etapa terminal, según lo determine el personal de salud correspondiente (art. 3º., fracción X de la LVADF)

Entre otros términos, que tiene por objeto la voluntad anticipada, son la tanatología y evitar la obstinación terapéutica.

La tanatología es la ayuda médica, psicológica, y el acompañamiento emocional brindado tanto al enfermo en etapa terminal como a sus familiares, con el objeto de que comprendan y acepten la posibilidad de la muerte cercana (artículo 3º., fracción XVI).

La obstinación terapéutica es la adopción de métodos médicos desproporcionados o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía (art. 3º., fracción XI).

También podemos decir que la obstinación terapéutica es el conjunto de iniciativas clínico-asistenciales de carácter extraordinario con las que se interviene en el caso de un enfermo terminal, a fin de retrasar a toda costa su muerte, aun sabiendo que no se dispone ya de terapias capaces de bloquear el mal que le producirá la muerte, y donde los tratamientos intentados por el médico además de ser ineficaces acaban siendo un grave daño físico y psicológico, en términos de angustia, de dolor o de tensión para él o para sus familiares.

2.3.- Elementos que caracterizan a la tutela cautelar y la voluntad anticipada.

a).- Actos jurídicos.

La tutela cautelar y la voluntad anticipada son actos jurídicos tal como ya lo establecimos en el capítulo uno (ver capítulo uno punto 1; 1.3 inciso A) por lo cual solo lo reiteramos.

b).- Actos unipersonales.

La tutela cautelar y la voluntad anticipada son actos unipersonales como lo establecimos en el capítulo uno (ver capítulo uno punto 1; 1.3 inciso B) por lo cual solo lo reiteramos.

c).- Actos revocables.

La tutela cautelar y la voluntad anticipada son actos revocables como lo establecimos en el capítulo uno (ver capítulo uno punto 1; 1.3 inciso C) y respecto a actos revocables estableceremos lo siguiente:

La revocación de la tutela cautelar de acuerdo con artículo 469 ter establece que será revocable en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad que para su otorgamiento, lo cual implica que para revocarlo se tenga que acudir con el notario y se otorgue la revocación en escritura pública; mientras que para la revocación de la voluntad anticipada establece el artículo 21 de la LVADF el documento de voluntad anticipada y el formato podrán ser revocados en cualquier momento mediante la manifestación de la voluntad con las mismas formalidades que señala esta ley para su otorgamiento, es decir, si se otorgó ante notario solo tiene que acudir ante notario; si lo otorga en formato debe ser ante personal de salud correspondiente y dos testigos (artículo 7 fracción I de la LVADF).

Anteriormente por parte de la figura de la tutela cautelar se pedía un *certificado médico expedido* por perito en materia de psiquiatría en el que se hiciera constar que el otorgante se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, lo cual creemos que era innecesario y además de que entorpecía y dificultaba tanto su otorgamiento como su revocación y era la excepción de todos los actos jurídicos, requerir este *certificado, amén de que como ya lo hemos expuesto este requisito fue derogado*, y por parte de la voluntad anticipada de acuerdo a que exige la misma formalidad para el otorgamiento y la revocación creemos que si el enfermo en etapa terminal otorgo el acto ante notario pero al momento de querer revocarlo se encuentra imposibilitado para acudir ante notario y ya esta siendo atendido por personal de salud, este debe poder revocarlo ante el personal de salud correspondiente y dos testigos.

d).- Actos libres.

La tutela cautelar y la voluntad anticipada son actos libres como ya lo establecimos en el capítulo uno (ver capítulo uno punto 1; 1.3 inciso D) y como dijimos no se requiere que las figuras lo establezcan de manera explícita como lo hace la voluntad anticipada en su artículo 3º., fracción 3ª., LVADF.

e).- Actos personalísimos.

La tutela cautelar y la voluntad anticipada son actos personalísimos como lo establecimos en el capítulo uno (ver capítulo uno punto 1; 1.3 inciso E) y solamente lo reiteramos.

2.4.- Capacidad para otorgar tutela cautelar o voluntad anticipada.

El estudio de la capacidad en general, es decir la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, ya fue establecida previamente en el capítulo correspondiente, en cual quedaron asentados los grados de capacidad tanto de goce y capacidad de ejercicio ; así también en particular establecimos los grados de capacidad de goce y capacidad de ejercicio, para el otorgamiento de la tutela cautelar y la voluntad anticipada (ver el capítulo segundo); por lo cual en este apartado solo esquematizaremos en lo conducente la capacidad de goce y capacidad de ejercicio en la tutela cautelar y la voluntad anticipada como sigue:

Capacidad de goce:	En la tutela cautelar	En la voluntad anticipada	En la regulación propuesta de ambas figuras
Del concebido	No goza	No goza	Quede igual
Del menor de edad	La alcanza a los 16 años	Si goza	Quede igual
El mayor de edad	La alcanzo, a los 16 años	Si goza	Quede igual
El mayor de edad privado de sus facultades mentales	Si goza	Si goza	Quede igual

Capacidad de ejercicio	En la tutela cautelar	En la voluntad anticipada	En la complementación de ambas figuras
Del concebido	No goza	No goza	Quede igual.
Del menor de edad no emancipado	La alcanza a los 16 años.	No goza	Proponemos que en la voluntad anticipada quede igual que en la tutela cautelar
Del menor de edad emancipado	Como establecimos la emancipación puede ser	Como establecimos la emancipación	Proponemos que la voluntad anticipada quede como la tutela cautelar, es decir, que

	adquirida desde los 16 años, así que emancipado o no desde los 16 ya goza de capacidad de ejercicio para este acto.	puede ser adquirida desde los 16 años, pero no goza de capacidad de ejercicio hasta los 18 años	alcanza la capacidad de ejercicio a los 16 años
Del mayor de edad incapacitado	No goza, a excepción de que se encuentre en estado de lucidez	No goza	Proponemos que no gocen en ambas figuras aun encontrándose en estado de lucidez
Del mayor de edad	Si goza	Si goza	Quede igual

2.5.- Órganos o sujetos de la tutela cautelar y la voluntad anticipada.

Algunos de los sujetos u órganos de la tutela son el tutor, el curador, el otorgante, el Juez competente, el Consejo Local de Tutelas y el Notario; y por parte de la voluntad anticipada tenemos al representante, al otorgante, al suscriptor, al médico tratante o personal médico correspondiente, a la Secretaria de Salud que actúa a través de su Coordinación Especializada y el Notario.

A continuación estableceremos solo de manera descriptiva algunas de las características y funciones de los sujetos que intervienen en la tutela cautelar y en la voluntad anticipada solo para que podamos tener una visión más clara de las semejanzas o diferencias de cada una.

2.5.1.- El tutor cautelar y el representante en la voluntad anticipada.

a).- Tutor cautelar.

El tutor es: la persona física o persona moral, que cumple con una triple misión: ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo; y el cual es designado por persona capaz para el caso de caer en incapacidad; podrá ser persona moral cuando esta no tenga finalidad lucrativa y cuyo fin primordial sea la protección y atención a las personas a que se refiere el artículo 450 fracción II de este código. (art.449, 456, 456 bis, 469 bis, 470, 482 y 495 todos del CCDF).

Como vemos en el concepto de tutor anotado nos referimos al tutor cautelar; pero a falta de designación de tutor cautelar en materia de tutela la ley prevé al tutor testamentario, legal o dativo como lo establecimos en el capítulo dos, punto 1, 1.1 inciso C subinciso a) punto 1, 2 y 3 (ver).

b).- Representante de voluntad anticipada.

En la voluntad anticipada el representante es la persona física designada por persona con capacidad de ejercicio, para ejecutar su voluntad anticipada en caso de encontrarse en estado de incapacidad.

c).- Diferencias y semejanzas.

De lo anterior expuesto podemos anotar lo siguiente:

* En la tutela cautelar el tutor puede ser persona física o moral mientras que en la voluntad anticipada el representante solo puede ser persona física.

* En la voluntad anticipada no existe representante testamentario o dativo como en tutela se regula en caso de que no se haya designado tutor cautelar, pero si existe el representante legítimo llamado suscriptor, a este representante legítimo establece el artículo 2 fracción XV del RLVADF y artículo 19 y 20 de la RLVADF se le denomina suscriptor y el cual es la persona autorizada por la ley que suscribe el documento de voluntad anticipada o el formato únicamente y exclusivamente cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre impedido para manifestar por sí mismo su voluntad, sea menor de edad o incapaz legalmente declarado. De lo anterior podemos observar que suscriptor legítimo de acuerdo con el artículo 19 del RLVADF no solo es legitimado por la ley cuando el enfermo en etapa terminal es menor de edad o incapaz legalmente declarado, también es legitimado cuando el representado se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar su voluntad por sí mismo y no designo representante voluntario.

En el caso del artículo 19 establece podrán suscribir el formato cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad y atendiendo al siguiente orden de prelación: I.- El o la cónyuge, II.- El concubinario o la concubina, o el o la conviviente, III.- Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados IV.- Los padres o adoptantes, IV.- Los nietos mayores de edad y V.- Los hermanos mayores de edad o emancipados.

En el caso del artículo 20 establece podrán suscribir el formato cuando el enfermo en etapa terminal sea menor de edad o incapaz legalmente declarado y atendiendo el siguiente orden de prelación: I.- Los padres o adoptantes, II.- Los familiares o personas que ejerzan la patria potestad del menor o III.- Los hermanos mayores de edad o emancipados.

En primer lugar pretendo que en la regulación que propongo que para el caso de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal el tutor o representante

designado sea siempre persona física y no persona moral; para lo cual estableceremos lo siguiente:

Cuando una persona designe persona moral como tutor voluntario solo podrá ser respecto a la guarda de la persona y la administración de los bienes; debiendo designar persona física como tutor voluntario para ejecutar su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

También pretendemos que en la voluntad anticipada siga existiendo el representante legítimo llamado suscriptor para el caso de que una persona no haya otorgado representante por medio de la voluntad anticipada o que por ser menor de edad o mayor incapacitado mental no pueda otorgarla, y está se encuentre en etapa terminal; como en la tutela cautelar que cuando no se designa tutor cautelar existen según sea el caso, el tutor testamentario, el tutor legítimo o el tutor dativo.

También creemos que permitir que exista representante legítimo en la voluntad anticipada es un acierto y un logro más de esta ley ya que el objetivo o fin principal de la misma, es no menoscabar la dignidad de la persona, ya que siendo menor de edad o siendo mayor y no haber otorgado voluntad anticipada, merece una muerte digna; y considero que toda persona haya o no otorgado voluntad anticipada, merece tanto ella como a sus familiares, se les proporcione la tanatología (artículo 3 fracción XVI) es decir la ayuda médica, psicológica, y el acompañamiento emocional brindado tanto al enfermo en etapa terminal como a sus familiares, con el objeto de que comprendan y acepten la posibilidad de la muerte cercana; así como también toda persona merece que se le evite la obstinación terapéutica la cual es : el conjunto de iniciativas clínico-asistenciales de carácter extraordinario con las que se interviene en el caso de un enfermo terminal, a fin de retrasar a toda costa su muerte, aun sabiendo que no se dispone ya de terapias capaces de bloquear el mal que le producirá la muerte, y donde los tratamientos intentados por el médico además de ser ineficaces acaban siendo un grave daño físico y psicológico, en términos de angustia, de dolor o de tensión para él o para sus familiares.

Esto también nos parece apropiado en base a que en otras legislaciones extranjeras, si existe esta alternativa, tal como lo establecimos en el estudio de los antecedentes y en el estudio de nuestra dogmática jurídica; e incluso en otros países esta opción logro eliminar un gran número de demandas a los médicos que se veían presionados por los familiares o tutores de los enfermos al exigirles no sometieran a sus enfermos terminales o en estado vegetativo a tratamientos o procedimientos médicos inútiles.

d).- Unicidad de tutor cautelar o representante de voluntad anticipada.

El artículo 455 del CCDF relativo a la tutela en general establece que la tutela se ejercerá por un solo tutor y solo por circunstancias especiales en la persona del

pupilo o de su patrimonio, se separaran los cargos un tutor para el cuidado de la persona y un tutor para administrar los bienes. Y como excepción en la regulación de la tutela cautelar como ya lo establecimos cabe la posibilidad de que exista pluralidad de tutores al establecer el art. 469 bis que la persona puede nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos.

Por parte de la LVADF de acuerdo al artículo 7º., fracción 2ª., establece que en el documento o formato de voluntad anticipada se deberá contener el nombramiento de un representante y un sustituto; por lo cual desprendemos que no existe pluralidad de representantes para ejercer el cargo de la voluntad anticipada además de no haber otro artículo que lo establezca.

Como vemos en la tutela en general y en la voluntad anticipada solo es permitido para el desempeño del cargo un solo tutor o representante, y en la tutela en general solo por ser el objeto dual, es decir, el cuidado de la persona y la administración de sus bienes, en caso de circunstancias especiales se separaran los cargos en dos tutores uno para el cuidado de la persona y otro para la administración de los bienes.

Ahora bien mientras que en la tutela en general y la voluntad anticipada solo es permitido un tutor o un representante respectivamente; la tutela cautelar en su regulación especial hace la excepción al establecer que la persona que otorgue tutela cautelar podrá nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos y como ya lo explicamos en el análisis del objeto de ambas figuras anteriormente establecido, no es claro si al establecer la ley que puede nombrar tutor o tutores está permitiendo una tutela plural y ejercer el cargo conjuntamente a los tutores sobre la persona y la administración de sus bienes; y de lo cual ya hice mi propuesta sobre esto en el análisis del objeto de estas figuras (Ver).

Por ultimo, respecto a este punto de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal proponemos que el otorgante designe a una persona para ejecutar su voluntad y que pueda nombrar no un solo sustituto sino varios sustitutos.

e).- Atribuciones legales del tutor cautelar y del representante de voluntad anticipada.

Como ya lo he establecido la tutela cautelar tiene por objeto la guarda de la persona y la administración de los bienes; ahora bien al otorgar el acto se le deben establecer al tutor las facultades y obligaciones a las que se sujetara y como mínimas deben ser las facultades para tomar decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado (artículo 469 quater del CCDF). Además de las facultades y obligaciones que se establecen de manera explícita en la regulación de la tutela general. El artículo 537 del CCDF establece entre otras las siguientes: la alimentación, la educación del incapacitado, así como destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus

enfermedades y su rehabilitación, a formar inventarios, administrar los bienes, a representar al incapacitado en juicio y fuera de él, y rendir cuentas.

En la voluntad anticipada el representante tiene la facultad y la obligación de velar por el cumplimiento de la voluntad del enfermo en etapa terminal en los términos del propio documento (artículo 7º., fracción 2ª.) y como dijimos la voluntad anticipada consiste en ser sometido o no, a medios, tratamientos, o procedimientos médicos que pretendan prolongar la vida, propiciando la obstinación médica cuando una persona se encuentra en etapa terminal.

El representante de voluntad anticipada tiene la obligación, establece el artículo 12 de la fracción I a la V, de la LVADF, de revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el suscriptor en el documento de voluntad anticipada o formato, la verificación del cumplimiento exacto inequívoco de las disposiciones establecidas en el documento de voluntad anticipada, la verificación cuando tenga conocimiento por escrito de la integración de los cambios o modificaciones que realice el suscriptor al documento de voluntad anticipada o formato, la defensa en juicio y fuera de él así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del suscriptor y de la validez del mismo.

El representante deberá entregar el documento de voluntad anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento respectivo, para su integración al expediente clínico y dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el mismo. Artículo 18 LVADF.

f).- Inhabilidad y excusas para el desempeño del cargo de tutela cautelar y voluntad anticipada.

Tanto la tutela cautelar como la voluntad anticipada, establecen en su regulación quienes no pueden ser tutores o representantes respectivamente en cada figura.

El artículo 459 del CCDF establece en sus trece fracciones quienes no pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo; mientras que en la LVADF en su artículo 11 establece que podrá ser representante, cualquier persona con capacidad de ejercicio, y luego hace un listado en cinco fracciones de quienes no pueden ser representantes.

Otra de las semejanzas en cuanto a las excusas para desempeñar el cargo de tutela el artículo 511 del CCDF señala quienes pueden excusarse; mientras que en la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal en su artículo 13 establece quienes pueden excusarse de ser representantes.

g).- Garantía de buen manejo.

Como la tutela implica la administración de los bienes del incapacitado la ley exige garantizar el buen manejo de los bienes; otorgando alguna de las siguientes

garantías: hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra de las permitidas por la ley (artículo 519 del CCDF); en la voluntad anticipada como ya vimos no implica administrar bienes del incapacitado, por lo cual no exige garantía.

Para nuestra regulación propuesta estableceré lo siguiente:

El tutor voluntario solo cuando tenga a su cargo la administración de los bienes del pupilo, tendrá que otorgar garantía de buen manejo conforme lo establece el artículo 519 de este ordenamiento, salvo que al designarlo lo hayan liberado de otorgar garantía.

h).- Discernimiento del cargo.

En el caso de la tutela cautelar no puede ejercerse el cargo del tutor sin que previamente se declare el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella (artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en adelante CPCDF) y se le discierna el cargo al tutor.

El discernimiento del cargo es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar inviste al tutor de los poderes de representación y gestión y de la potestad para el cuidado del incapacitado, que requerirá para el ejercicio de la tutela.

Solo después del discernimiento del cargo el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela.

Para el discernimiento del cargo se requiere llevar un verdadero juicio; en el cual, médicos peritos designados por el juez dictaminarán si la persona se encuentra en estado de interdicción o no, es decir, para ser declarado interdicto debe resultar comprobada la incapacidad (artículo 904 del CPCDF).

Mientras que en la voluntad anticipada en caso de estar en estado de incapacidad el enfermo no necesita ser declarado interdicto, ni el representante necesita que se le discierna el cargo; simplemente, si el enfermo en etapa terminal se encuentra de manera inequívoca impedido para manifestar su voluntad para ejecutar su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, el representante ejercerá el cargo bastando la simple designación en el otorgamiento y previo que el médico tratante le informe que su representado se encuentra en etapa terminal de acuerdo al diagnóstico médico realizado (artículo 25 RLVADF).

Respecto de este punto en la regulación que proponemos pretendemos que siga igual que se tenga que discernir el cargo al tutor para las facultades de guarda de la persona y la administración de los bienes, ya que declarar a una persona como incapacitada, es algo delicado ya que esta pierde la capacidad de ejercicio para ejecutar actos jurídicos por sí mismo; y respecto a las facultades del tutor cuando se le haya encomendado la voluntad anticipada de una persona proponemos que si el enfermo en etapa terminal se encuentra en estado de incapacidad para

manifestar su voluntad, no requiera el representante de discernimiento de cargo, es decir, que el tutor para ejecutar la voluntad anticipada del tutelado tal como lo regula la LVADF, solo requiera del nombramiento que se le hizo al otorgar el acto, para que este pueda ejercer su cargo.

2.5.2.- El otorgante de tutela cautelar y el otorgante y suscriptor de voluntad anticipada.

a).- Otorgante de tutela cautelar.

El otorgante de tutela cautelar es la persona capaz para otorgar testamento que autorregula su incapacidad en caso de caer en ella, nombrando tutor o tutores y a sus sustitutos, designándoles las facultades y obligaciones a las que se sujetarán, para el desempeño del cargo el cual consiste en el cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

b).- Otorgante de voluntad anticipada.

El otorgante en la voluntad anticipada es la persona capaz que autorregula su incapacidad en caso de caer en ella, nombrando un representante y en su caso un sustituto para que ejecute su decisión de ser sometida o no a medios, tratamientos, o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y por razones médicas sea imposible mantenerla de manera natural, propiciando la obstinación médica protegiendo en todo momento la dignidad de la persona.

Como ya lo hemos mencionado en la regulación propuesta pretendemos que una persona por un solo acto pueda otorgar tutela cautelar y voluntad anticipada y de las cuales ya establecimos el objeto de cada una, así como las facultades y obligaciones del tutor en el caso de la tutela cautelar y del representante en el caso de la voluntad anticipada.

Para efectos de la voluntad anticipada el otorgante puede devenir en paciente o enfermo en etapa terminal o no, o bien al otorgar el acto ya puede encontrarse en situación de enfermo en etapa terminal pero gozando de capacidad de ejercicio para otorgar su voluntad anticipada en ese momento ante personal de salud y el mismo ejecutarla sin necesidad de un representante. Ahora bien el enfermo en etapa terminal: es la persona con diagnóstico sustentado en datos objetivos, de una enfermedad incurable, progresiva y mortal a corto y mediano plazo con escasa o nula respuesta a tratamiento específico disponible y pronóstico inferior a seis meses; Artículo 3º., fracción 4ª., de la LVADF.

El paciente o enfermo en etapa terminal cuando se encuentre imposibilitado para acudir ante notario, podrá suscribir el formato ante personal de salud correspondiente y dos testigos artículo 6º., párrafo segundo.

El otorgante asistirá preferentemente a otorgar el acto, de aquel o aquellos que haya de nombrar como representantes, a efecto de asentar en el mismo la aceptación del cargo artículo 15 de la LVADF.

El enfermo en etapa terminal debe entregar el documento de voluntad anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento respectivo para su integración al expediente clínico y dar cumplimiento al mismo documento artículo 18 de la LVADF.

El otorgante puede revocar en cualquier momento el documento o formato de voluntad anticipada artículo 21 de la LVADF.

El enfermo en etapa terminal que esté recibiendo los cuidados paliativos puede solicitar nuevamente recibir el tratamiento curativo artículo 24 párrafo 3º.

El enfermo en etapa terminal cuando manifieste su voluntad de donar sus órganos y tejidos suscribirá el formato emitido por el Centro Nacional Local de Trasplantes artículo 9º., RLVADF.

Como vemos en lo anteriormente referido es respecto al otorgante que de encontrarse en etapa terminal, pero que goza de capacidad de ejercicio puede el mismo ejecutar su voluntad anticipada, y sino otorgo voluntad anticipada antes de caer en enfermo en etapa terminal puede hacerlo en ese momento ante personal de salud y dos testigos.

c).- Suscriptor de voluntad anticipada.

Por otra parte en la voluntad anticipada aparece la figura del suscriptor el cual es la persona autorizada por la ley, que suscribe el formato de voluntad anticipada, cuando el enfermo en etapa terminal no goza de capacidad de ejercicio por alguno de los tres supuestos siguientes: I.- Por ser menor de edad, II.- Por ser incapaz legalmente declarado o III.- Por encontrarse de manera inequívoca imposibilitado para manifestar su voluntad por sí mismo.

Los tres supuestos anteriores tienen fundamento en los artículos 19 y 20 ambos del RLVADF los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 19 del RLVADF.- Podrán suscribir el formato cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad y atendiendo al siguiente orden de prelación: I.- El o la cónyuge, II.- El concubinario o la concubina, o el o la conviviente, III.- Los hijos mayores de edad consanguíneos o adoptados IV.- Los padres o adoptantes, IV.- Los nietos mayores de edad y V.- Los hermanos mayores de edad o emancipados”.

“Artículo 20 del RLVADF.- Podrán suscribir el formato *cuando el enfermo en etapa terminal sea menor de edad o incapaz legalmente declarado y atendiendo el siguiente orden de prelación:* I.- Los padres o adoptantes, II.- Los familiares o las

personas que ejerzan la patria potestad del menor o III.- Los hermanos mayores de edad o emancipados”.

Ahora bien establece el artículo 21 del RLVADF que cuando se de el supuesto del artículo 19 y 20 del RLVADF el suscriptor del documentó fungirá a su vez como representante del enfermo en etapa terminal para el cumplimiento de la voluntad anticipada.

Por mí parte en la regulación propuesta estableceré que la ley siga autorizando suscribir el formato a las personas que señala el artículo 19 y 20 del RLVADF, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad, sea menor de edad o incapaz legalmente declarado; ya que como lo expusimos anteriormente el objeto primordial de esta Ley es proteger la dignidad de la persona.

2.5.3.- El Curador.

La figura del curador solo lo encontramos en la tutela; ya que en lo que respecta a la voluntad anticipada no se regula esta figura.

El curador es la persona encargada de vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor.

Como se desprende del artículo 618 del CCDF todos los individuos sujetos a tutela testamentaria legítima o dativa además de tener un tutor tendrán un curador. De esto anotado podemos observar que si de tutela cautelar se trata no hace referencia a que toda persona sujeta a tutela cautelar debe tener también un curador, ni tampoco hace referencia a que tenga derecho a nombrar curador, tampoco en la regulación especial de la tutela cautelar lo establece, sin embargo de acuerdo con el artículo 623 del CCDF el cual establece que los que tienen derecho a nombrar tutor tienen derecho a nombrar curador. Por lo cual es válidamente que el que nombre tutor cautelar también pueda nombrar curador.

Algunas características de la curatela son las siguientes:

El cargo de tutor y de curador de un incapaz no puede ser desempeñado al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco puede desempeñarse por personas que tengan entre si parentesco en línea recta sin limitación de grado, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive, artículo 459 del CCDF, que por cierto no aclara si solamente parentesco consanguíneo o también a fin.

Las funciones del curador son genéricamente consideradas tendientes a vigilar el desempeño de la tutela en aras de los derechos del incapaz y en su caso hacer del conocimiento de la autoridad judicial cualquier situación que pudiese resultar contraria a los intereses de aquel.

El artículo 626 del CCDF impone al curador la obligación de defender al incapaz en juicio y fuera de él cuando hubiere intereses encontrados entre este y el tutor; la de vigilar la conducta del tutor y la de hacer del conocimiento del juez lo que pudiere dañar al incapaz así como el abandono de su cargo por parte del tutor.

El curador debe vigilar que se hagan las anotaciones registrales procedentes cuando el discernimiento del tutor (artículo 89 CCDF).

La tutela se desempeñara por el tutor pero con la intervención del curador amén, de que otras personas también participen.

El curador será oído para la decisión de un posible nuevo tutor artículo 464 del CCDF.

Como lo anotamos la figura del curador solo la encontramos en la tutela cautelar y no la encontramos en la voluntad anticipada, por otro lado en la tutela en general y tutela cautelar también existe el Consejo Local de Tutelas el cual entre sus atribuciones también está a cargo de la vigilancia del desempeño del cargo del tutor, y en la voluntad anticipada existe la Coordinación Especializada la cual tiene facultades de vigilancia de que el representante cumpla con su cargo, así como las demás facultades que le establezca la ley. La Coordinación Especializada también debe velar por que se cumpla la protección al enfermo en etapa terminal que otorgo voluntad anticipada; estos dos órganos en mención Consejo Local de Tutelas y Coordinación Especializada los veremos más adelante, y de los cuales solo podemos decir en este apartado que tienen distintas atribuciones que las que un curador, pero entre sus atribuciones también entra la vigilancia.

De lo anterior expuesto pretendemos que en la regulación propuesta se establezca lo siguiente:

I.- La persona que al otorgar tutela voluntaria designe tutor o tutores y a sus sustitutos podrá también nombrar un curador y a sus sustitutos para la vigilar el desempeño del cargo de los tutores;

II.- El curador designado solo ejercerá la vigilancia sobre el tutor o tutores cuando este o estos, ejerzan la tutela sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes; ya que la vigilancia del tutor en cuanto a la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal queda a cargo de la Coordinación Especializada.

2.5.4.- Consejo Local de Tutelas.

El Consejo Local de Tutelas de acuerdo con el artículo 632 del CCDF es un órgano de vigilancia e información que además de las funciones que expresamente tiene asignadas por varios artículos tiene las obligaciones siguientes:

I.- Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de personas de la localidad que por su aptitud legal o moral, puedan desempeñar la tutela, para que dé entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos, en que estos nombramientos correspondan al juez.

II.- Velar por que los tutores cumplan sus deberes especialmente en lo que se refiere a su educación y asistencia, dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare.

III.- Avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes del incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes.

IV.- Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar que incapacitados carecen de tutor con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos.

V.- Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537.

VI.- Vigilar el registro de tutelas a fin de que sea llevado de debida forma.

El Consejo Local de Tutelas al igual que la figura del curador no lo encontramos en la voluntad anticipada; y en la regulación que proponemos pretendemos el Consejo Local de Tutelas siga teniendo las mismas funciones como hasta ahora y que no se le atribuyan facultades en materia de voluntad anticipada. Ya que en materia de voluntad anticipada existe la Coordinación Especializada la cual tiene facultades que van más de acuerdo con la voluntad anticipada.

2.5.5.- Coordinación Especializada.

Coordinación Especializada: es la unidad administrativa adscrita a la Secretaria de Salud en materia de voluntad anticipada artículo 3º., fracción 1ª., LVADF.

Coordinación especializada es la unidad administrativa adscrita a la Secretaria de Salud, encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente ley, en los documentos de voluntad anticipada y en los formatos artículo 28 de la LVADF.

Son atribuciones de la Coordinación Especializada establece el artículo 29 de la LVADF.- I.- Recibir archivar y resguardar, los documentos de voluntad anticipada y formatos a los que se refiere la ley, II.- Coadyuvar con el registro de donantes en coordinación con el Centro Nacional de Trasplantes del Distrito Federal, III.- Fomentar, promover, y difundir la cultura de la voluntad anticipada, sustentada en la deliberación previa e informada que realicen las personas, tendientes a fortalecer la autonomía de la voluntad, IV.- Proponer, en el ámbito de su competencia, la celebración de convenios de colaboración con otras instituciones y asociaciones públicas o privadas en las que se promueva la ley, V.- Realizar campañas permanentes de sensibilización y capacitación dirigidas a la sociedad, personal de salud de la secretaria y de las instituciones de salud de carácter

privado, respecto a la misma ley, VI.- Vigilar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el documento de voluntad anticipada y formatos y VII.- Las demás que le otorguen otras leyes y reglamentos.

Son obligaciones de la Coordinación Especializada establece el artículo 30 de la LVADF, I.- Supervisar que el personal de salud proporcione al otorgante información clara y oportuna, respecto de las condiciones de la enfermedad de que se trate, así como los tratamientos respectivos, a fin de fortalecer la autonomía de la voluntad del paciente y posibilitar que el otorgamiento del formato o documento de voluntad anticipada, sea resultado de un análisis y deliberación personal previa sobre la base de dicha información, II.- Proporcionar información al personal de salud para que en los casos en que el otorgante del documento de voluntad anticipada exprese su decisión de ser sometido a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, estos no sean contraindicados para la enfermedad de que se trate o vayan en contra de las prácticas médicas o la ética profesional.

La Coordinación Especializada es la encargada de recibir las notificaciones de los documentos que se otorguen de voluntad anticipada, artículo 6º párrafo segundo.

La Coordinación Especializada es la encargada de verificar si respecto de una persona existen más de un documento de voluntad anticipada o formato y verificara el último registrado y notificara dentro de los dos días hábiles siguientes a la Institución de Salud; artículo 31 del RLVADF.

Cuando exista vigencia de la voluntad de donar órganos y tejidos, la Coordinación Especializada informara al Centro Nacional o Local de Trasplantes, para los efectos a que haya lugar, artículo 36 del RLVADF.

La Coordinación Especializada contara con un titular presupuesto y las áreas administrativas necesarias para su funcionamiento. El titular de la Coordinación Especializada será designado por el Secretario de Salud, artículo 39 del RLVADF.

“El titular de la Coordinación Especializada tendrá además de las previstas en la ley, las siguientes facultades y obligaciones:

I.- Recibir, archivar y resguardar los documentos de voluntad anticipada y los formatos suscritos;

II.- Registrar, organizar y mantener actualizada la base de datos de los documentos de voluntad anticipada y los formatos suscritos;

III.- Adjuntar las modificaciones a los documentos de voluntad anticipada y a los formatos;

IV.- Vigilar el cumplimiento de la voluntad anticipada, en coordinación con las Instituciones de Salud;

V.- Realizar campañas permanentes de sensibilización y capacitación respecto a la Ley dirigidas a la ciudadanía y al personal de salud de las instituciones de salud;

VI.- Derogada;

VII.- Reportar por escrito al Ministerio Público e instancias competentes, las irregularidades en la suscripción y el cumplimiento de la voluntad anticipada, observadas en las instituciones de salud;

VIII.- Vigilar que la información que se genere con motivo de la voluntad anticipada se sujete a lo previsto por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales ambas para el Distrito Federal;

IX.- Coadyuvar en las campañas de fomento Promoción y difusión de la cultura de donación de órganos y tejidos;

X.- Ser el vínculo con el Centro Nacional de Trasplantes y el Centro de trasplantes del Distrito Federal;

XI.- Emitir el formato y el formato del aviso de suscripción notarial a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal;

XII.- Las demás que la Secretaria, la Ley y el Reglamento le otorguen”.

Como observamos la Coordinación Especializada fue creada como una Unidad Administrativa adscrita a la Secretaria de Salud para dar cumplimiento a lo relativo a voluntad anticipada desde archivar y resguardar documentos de voluntad anticipada, como vigilar que las Instituciones y el representante cumplan con la decisión del enfermo en etapa terminal entre otras funciones; por lo cual pretendemos que esta siga teniendo facultades exclusivamente en materia de voluntad anticipada o como la denominaremos decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

2.5.6.- Juez competente en la tutela cautelar.

El Juez competente es el Juez de lo Familiar anteriormente conocido como Juez Pupilar; de acuerdo con el artículo 633 del CCDF los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas la transgresión de sus deberes.

Mientras que se nombra tutor el Juez de lo Familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses artículo 634 del CCDF.

Otra de las atribuciones que tiene el Juez de lo Familiar en materia de tutela, están reguladas en el CPCDF.

Como ya lo habíamos dicho para que un tutor entre a desempeñar el cargo es necesario que el cargo le sea discernido y la autoridad competente para ello es el Juez de lo Familiar como lo establece el artículo 904 del CCDF la declaración de incapacidad por alguna de las causas que señala el artículo 450 fracción II del

CCDF, se acredita en juicio ordinario seguido ante los tribunales entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el Juez: este artículo en mención en sus cinco fracciones señala facultades y obligaciones que debe observar el Juez y de las cuales solo anotaremos lo más esencial: el Juez ordena médicos peritos que practiquen examen a la persona señalada como incapacitada, si del dictamen pericial resulta comprobada la incapacidad o por lo menos hay duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide; el Juez nombrara tutor y curador, el juez debe recabar informe en el archivo general de notarías sobre el registro de tutor cautelar, si la persona no designo tutor cautelar el juez nombrara tutor testamentario, legitimo o dativo según corresponda. Lo anterior mencionado es la principal función del Juez Familiar respecto a tutela.

En cuanto a tutela cautelar además; el Juez de la Familiar a petición del tutor o del curador y en caso de no existir estos, los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación han variado al grado que perjudiquen la persona o el patrimonio de la persona artículo 469 Quater último párrafo del CCDF.

De lo anterior podemos observar que en materia de tutela el Juez de lo Familiar tiene facultades y obligaciones especiales para hacer el discernimiento del cargo del tutor y del curador, así como para declarar al incapacitado en estado de interdicción; cosa que en la voluntad anticipada no ocurre, para que el representante designado ejercite el cargo ya que solo basta que haya sido nombrado como representante al otorgar voluntad anticipada y que cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar su voluntad, lo hará el representante; por lo cual en nuestra regulación propuesta no pretendemos que al tutor que se designe para ejecutar voluntad anticipada tenga que discernirle el cargo el Juez, sino que entre en su cargo como lo establece la LVADF para lo cual estableceremos lo siguiente:

Para efectos de la tutela voluntaria, cuando el tutor haya sido facultado para ejecutar la voluntad anticipada del enfermo en etapa terminal, bastara la designación que se hizo al otorgar el acto para que este pueda ejercer el cargo de voluntad anticipada sin necesidad de discernimiento de cargo por el Juez de lo Familiar.

2.5.7.- Personal de salud, Institución de Salud y Comité Hospitalario de Ética Médica.

Instituciones de Salud: son todas las instituciones de salud pública, social y privada que prestan servicio en el territorio del Distrito Federal. Artículo 3º., fracción 6ª., LVADF. Estas Instituciones deben utilizar el formato de voluntad anticipada que emite la Secretaria de Salud del Distrito Federal, artículo 13 del RLVADF.

Médico tratante: es el médico responsable en la atención del enfermo en etapa terminal, artículo 3º., fracción IX de la LVADF.

Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud, artículo 3º., fracción XII de la LVADF.

El personal de salud: tiene la función de aplicar la sedo-analgésia controlada; artículo 3º., fracción XV; brindar la tanatología artículo 3º., fracción XVI así como los cuidados paliativos, artículo 3º., fracción XVII.

El personal de salud ante el que se otorgue la voluntad anticipada en formato que emite la secretaria de salud y dos testigos debe de notificar a la Coordinación Especializada artículo 6º., párrafo 2º., y artículo 9º., ambos de la LVADF y debe anexar los documentos que establece el artículo 18 del RLVADF.

El personal de salud identificará al otorgante mediante documento oficial con fotografía y dos testigos mayores de edad a su vez identificados con documento oficial, artículo 14 párrafo 2º., fracción 1ª., y 2ª.

Al momento que el personal de salud correspondiente de inicio al cumplimiento de las disposiciones y los términos contenidos en el documento de voluntad anticipada o formato deberá asentar el historial clínico del enfermo en etapa terminal, toda información que haga constar dicha circunstancia hasta su conclusión artículo 24 de la LVADF.

El personal de salud a cargo de dar cumplimiento a la voluntad anticipada cuya creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a la voluntad anticipada podrán ser objetores de conciencia y por tal razón podrán excusarse de intervenir en la aplicación; Artículo 25 párrafo 1º.

El personal de salud en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá suministrar medicamentos o tratamientos médicos que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal; Artículo 26 de la LVADF.

La LVADF hace alusión al médico tratante y creo lógicamente que este no es más que parte del personal de salud y el cual tiene como función de acuerdo al Artículo 3º., fracción IX responder de la atención del enfermo en etapa terminal; también es la persona indicada a quien el suscriptor o su representante en caso de estar en estado de incapacidad, le solicita se le apliquen las disposiciones contenidas en el documento de voluntad anticipada o formato artículo 23 párrafo primero y segundo de la LVADF.

El médico tratante emitirá un diagnóstico médico del enfermo en etapa terminal el cual debe ser avalado por la Director de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud y autorizado por el Comité Hospitalario de Ética Médica previo análisis de la información contenida en el expediente clínico el cual deberá ser firmado autógrafamente por los mismos; artículo 2º., fracción 3ª., del RLVADF.

El médico tratante o personal de salud tiene la obligación de proporcionar la información al enfermo en etapa terminal o suscriptor del documento de voluntad anticipada o formato de una manera veraz completa y comprensible sobre el diagnóstico, pronóstico y plan de manejo. Artículo 2º., fracción 6ª., y artículo 28 del RLVADF.

El personal de salud o médico tratante tienen que realizar el documento de resumen clínico en el cual se anotaran los aspectos relevantes de la atención médica del enfermo en etapa terminal contenidos en el expediente clínico; Artículo 2º., fracción XII del RLVADF.

Entre el personal de salud también se encuentra el trabajador social el cual es el encargado de recabar los documentos de voluntad anticipada y los datos del enfermo en etapa terminal o en su caso del suscriptor para requisitar y llenar el formato artículo 14 y artículo 15 del RLVADF.

Cuando se modifique el formato de voluntad anticipada el personal de salud debe dar aviso en un plazo no mayor a 48 horas a la Coordinación Especializada artículo 27 del RLVADF.

El médico tratante tendrá la obligación de informar al paciente o al representante, con base en el expediente clínico y de forma veraz, completa y comprensible sobre las acciones y procedimientos médicos realizados previos al diagnóstico del enfermo en etapa terminal, y una vez diagnosticado, de informar en los mismos términos sobre el plan de manejo médico tendiente al exacto cumplimiento de lo dispuesto en el documento de voluntad anticipada o en el formato artículo 28 del RLVADF.

Iniciado el cumplimiento de la voluntad anticipada, el médico tratante registrará en el expediente clínico del enfermo en etapa terminal, el plan de manejo médico conforme a las notas de evolución, actualización del cuadro clínico, signos vitales, resultados de estudios, indicaciones médicas, y acciones realizadas para el cumplimiento de la voluntad anticipada, lo anterior como lo señala la norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 del expediente clínico. La aplicación de fármacos para aliviar el sufrimiento físico y psicológico del enfermo en etapa terminal, se deberá llevar a cabo únicamente por el médico tratante, quien se auxiliara del personal de salud para su administración, artículo 35 del RLVADF.

El personal de salud también tiene que verificar la vigencia de la voluntad de donar órganos y tejidos cuando la haya, artículo 36 del RLVADF.

El trabajador social designado tiene la facultad de suspender el llenado del formato cuando se de alguno de los supuestos del artículo 30 del RLVADF.

Las Instituciones de salud por medio de su personal médico tienen a su cargo brindar la atención médica domiciliaria sujetándose a las disposiciones que establece el artículo 37 del RLVADF.

Comité hospitalario de ética médica: es el grupo consultor interdisciplinario que se ocupa de verificar avalar y hacer recomendaciones sobre el diagnóstico del enfermo en etapa terminal y la aplicación de voluntad anticipada artículo 2º., fracción 1ª., del RLVADF.

Para efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el documento o formato de voluntad anticipada el artículo 33 del RLVADF dispone que el personal de salud de las Instituciones de Salud o el Comité Hospitalario de Ética Médica, tendrá las siguientes obligaciones:

I.- Emitir, suscribir y confirmar el diagnóstico del enfermo en etapa terminal, II.- Validar ante la Coordinación Especializada la existencia y vigencia del documento o formato de voluntad anticipada, III.- Comenzar el manejo técnico multidisciplinario del enfermo en etapa terminal.

Lo anterior expuesto solo es con el fin de observar con más claridad parte de la regulación actual de la voluntad anticipada para poder notar con más nitidez la diferencia con la tutela cautelar.

2.5.8 Secretaria de Salud.

Secretaria: la Secretaria de Salud del Distrito Federal; Artículo 3º., fracción XIV.

La Secretaria de Salud tiene la función de emitir el formato para el otorgamiento de voluntad anticipada art. 6 párrafo segundo.

Es obligación de la Secretaria de Salud garantizar y vigilar en las instituciones de Salud la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor a fin de garantizar el otorgamiento de cuidados paliativos como parte del cumplimiento de la voluntad anticipada del enfermo en etapa terminal artículo 25 párrafo 2º., de la LVADF.

La Secretaria en el ámbito de sus atribuciones y posibilidades financieras, ofrecerá atención médica domiciliada a enfermos en etapa terminal, de conformidad con los lineamientos que para tal efecto emita la ley; artículo 25 párrafo tercero.

Así mismo la Secretaria emitirá los lineamientos correspondientes para la aplicación de la voluntad anticipada en las instituciones de salud de carácter privado; artículo 25 párrafo 4º.

Cuando el otorgamiento de voluntad anticipada se haga ante personal de salud deberá ser entregado a la Coordinación Especializada en un plazo no mayor a 48 horas y anexo al formato deberá ir copia del resumen clínico firmado por el director de la Institución de Salud o autorizado por el Comité Hospitalario de Ética Médica. Artículo 8º., y 18 del RLVADF.

El personal de salud y personal administrativo de las Instituciones de Salud deberán guardar confidencialidad y reserva respecto a las disposiciones de la

voluntad anticipada así como de la información que obtengan con motivo de su cumplimiento; artículo 11 del RLVADF.

La Secretaria de Salud tiene la obligación de auxiliar a las Instituciones de Salud proporcionándoles personal capacitado en caso de que el enfermo en etapa terminal o suscriptor del formato padezca alguna discapacidad que le impida comunicar su voluntad o ignore el idioma y requiera un intérprete o un perito traductor artículo 22 del RLVADF.

En cuanto a la Secretaria de Salud como vemos es una institución en materia de la voluntad anticipada y no de la tutela cautelar y solo la describimos en este trabajo para ver sus facultades y saber que es un órgano de los que intervienen en la voluntad anticipada.

2.5.9.- Notario público.

a).- Intervención del notario en la tutela cautelar.

La figura del Notario Público la encontramos tanto en la tutela cautelar como en la voluntad anticipada.

La tutela cautelar como ya lo hemos dicho es el acto por el cual una persona nombra tutor o tutores y a sus sustitutos y le determina facultades y obligaciones para el desempeño de su cargo, ahora bien este acto establece el artículo 469 ter que debe ser otorgado ante notario público y se hará constar en escritura pública, y como lo establece la última parte de este artículo en su primer párrafo el notario también es la persona designada para que ante él se revoque el acto de tutela cautelar.

Otra obligación que tiene el notario, cuando ante él se otorgue tutela cautelar establece el artículo 124 bis de la LNDF es dar aviso al archivo de notarios en un término de cinco días hábiles siguientes en el que se expresara el número de escritura así como la fecha de su otorgamiento el nombre y demás generales del otorgante sin indicar la identidad de los designados, y recabará la constancia correspondiente.

b).- Intervención del notario en la voluntad anticipada.

En la voluntad anticipada el notario público solo es uno de los dos órganos designados por LVADF para que ante él se otorgue el acto de voluntad anticipada ya que también cuando el enfermo en etapa terminal no pueda acudir ante notario podrá otorgar el acto ante personal de salud correspondiente. El notario es el fedatario designado por la ley para que las personas otorguen el acto de voluntad anticipada artículo 3º., fracción 3ª.

El notario público tiene que dar aviso de los documentos de voluntad anticipada que se otorguen ante su fe a la Coordinación Especializada artículo 8º., de la LVADF.

El aviso será preferentemente por medio de su entrega física dentro de los tres días hábiles siguientes al otorgamiento, en caso de que el notario no pueda efectuar el aviso de manera física, deberá dar aviso electrónico dentro del mismo término artículo 7º., del RLVADF.

El artículo 14 de la LVADF; establece que el notario público hará constar la identidad del otorgante conforme a lo que establece la LNDF.

Cuando se modifique el documento de voluntad anticipada el notario debe dar aviso en un plazo no mayor a 48 horas a la Coordinación Especializada; artículo 27 del RLVADF.

c).- El notario en la regulación propuesta.

Como vemos tanto el acto de tutela cautelar y de voluntad anticipada puede ser otorgado ante notario, y respecto a cada acto el notario tiene prevista la formalidad que conlleva cada acto que se otorgue ante el, como lo veremos en el apartado de formalidad y requisitos para el otorgamiento de tutela cautelar y voluntad anticipada y en ambos actos tiene que dar aviso, por lo cual como el artículo 124 de la LNDF ya prevé lo que respecta al aviso tutela cautelar, también proponemos que se adicione lo que respecta al aviso de voluntad anticipada; y quede como sigue:

“Artículo 124 bis de la LNDF.- Siempre que ante un notario se otorgue tutela voluntaria en los términos del Capítulo I bis del Título Noveno, del Libro Primero del Código Civil el notario dará aviso en un término de tres días hábiles como sigue:

I.- El aviso de tutela voluntaria que el notario debe dar al Archivo General de Notarias siempre es solo respecto a la guarda de la persona y la administración de sus bienes; y el aviso de tutela voluntaria a la Coordinación Especializada siempre es solo respecto a decisión de tratamiento médico para la etapa terminal; de tal manera que si la persona al otorgar el acto solo autorregula el cuidado de su persona y la administración de sus bienes o solo autorregula su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, se dará aviso únicamente a la dependencia que corresponda respectivamente.

III.- El aviso al Archivo General de Notarias o a la Coordinación Especializada se realizara de la manera siguiente:

a).- En el aviso al Archivo General de Notarias se deberá expresar el número de escritura, número de libro, número de notaria, nombre del notario, fecha de otorgamiento, el nombre y demás generales del otorgante, indicación que es tutela sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes del

otorgante, así mismo el notario podrá agregar otros datos que crea pertinentes, y recabara la constancia correspondiente.

b).- En el aviso a la Coordinación Especializada se deberá expresar el número de escritura, número de libro, número de notaria, nombre del notario, fecha de otorgamiento, el nombre y demás generales del otorgante, indicar que la tutela es sobre la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal del otorgante, así mismo el notario podrá agregar otros datos que crea pertinentes, y recabara la constancia correspondiente.

Al aviso deberá anexar copia certificada de la escritura.

IV.- El Archivo General de Notarias llevara un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a las designaciones de tutor cautelar con los datos que se mencionan en el inciso a) de este artículo y entregara informes únicamente a notarios y a jueces competentes para hacerlo. A ninguna otra autoridad aunque sea de jerarquía superior se entregaran esos informes sobre dichos actos ni los servidores públicos encargados podrán proporcionar datos relativos a persona alguna fuera del supuesto que se señala al principio de este párrafo.

V.- La Coordinación Especializada llevara el control de los avisos y los informes conforme a lo que se establezca LTMETDF.

Artículo 124 ter.- En la revocación de un documento de tutela voluntaria se observara lo siguiente:

I.- Si el acto revocado consta en el protocolo de la notaria a su cargo y la escritura aún está, bajo su guarda tomara razón de ello en nota complementaria

II.- Cuando el acto revocado conste en protocolo de otro notario del Distrito Federal lo comunicara por escrito a aquel para que dicho notario proceda en términos de la fracción anterior.

III.- Si el libro de protocolo de que se trate sea de la notaria a su cargo o de otra notaria del Distrito Federal ya está depositado en definitiva en el Archivo General de Notarias la comunicación de la revocación será hecha al titular de esa dependencia para que este haga la anotación complementaria indicada.

VI.- La revocación o modificación se debe extender en escritura pública y se realizara la anotación o comunicación que proceda en términos de las fracciones anteriores para que se haga la anotación correspondiente.

VII.- Respecto a la revocación o modificación establecida en las fracciones anteriores se darán los avisos en términos del artículo anterior a las dependencias correspondientes.

2.5.10.- Archivo General de Notarias.

El artículo 124 bis de la LNDF dispone en su segundo párrafo que el archivo llevara un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a las designaciones de tutor cautelar con los datos siguientes: el número de escritura así como la fecha de su otorgamiento el nombre y demás generales del otorgante y entregara informes únicamente a notarios y a jueces competentes para hacerlo. A ninguna otra autoridad aunque sea de jerarquía superior se entregaran esos informes sobre dichos actos ni los servidores públicos encargados podrán proporcionar datos relativos a persona alguna fuera del supuesto que se señala al principio de este párrafo.

Por nuestra parte ya establecimos la regulación sobre informes que debe dar el Archivo General de Notarias, cuando tratamos el tema de la actividad del notario en el cual propusimos como regularíamos el artículo 124 bis de la LNDF.

2.6- Documento de tutela cautelar y documento o formato de voluntad anticipada. Formalidades y requisitos.

a).- Documento de tutela cautelar.

Documento de tutela cautelar de acuerdo con el artículo 469 bis y 469 ter del CCDF es la escritura pública otorgada ante notario en la que una persona nombra tutor o tutores y a sus sustitutos que deberán encargarse de su persona y en su caso de su patrimonio en previsión de encontrarse en un supuesto de los que regula el artículo 450 del CCDF.

Formalidad y requisitos del acto de tutela cautelar.

El artículo 1833 del CCDF establece que cuando la ley exija determinada forma para un contrato mientras que esté no revisita esa forma, no será válido.

Para el caso de la tutela cautelar la ley exige que sea otorgado ante notario en escritura pública como se desprende del artículo 469 ter del CCDF y como es lógico esto trae como consecuencia que la escritura pública cumpla además con las formalidades que establece al notario la LNDF, en la realización de escrituras públicas.

Entre otros requisitos mínimos que debe llevar el contenido de la escritura son:

- Nombramiento de un tutor o tutores y a sus sustitutos; artículo 469 bis del CCDF.
- Contener expresamente las facultades y obligaciones a la que deberá sujetarse la administración del tutor dentro de las cuales serán como mínimas las siguientes:
 - I.- Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado y
 - II.- Establecer que el tutor tenga derecho a una retribución artículo 469 Quater del CCDF.

- Otro requisito que se pedía antes de la reforma al artículo 469 ter del CCDF publicada en la GODF el 23/07/2012, era que el documento de tutela cautelar

debía ir acompañado por un certificado médico expedido en materia de psiquiatría en el que se hiciera constar que el otorgante se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad para autogobernarse.

b).- Documento de voluntad anticipada.

La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal prevé dos tipos de documentos para otorgar voluntad anticipada, podemos decir que documento de voluntad anticipada en sentido amplio: es el otorgado ante notario en escritura pública o el otorgado ante personal de salud en formato expedido por la secretaria de salud; de esto se desprende que tenemos dos especies de documentos:

-El otorgado ante notario en escritura pública y al cual se le denomina documento de voluntad anticipada en sentido stricto y;

- El otorgado ante personal de salud correspondiente en formato que expide la secretaria de salud y en este caso se denomina formato de voluntad anticipada.

Estos dos documentos en mención los describiremos con más detalle como sigue:

Documento de voluntad anticipada: es el instrumento otorgado ante notario público, en el que una persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta su petición libre, consiente, seria, inequívoca, y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamiento o procedimientos médicos que propicien la Obstinación Terapéutica artículo 3º., fracción 3ª., y artículo 2º., fracción 4ª., del RLVADF.

Formalidad y requisitos del acto de voluntad anticipada cuando se otorga ante notario.

El artículo 7º., de la LVADF establece que el documento de voluntad deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

I.- Realizarse de manera personal libre e inequívoca ante notario público

II.- Debe contener el nombramiento de un representante y en su caso un sustituto para velar por el cumplimiento de la voluntad del enfermo en etapa terminal en los términos del propio documento.

III.- Debe contener la manifestación de su voluntad respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.

Formato de voluntad anticipada: es el documento de instrucciones de cuidados paliativos, previamente autorizado por la secretaria, suscrito por el enfermo en etapa terminal, ante personal de salud correspondiente y dos testigos en el que se manifiesta la voluntad de seguir con el tratamiento que pretenda alargar la vida o bien la suspensión del tratamiento curativo y el inicio de la atención en cuidados paliativos, perseverando en todo momento la dignidad de la persona artículo 3º., fracción 5ª., de la LVADF y artículo 2º., fracción 5ª., del RLVADF.

Formalidad y requisitos del acto de voluntad anticipada cuando se otorga ante personal de salud, es decir, en formato que emite la secretaria.

El artículo 7º., de la LVADF establece que el formato de voluntad deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos

I.- Realizarse de manera personal, libre e inequívoca ante personal de salud y ante dos testigos.

II.- Debe contener el nombramiento de un representante y en su caso un sustituto para velar por el cumplimiento de la voluntad del enfermo en etapa terminal en los términos del propio documento.

III.- Debe contener la manifestación de su voluntad respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados.

Capítulo Cuatro.- Complementación, Integración e implementación de la tutela cautelar y la voluntad anticipada conforme a la regulación que proponemos.

En el capítulo anterior establecí los puntos más esenciales que me interesa complementar, integrar e implementar, en consecuencia, esto traerá la adición, reforma o derogación de algunos artículos, claro, de conformidad con el proceso legislativo regulado en los artículos 71 y 72 de nuestra CPEUM y 3º., y 4º., del CCDF, los primeros referentes a la iniciativa, discusión, aprobación, sanción y publicación; los últimos fijan la iniciación de la vigencia.

También en el capítulo anterior establecimos diversas semejanzas o diferencias entre ambas figuras, así como los distintos órganos que intervienen en cada figura, a efecto de observar cual es el objeto, naturaleza, y características de cada figura. Así mismo motivo de lo anterior en este capítulo veremos nuevas denominaciones a las figuras de este estudio así como una nueva denominación a la Ley de Voluntad Anticipada.

En este capítulo solo pretendo establecer como quedaría la regulación que propongo ya que en los tres capítulos anteriores quedo establecido el ¿Por qué de esta regulación? Y por lo tanto la regulación que propongo es la siguiente:

1.- Regulación propuesta.

A).- Código Civil del Distrito Federal.

Código Civil del Distrito Federal Libro primero, de las personas Titulo noveno, de la tutela Capítulo I, disposiciones generales.

Artículo 461 del CCDF.- La tutela es voluntaria, testamentaria, legítima, dativa, y de los menores en situación de desamparo.

Capítulo I Bis, de la tutela Voluntaria.

Artículo 469 bis-A.- *Tutela voluntaria*: es el acto personalísimo, libre y revocable, por virtud del cual una persona, nombra *tutor o tutores* y a sus sustitutos a los cuales les puede establecer facultades y obligaciones, para que se encarguen de la guarda de su persona, la administración de sus bienes y/o ejecuten su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, en caso de caer en estado de incapacidad.

Artículo 469 bis-B.- La tutela voluntaria se divide en los tres objetos siguientes:

Tutela sobre la guarda de la persona, tutela sobre la administración de los bienes y tutela sobre la decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal.

Artículo 469 bis-C.- La persona que otorgue tutela voluntaria deberá nombrar tutor o tutores y a sus sustitutos para que se encarguen del cuidado de su persona, de la administración de sus bienes, y/o que ejecuten su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal.

La persona que otorgue tutela voluntaria podrá hacerlo únicamente sobre el cuidado de su persona y la administración de sus bienes, si en ese momento no ha tomado una decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal; y viceversa la persona que otorgue tutela voluntaria podrá hacerlo únicamente sobre su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal, si no ha tomado una decisión sobre quien se encargue del cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

Cuando la persona designe únicamente un tutor voluntario este deberá encargarse del cuidado de su persona, de la administración de sus bienes, y/o de ejecutar su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal, salvo que lo haya hecho en los términos de algún supuesto del párrafo anterior.

Cuando la persona designe tutores estos podrán ser hasta tres, a los cuales deberá designarles a cada uno un cargo, es decir, un tutor para el cuidado de su persona, un tutor para la administración de sus bienes, y un tutor para ejecutar su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal; y cuando designe dos tutores a uno siempre deberá designarle la guarda de su persona y la administración de sus bienes y al otro únicamente que ejecute su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal.

El tutor voluntario únicamente cuando tenga a cargo la administración de los bienes del pupilo, tendrá que otorgar garantía de buen manejo conforme lo establece el artículo 519 de este ordenamiento, salvo que lo liberen de otorgar garantía.

La persona que al otorgar tutela voluntaria designe tutor o tutores y a sus sustitutos podrá también nombrar un curador y a sus sustitutos para la vigilar el desempeño del cargo de los tutores;

El curador designado solo ejercerá la vigilancia sobre el tutor o tutores cuando este o estos, ejerzan la tutela sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes; ya que la vigilancia del tutor en cuanto a la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal queda a cargo de la Coordinación Especializa.

De la capacidad para otorgar tutela voluntaria.

Artículo 469 bis-D.- Puede otorgar tutela voluntaria toda persona física a quien la ley no prohíba expresamente el ejercicio de este derecho.

Son incapacitados para otorgar tutela voluntaria los menores que no han cumplido 16 años de edad.

De la forma de otorgamiento.

Artículo 469 bis-E.- El otorgamiento de tutela voluntaria debe ser hecho en escritura pública ante notario y debe contener expresamente un mínimo de facultades y obligaciones a las que se sujetará el tutor o tutores.

De la revocación.

Artículo 469 bis-F.- El otorgamiento de la tutela voluntaria puede ser revocado o modificado en cualquier tiempo con la misma formalidad que para su otorgamiento, con la única salvedad que se establece en el párrafo siguiente:

Cuando una persona haya otorgado tutela voluntaria y esta se encuentra en etapa terminal, podrá modificar o revocar las disposiciones que haya establecido referentes a su decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal, mediante el formato de modificación y revocación de decisión previsor de tratamiento médico para la etapa terminal, que emite la Secretaría de Salud del Distrito Federal y conforme lo establezca la Ley de Tratamiento Médico para la Etapa Terminal del Distrito Federal.

De la tutela voluntaria respecto a la guarda de la persona y la administración de sus bienes.

Artículo 469 bis-G.- Para el cumplimiento de la tutela voluntaria respecto a la guarda de las personas y la administración de sus bienes; así como para las facultades y obligaciones del tutor o tutores designados para cumplir este objeto, se observará lo siguiente:

I.- La tutela voluntaria sobre la guarda de la persona y la administración de sus bienes es la que se da en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450 de este código.

II.- Los nombramientos de tutor o tutores sobre la guarda de la persona y la administración de los bienes excluyen del ejercicio de la tutela a las personas que pudiera corresponderle por tutela testamentaria, legítima o dativa.

III.- Las personas designadas para ejercer tutela en términos de este artículo no están obligadas a aceptar el cargo, aunque no tengan excusa para ello, pero si lo aceptan deberán ejercer el cargo tres años como mínimo a menos que presenten alguna excusa antes de este tiempo. Transcurridos los tres años podrán en cualquier tiempo sin necesidad de excusa solicitar se les releve del cargo, pero

permanecerán en el cargo hasta que no se haya discernido nuevo tutor definitivo o tutor interino que lo releve.

IV.- Si se nombraron tutores sustitutos desempeñarán la tutela en el orden de su designación, en caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción no aceptación, relevo del cargo o cualquier otro caso en el que se requiera la designación de un sustituto.

V.- A falta de tutor voluntario, el incapaz quedará sujeto a la tutela que le corresponda de acuerdo a las reglas de la tutela general.

VI.- La persona que otorgue tutela voluntaria podrá designar curador para la vigilancia de los tutores que ejerzan facultades de guarda de la persona y la administración de sus bienes.

VII.- El Juez de lo Familiar a petición del tutor, del curador o de persona con interés legítimo y en caso de no existir estos, a petición de los sustitutos nombrados por el Juez, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona que otorgo tutela voluntaria han variado al grado que perjudiquen la persona o el patrimonio de la persona tomando en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas.

De la facultad de designar tutor cautelar sobre quien se ejerce patria potestad o sobre el hijo mayor incapacitado sobre el que se ejerce tutela.

Artículo 469 bis-H.- La persona que otorgue tutela voluntaria podrá también designar tutor o tutores sobre las personas en que este ejerciendo la patria potestad, o sobre el hijo mayor incapacitado sobre el que este ejerciendo tutela de acuerdo a los términos siguientes:

I. La tutela designada en términos de la fracción anterior será únicamente y exclusivamente sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. En la cual podrá designar hasta dos tutores y a sus sustitutos, cuando designe un solo tutor para el ejercicio de la tutela este deberá encargarse del cuidado de la persona y la administración de los bienes y cuando designe dos tutores uno será para el cuidado de la persona y el otro para la administración de los bienes.

II.- Cuando una persona designo tutor o tutores sobre las personas que ejerce la patria potestad, para el caso de caer en incapacidad y ya no poder seguir ejerciendo el cargo que tenia conferido, se estará a lo previsto en el artículo 414 de este ordenamiento con la única salvedad de que quedan excluidos para ejercer la patria potestad los ascendientes en segundo grado.

III.- Cuando ambos padres hayan designado tutor o tutores para un mismo hijo mediante tutela voluntaria serán discernidos para ejercer el cargo los designados por el último de ellos en caer en incapacidad; si ambos cayeren en incapacidad al mismo tiempo el Juez de lo Familiar resolverá a quien discernirle el cargo.

IV.- Si una persona nombró tutor o tutores sobre las personas que ejerce la patria potestad por medio de tutela voluntaria y también nombró tutor testamentario sobre las personas que ejerce la patria potestad en términos del artículo 470 del CCDF; los tutores designados por tutela voluntaria ejercerán el cargo una vez que la persona que los designo caiga en incapacidad previo discernimiento, hasta que la persona que los designo muera o el menor o incapacitado mental deje de requerirla.

Muerta la persona que otorgó tutela en términos de este artículo se prorrogara el cargo a los designados si no hubo designación de tutor testamentario o habiendo tutor testamentario no se le ha discernido el cargo o se prorrogara hasta que la persona sobre la que se ejerce deje de necesitarla de acuerdo a los supuestos previstos por la ley.

V.- En el supuesto de que la persona que otorga tutela voluntaria sea ascendiente en primer grado que sobreviva de un hijo mayor de edad incapacitado y se encuentre ejerciendo la tutela sobre éste; en términos del artículo 489 de este ordenamiento, podrá designarle tutor para el cuidado de su persona y la administración de sus bienes de su hijo para el caso en que el caiga en incapacidad o muera y no pueda seguir ejerciendo el cargo. En el caso de que muera la persona que otorgo tutela en términos de esta fracción; los tutores designados continuaran en el cargo si no hay tutor testamentario o no se le ha discernido el cargo o hasta que la persona sobre la que se ejerce deje de necesitarla por los casos previstos en la ley.

VI.- Las personas designadas para ejercer tutela en términos de este artículo no están obligadas a aceptar el cargo, aunque no tengan excusa para ello, pero si lo aceptan deberán ejercer el cargo tres años como mínimo a menos que presenten alguna excusa antes de este tiempo. Transcurridos los tres años podrán en cualquier tiempo, sin necesidad de excusa, solicitar se les releve del cargo, pero permanecerán en el cargo hasta que no se haya discernido nuevo tutor definitivo o tutor interino que lo releve.

VII.- A este tipo de tutela le son aplicables todas las disposiciones de la tutela en general en lo que no se haya previsto por este artículo.

De la tutela voluntaria respecto a la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

Artículo 469 ter-A.- Para efectos de este ordenamiento la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal es aquel que regula la LTMETDF y sin limitar lo que establece dicha ley, la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal son las disposiciones previsoras, por la cual la persona decide respecto al tratamiento médico que desea o no recibir, en el supuesto de padecer una enfermedad terminal que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse ni gobernarse por sí, a efecto de que se le garantice el derecho a morir dignamente y se evite a su persona, el ensañamiento médico o la obstinación terapéutica.

Artículo 469 ter-B.- La tutela voluntaria en cuanto a la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal otorgada ante notario se rige en primer lugar por lo establecido en este Capítulo I Bis, de la tutela voluntaria, en segundo lugar se deberá observar al otorgar está, lo establecido en la LTMETDF la cual contiene las definiciones, conceptos, sujetos, órganos, representación, requisitos del documento, y todo lo demás relativo en materia de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal; y en tercer lugar serán aplicables supletoriamente otras leyes o disposiciones de este Código que pudieren corresponder, en cuanto no contravengan lo establecido en este Capítulo I Bis y la LTMETDF.

Artículo 469 ter-C.- Para efectos de la tutela voluntaria sobre decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, se considera incapacitada a la persona para ejecutar su decisión previsor, de acuerdo a lo que establece la LTMETDF.

Artículo 469 ter-D.- Para efectos de la tutela voluntaria, cuando el tutor haya sido facultado para ejecutar la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, bastará la designación que se hizo al otorgar el acto de tutela voluntaria y lo que establezca la LTMETDF, para que este pueda ejercer el cargo, sin necesidad de discernimiento del cargo que el Juez de lo Familiar debe hacer a los tutores que ejercen el cargo del cuidado de la persona y la administración de sus bienes.

B).- Ley del Notariado del Distrito Federal.

Ley del Notariado del Distrito Federal

Título Segundo del ejercicio de la función notarial

Capítulo Segundo

Sección Tercera

De las actuaciones y documentos notariales. “A” escrituras

Artículo 124 bis de la LNDF.- Siempre que ante un notario se otorgue tutela voluntaria en los términos del Capítulo I bis del Título Noveno, del Libro Primero del Código Civil el notario dará aviso en un término de tres días hábiles como sigue:

I.- El aviso de tutela voluntaria que el notario debe dar al Archivo General de Notarías será solo respecto a la guarda de la persona y la administración de sus bienes; y el aviso de tutela voluntaria a la Coordinación Especializada será solo respecto a decisión de tratamiento médico para la etapa terminal; de tal manera que si la persona al otorgar el acto solo autorreguló el cuidado de su persona y la administración de sus bienes o solo autorreguló su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, se dará aviso únicamente a la dependencia que corresponda respectivamente.

II.- El aviso al Archivo General de Notarías o a la Coordinación Especializada se realizará de la manera siguiente:

a).- En el aviso al Archivo General de Notarias se deberá expresar el número de escritura, número de libro, número de notaria, nombre del notario, fecha de otorgamiento, el nombre y demás generales del otorgante, indicación que es tutela sobre el cuidado de la persona y la administración de sus bienes del otorgante, así mismo el notario podrá agregar otros datos que crea pertinentes, y recabara la constancia correspondiente.

b).- En el aviso a la Coordinación Especializada se deberá expresar el número de escritura, número de libro, número de notaria, nombre del notario, fecha de otorgamiento, el nombre y demás generales del otorgante, indicar que la tutela es sobre la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal del otorgante, así mismo el notario podrá agregar otros datos que crea pertinentes, y recabará la constancia correspondiente.

Al aviso deberá anexar copia certificada de la escritura.

III.- El Archivo General de Notarias llevara un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a las designaciones de tutor cautelar con los datos que se mencionan en el inciso a) de este artículo y entregará informes únicamente a notarios y a jueces competentes para hacerlo. A ninguna otra autoridad aunque sea de jerarquía superior se entregarán esos informes sobre dichos actos ni los servidores públicos encargados podrán proporcionar datos relativos a persona alguna fuera del supuesto que se señala al principio de este párrafo.

IV.- La Coordinación Especializada llevará el control de los avisos y los informes conforme a lo que se establezca LTMETDF.

De la revocación del documento.

Artículo 124 ter.- En la revocación de un documento de tutela voluntaria se observara lo siguiente:

I.-Si el acto revocado consta en el protocolo de la notaria a su cargo y la escritura aún está, bajo su guarda tomara razón de ello en nota complementaria

II.- Cuando el acto revocado conste en protocolo de otro notario del Distrito Federal lo comunicará por escrito a aquel para que dicho notario proceda en términos de la fracción anterior.

III.- Si el libro de protocolo de que se trate sea de la notaria a su cargo o de otra notaria del Distrito Federal ya estuviere, depositado en definitiva en el Archivo General de Notarias la comunicación de la revocación será hecha al titular de esa dependencia para que este haga la anotación complementaria indicada.

IV.- La revocación o modificación se debe extender en escritura pública y se realizará la anotación o comunicación que proceda en términos de las fracciones anteriores para que se haga la anotación correspondiente.

V.- Respecto a la revocación o modificación establecida en las fracciones anteriores se darán los avisos en términos del artículo anterior a las dependencias correspondientes.

C).- Ley de Tratamiento Médico para la Etapa Terminal del Distrito Federal.

Ley de Tratamiento Médico para la Etapa Terminal del Distrito Federal.

Capítulo Primero

Disposiciones preliminares

Artículo 1º.- Esta ley es de orden público e interés social, tiene por objeto proteger la dignidad del enfermo en etapa terminal y para lo cual esta Ley regula el derecho de toda persona a otorgar disposiciones previsoras como una garantía para decidir respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer una enfermedad terminal, que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse ni gobernarse por sí, a efecto de que se le garantice el derecho a morir dignamente y se evite a su persona el ensañamiento médico y la obstinación terapéutica.

Artículo 2º.- Esta ley privilegia a la naturaleza y a la vida, reconoce el derecho de toda persona a la Ortotanasia, en donde se aceptan tratamientos médicos y ordinarios y proporcionados para enfrentar el padecimiento, es decir, la muerte a su tiempo; tiene por finalidad que la enfermedad incurable e irreversible siga su curso natural, paliando el dolor de forma mesurada, sin manipulaciones médicas innecesarias, evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanzas, inútiles y obstinadas, garantizando así al enfermo la asistencia hasta el final con el respeto que merece la dignidad de la persona.

Por lo tanto, esta ley tiene la finalidad de evitar mediante disposiciones previsoras, el ensañamiento terapéutico con el enfermo en estado terminal, renunciando al empleo de tratamientos médicos y extraordinarios y desproporcionados con los que se logra únicamente prolongar artificialmente la vida del paciente en situación precaria y penosa de existencia, sin posibilidades de curación.

Artículo 3º.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por:

I.- Documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal: es el otorgado de manera personal y libre por una persona mayor de 16 años con capacidad de ejercicio, por el cual da instrucciones respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer enfermedad terminal irreversible que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse y valerse por sí mismo, con el propósito de que se le garantice su derecho a morir dignamente y se evite en su persona el ensañamiento médico y la obstinación terapéutica. Este

documento será válido, siempre y cuando las instrucciones a ejecutar se den conforme a la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada, desde el punto de vista médico y de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud, debiendo el otorgante designar a un representante y a sus sustitutos para que haga valer su voluntad y decida en su nombre, cuando él ya no lo pueda hacer. Este documento solo puede ser otorgado ante notario u otorgado en los formatos que emita la Secretaria de Salud del Distrito Federal y conforme a las formalidades correspondientes según corresponda.

II.- Certificado Médico o certificación médica: Es la declaración escrita, de un médico titulado y con cedula profesional, en la que certifica en un momento determinado, el estado de salud de una persona y autorizado dicho certificado por la institución médica responsable.

III.- Ensañamiento terapéutico: La aplicación de tratamientos inútiles; o, si son útiles, desproporcionadamente molestos y costosos para el resultado que se espera de ellos.

IV.- Enfermedad Terminal: Todo padecimiento o falla orgánica múltiple producto de una enfermedad o accidente reconocida, progresiva, irreversible, degenerativa e incurable que se encuentra en estado avanzado con imposibilidad real de respuesta a tratamiento específico, en el que existe certeza de muerte inminente; provocando en aquellas personas que la padecen, que por ningún mecanismo de la ciencia se puedan recobrar las capacidades físicas, orgánicas, intelectuales, cerebrales, afectivas o de relación;

V.- Eutanasia: Acto a través del cual se acaba con la vida de una persona, a petición suya o de un tercero cercano, con el fin de eliminar su sufrimiento esta puede ser activa o pasiva:

a).- Eutanasia pasiva: conocida popularmente como desconectar, es interrumpir el funcionamiento del equipo de mantenimiento de vida sin el cual no podemos vivir. La eutanasia pasiva solo elimina artificios para que la naturaleza tome su curso normal hacia la muerte.

b) Eutanasia activa significa tomar medidas para poner fin a la vida, como en el suicidio por si mismo o alternativamente con la asistencia de otra persona, lo cual se denomina suicidio asistido. En la eutanasia activa el tiempo que separa al paciente de la muerte es generalmente más corto que el que la naturaleza le habría concedido.

Para efectos de esta ley no se permite la eutanasia.

VI.- Medicina Paliativa: El estudio y manejo de pacientes con enfermedad terminal cuyo objetivo es conseguir la mejor calidad de vida posible hasta su muerte, controlando el dolor y los demás síntomas, mediante la aplicación de fármacos; así como de las condiciones básicas de hidratación, higiene, oxigenación y nutrición, apoyando emocionalmente al paciente y su familia con un objetivo final, el bienestar y la calidad de vida;

VII.- Médico Responsable: El profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia clínica del paciente en enfermedad terminal, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales;

VIII.- Ortotanasia: La defensa del derecho a morir dignamente, sin el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para el mantenimiento de la vida, dejando que la muerte llegue en enfermedades incurables y terminales, tratándolas con los máximos tratamientos paliativos que disminuyen el sufrimiento o lo hacen tolerable, de apoyo emocional y espiritual, para evitar sufrimientos, recurriendo a medidas razonables.

IX.- Enfermo en Etapa Terminal: La persona a la que le haya sido diagnosticada alguna enfermedad terminal cuyo tratamiento no puede ser curativo, sino solamente paliativo, y tenga la muerte como consecuencia inminente de la enfermedad;

X.- Registro: El Registro de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal bajo el resguardo de la Coordinación especializada;

XI.- Representante o tutor: el designado por el otorgante del documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, responsable de hacer valer la voluntad del otorgante descrita en el documento, ante la Institución Médica.

XII.- Secretaría: La Secretaría de Salud del Distrito Federal;

XIII.- Institución Médica: La unidad asistencial, pública, privada o social con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal calificado para llevar a cabo el tratamiento médico de enfermedad terminal y el cumplimiento de los documentos de decisión de tratamientos médicos para la etapa terminal.

XIV.- Otorgante: La persona que otorgó el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

XV.- Coordinación Especializada.- La Coordinación Especializada adscrita a la Secretaría.

Artículo 4º.- En lo no previsto en la presente Ley se aplicara de manera supletoria lo dispuesto en la Ley de Salud, el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, la Ley de las Notariado y demás leyes que pudieren corresponder todas del Distrito Federal.

Capítulo Segundo

Forma y requisitos del documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

Artículo 5º.- El Documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, es el otorgado ante notario en escritura pública o el otorgado en formato que emite la Secretaria, conforme a las disposiciones que establezca esta Ley, el Código Civil del Distrito Federal, La Ley del Notariado del Distrito Federal y Leyes supletorias que pudieren corresponder respectivamente.

El otorgamiento de documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal será mediante formato que emite la Secretaria de Salud, lo otorgara el enfermo en etapa terminal asistido de la Institución Médica a través del médico responsable y ante dos testigos que no pueden ser personal de la Institución Médica, el médico responsable manifestará que le proporcionó al otorgante la información y asistencia requerida para el otorgamiento y los testigos manifestaran que a juicio de ellos el otorgante se encontraba con pleno goce de sus facultades mentales; firmando todos el formato.

Cuando el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal se realice ante notario, éste, observará las disposiciones de tutela voluntaria referentes a decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, además de observar las formalidades o requisitos que esta Ley le imponga.

Artículo 6º.- La persona que otorgue documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, sea ante notario o en formato que emita la Secretaria podrá dictar en él, las instrucciones que deberán respetarse en el caso de que se ubique en una enfermedad terminal, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes:

I.- Que no se le apliquen medios extraordinarios, agresivos y desproporcionados surgidos de medidas diagnósticas heroicas, pruebas e investigaciones que no son necesarias que sobran o están de más, cuando se encuentre en una enfermedad terminal e incurable y sólo prolonguen artificialmente su vida, donde el estado de inconciencia del enfermo se juzgue irreversible o no exista ninguna expectativa razonable de recuperar la salud;

II.- Que se proteja su derecho a morir humanamente y con dignidad, debiendo ocuparse el médico o el equipo sanitario a aliviar los dolores físicos y morales, manteniendo en todo lo posible su calidad de vida, evitando emprender o continuar acciones terapéuticas o quirúrgicas sin esperanza, inútiles y obstinadas, evitando, en todo momento, el ensañamiento terapéutico;

III.- Que se le practiquen todos los cuidados de la enfermedad terminal, siempre que éstos vayan encaminados en su beneficio, optándose por medios paliativos y no tratamientos quirúrgicos o terapéuticos con los que se logre únicamente prolongar artificialmente su vida, en situación desproporcionada, precaria y penosa de existencia sin posibilidades de curación;

IV.- Que se le brinde asistencia humanística y espiritual y se le respete el derecho de estar debidamente informado de su padecimiento, así como el derecho de la elección del tratamiento y todo aquello que tiene que ver con la ética del tratamiento del dolor y el empleo de los medios terapéuticos proporcionados y ordinarios;

V.- Que se vele y garantice la protección, su bienestar mental, físico y moral durante su enfermedad terminal;

VI.- Que se le practique cualquier cuidado requerido para su estado de salud, siempre que tal cuidado sea beneficioso, a pesar de la gravedad y la permanencia de alguno de sus efectos y sea recomendable a sus circunstancias y que los riesgos implicados no sean desproporcionados a la ventaja que se anticipa; y

VII.- Que se respete la Institución de Salud y el médico que eligió, para llevar su expediente y diagnosticar su estado de salud y su tratamiento correspondiente.

VIII.- Las instrucciones y facultades que se consignent en el documento de disposiciones previsoras serán válidas, siempre y cuando no contravengan la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada, desde el punto de vista médico y de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud, y que en ellas no se proponga o autorice la eutanasia. Las instrucciones emitidas deberán enmarcarse dentro del concepto de la Ortotanasia.

IX.- También se tendrán por no puestas las instrucciones relativas a las intervenciones médicas que el interesado desea recibir, cuando resulten contraindicadas para su patología; en tal sentido debe reconocerse el derecho de autonomía del equipo de salud. Las contraindicaciones deberán figurar anotadas y motivadas en la historia clínica del paciente.

Artículo 7º.- El documento ya sea otorgado ante notario o ante personal de salud mediante formato que emite la Secretaría; entre otros requisitos que establece la presente Ley deberá contener:

I.- Los datos generales del representante y los sustitutos así como sus teléfonos, correos electrónicos o cualquier otro medio por el que se pueda tener comunicación con ellos e informarle que su representado ha caído en una enfermedad de etapa terminal. El médico responsable, la Coordinación Especializada o cualquier otra persona que tenga un interés legítimo o no, podrá informarle al representante para que este ejecute la decisión de su representado; esto no exime al representante de estar pendiente y acudir a la institución a ejecutar su cargo sin necesidad de que sea informado por las personas antes mencionadas.

II.- El formato que emita la Secretaría además deberá contener:

a).- El número de control que le asigne la Coordinación Especializada para su registro; datos que permitan identificar a la Institución de Salud que este atendiendo al enfermo, datos generales del enfermo en etapa terminal, número de expediente clínico y número de certificado médico por el que se diagnosticó en etapa terminal;

b).- Debe contener los siguientes apartados para que según sea el caso se llenen, un apartado para el otorgamiento, uno de modificación, uno de revocación, uno para datos de los representantes y sustitutos designados, uno para cuando el otorgante no sea el enfermo en etapa terminal de acuerdo a los casos previstos por el artículo 18 y 19 de esta ley.

c).- Los demás datos o apartados que la Secretaría de Salud crea convenientes

Capítulo tercero

Del representante

Artículo 8º.- Para que el representante del enfermo en etapa terminal pueda ejecutar la decisión del enfermo en etapa terminal, debe haber sido designado en el documento otorgado ante notario o en formato que emite la Secretaría de acuerdo a las demás formalidades establecidas y basta solo la designación indicada sin necesidad de discernimiento del cargo.

El interesado en regular su decisión de tratamiento médico para la etapa terminal al otorgar el documento, deberá designar a un representante y a sus sustitutos para que ejecuten su decisión en términos del documento.

El representante puede ser cualquier persona mayor de edad, tenga o no algún vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, quien actuará con el médico o el equipo sanitario a efecto de asegurar la aplicación o interpretación de las instrucciones consignadas en el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, así como también sobre los criterios médicos y los principios expresados.

El representante entrara en función del cargo conferido cuando el enfermo en etapa terminal de manera inequívoca no pueda manifestar su voluntad o ejecutar por sí mismo su voluntad; previo a que el médico tratante le haya exhibido el expediente clínico y el certificado médico del enfermo en etapa terminal.

Si el otorgante nombró a varios representantes, desempeñará la representación el primero de los nombrados, a quien substituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa, no aceptación o relevo del cargo.

No será necesario que el o los representantes designados acepten la representación en el mismo momento del otorgamiento del documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, ya que se entenderá por aceptada al ejercer la misma. Pero de preferencia el otorgante deberá acudir con la persona que designara como su representante para que manifieste su aceptación.

En el caso de que la persona que otorgo decisión de tratamiento médico para la etapa terminal solo haya nombrado un representante y éste hubiere aceptado el cargo al momento del otorgamiento o posteriormente, si quisiera renunciar a su cargo, tendrá que dar informe por escrito privado firmado por dos testigos, a la persona que lo designo, para que está se encuentre en aptitud de designar nuevo representante, si así lo desea.

Cuando el otorgante se encuentre en estado de incapacidad mental al momento de que el representante presente su renuncia, éste ultimo inmediatamente deberá informar de dicha circunstancia a los familiares más cercanos del otorgante, a fin de que éstos últimos garanticen la precisa aplicación o interpretación de las instrucciones consignadas en el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal. Así mismo, el representante dará aviso de su renuncia a la Coordinación Especializada, para los efectos correspondientes.

Cuando el otorgante se encuentre en estado de incapacidad mental y además se encuentre en etapa terminal, el representante que haya aceptado el cargo en este caso no puede renunciar, solamente podrá renunciar con autorización de la Coordinación Especializada la cual deberá designar una persona profesional y

capacitada que sustituya al representante, siempre y cuando la Coordinación Especializada juzgue que la causa expuesta por el representante lo amerita.

Cuando el representante no cumpla con las obligaciones contraídas en el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, será sujeto a las responsabilidades establecidas en el Código Civil del Distrito Federal.

Capítulo cuarto

Guarda, destino, modificación y revocación del documentó.

Artículo 9º.- La Institución médica que intervenga en el otorgamiento, modificación o revocación de un documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, deberá expedirlo por cuádruplicado o fin de que uno sea conservado por el otorgante, uno sea entregado a su representante, uno se conserve en el expediente clínico del enfermo y otro sea entregado a la Coordinación Especializada.

El formato enviado a la Coordinación Especializada debe ser dentro del término de 48 horas deberá anexar una copia certificada por la Institución Médica del certificado médico del enfermo en etapa terminal y recabara la constancia correspondiente.

Artículo 10.- El enfermo en etapa terminal que suscribió documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal mediante formato que emite la Secretaria, tiene el derecho a modificarlo o revocarlo en cualquier momento con las mismas formalidades que para el otorgamiento requirió. Incluso puede revocar o modificar mediante esta formalidad el documento suscrito ante notario como excepción, debido a encontrarse en etapa terminal.

El otorgamiento de un nuevo documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, ante notario o mediante formato que emite la Secretaria revocará los anteriores.

Capítulo quinto

Casos de discapacidad para el otorgamiento

Artículo 11.-. Cuando el otorgante de documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, sea sordo, ciego, no sepa o no pueda firmar, si el otorgamiento es ante notario, el notario actuara conforme lo establezca el Código Civil del Distrito Federal y/o la Ley del Notariado del Distrito Federal, y si la suscripción del documento es mediante formato que emite la Secretaría se observará lo siguiente:

I.- Cuando el otorgante sea sordo, pero sepa leer, deberá dar lectura al contenido del documento; si no supiere o no pudiere hacerlo, se designará a un intérprete autorizado por la Institución Médica, para que lo lea por él y le dé a conocer su contenido a efecto de que se imponga del texto del documento y de sus consecuencias legales. El intérprete firmará el formato y se hará constar esta circunstancia;

II.- Cuando el otorgante no pueda o no sepa firmar, imprimirá su huella digital y, además, firmará por él la persona que para el caso designe. La huella digital que deberá imprimirse será la del dedo índice de cualquiera de sus manos.

Capítulo sexto

Del registro de documentos de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal

Artículo 12.- El registro de documentos de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, estará a cargo de la Coordinación Especializada, la cual tendrá la custodia, conservación de los documentos que se otorguen, modifiquen o revoquen y rendirá los informes o copias certificadas en su caso sobre los mismos.

Artículo 13.- Cuando se preste atención médica a una persona que se ubique en enfermedad terminal, los profesionales médicos responsables consultarán si existe o no en el expediente del paciente o en el Registro de la Coordinación Especializada, constancia del otorgamiento de documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal y, en caso positivo, obtendrán copia certificada del documento. Si el enfermo en etapa terminal se encuentra en condiciones de ejecutar su voluntad el médico tratante una vez obtenida la copia certificada le comunicará, si no desea revocarlo o modificarlo y si no lo desea ejecutará la decisión del enfermo en los términos del documentó. Si el enfermo se encuentra incapacitado el médico tratante ejecutará inmediatamente los términos del documento se encuentre el representante o no ya que es obligación de este último velar y estar al tanto de su representado.

Sin menoscabo de lo dispuesto en el párrafo anterior, el representante estará obligado a enterar y hacer valer los términos expresados en el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal, ante la Institución Médica donde se atiende a su representado.

Capítulo séptimo

Incumplimiento de las disposiciones previsoras

Artículo 14.- El médico y la institución de salud que atienda al paciente en estado terminal, cumplirán cabalmente la voluntad expresada por el otorgante conforme al documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal.

El médico responsable a cargo de ejecutar la decisión de tratamiento médico para la etapa terminal del enfermo cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones podrá ser objetor de conciencia y por tal razón tienen el derecho de excusarse de intervenir en el tratamiento.

Artículo 15.- El incumplimiento de las disposiciones de esta ley por parte de los médicos o instituciones de servicios de salud a cargo del cuidado de los enfermos terminales, los hace responsables de indemnizar daños y perjuicios a las personas que afecten con su conducta, independientemente de las demás sanciones que impongan otras leyes.

Artículo 16.- En caso de que el otorgante sea una mujer embarazada y, bajo ese estado sufriera de una enfermedad terminal, las disposiciones contenidas en el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal serán aplicables considerando en suprema importancia la preservación de la vida del ser en gestación.

Artículo 17.- La presente ley bajo ninguna condición, regula o autoriza la práctica de la eutanasia.

Capítulo octavo

Decisión legítima de tratamiento médico para la etapa terminal

Artículo 18.- Pueden suscribir el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal mediante el formato que emite la Secretaría, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad y no haya otorgado documento de decisión, atendiendo el siguiente orden de prelación

I.- El o la cónyuge;

II.- El o la concubina;

III.- Los hijos mayores de edad, consanguíneos o adoptados;

IV.- Los nietos mayores de edad;

V.- Los hermanos mayores de edad;

La persona que suscriba el documento en estos términos fungirá como representante del enfermo en etapa terminal.

Artículo 19.- Pueden suscribir el documento de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal mediante el formato que emite la Secretaria cuando el enfermo en etapa terminal sea menor de 16 años edad o incapaz legalmente declarado y atendiendo el siguiente orden de prelación

I.- Los padres o adoptantes;

II.- Las personas que ejerzan la patria potestad o tutela;

III.- Los hermanos mayores de edad;

La persona que suscriba el documento en estos términos fungirá como representante del enfermo en etapa terminal.

Capítulo noveno

De la Coordinación Especializada

Artículo 20.- La Coordinación Especializada tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

I.- Velar por el cumplimiento de los documentos de decisión de tratamiento para la etapa terminal, supervisar que la Institución Médica cumpla con proporcionar el tratamiento médico que el enfermo estableció para su etapa terminal; así como supervisar la actividad del representante del enfermo.

II.- Recibir, archivar y resguardar los documentos de decisión de tratamiento para la etapa terminal; así como proporcionar los informes y expedir las copias certificadas de los mismos en un término menor a tres días hábiles.

III.- Las demás que le imponga la presente Ley o leyes supletorias.

Artículo 21.- Para el eficaz cumplimiento de esta ley la Secretaria de Salud, la Coordinación Especializada, las Instituciones de Salud, y demás órganos que intervengan en materia de decisión de tratamiento médico para la etapa terminal podrán implementar, complementar, integrar etc., reglamentos internos de funcionamiento, políticas, áreas de tratamiento médico etc. y además que en su caso, pueden coordinarse unos con otros; siempre y cuando no contravengan ni afecten lo establecido en esta Ley.

Conclusiones

De acuerdo con lo que establecí en los cuatro capítulos del presente trabajo y de haber estudiado el tema considero que es adecuado concluir lo siguiente:

Primero.- Es plausible ver que nuestro ordenamiento jurídico va evolucionando cada día más, incorporando nuevas figuras jurídicas que en un lugar y un tiempo determinados va requiriendo la sociedad, de acuerdo con las nuevas necesidades que se presentan y que son merecedoras de la protección jurídica.

Segundo.- También es digno de reconocimiento y agradecimiento a los distintos estudiosos del Derecho entre los que podemos mencionar a Fernando Antonio Cárdenas González, Eduardo García Villegas, Tomas Lozano Molina, Carlos Efrén Rendón Ugalde, José Mejías Quiroz, entre otros quienes doctrinalmente hicieron distintos estudios sobre tutela voluntaria y voluntad anticipada y que por fin rindieron fruto en nuestro sistema jurídico para el Distrito Federal, entre otros Estados.

Tercero.- La incapacidad mental, la cual trae aparejada la incapacidad de ejercicio sea esta natural o legal, ha existido como lo vimos en el capítulo de antecedentes desde el derecho romano hasta la actualidad y el Estado siempre ha protegido por diversos medios jurídicos a las personas que se encuentran en algún supuesto de incapacidad a fin de que tanto su persona como sus bienes patrimoniales queden tutelados.

Cuarto.- La protección o la tutela que ha brindado el Estado a las personas incapacitadas y a sus bienes siempre había sido legítima en oposición a voluntaria; y en la actualidad como lo vemos es permitido autorregular la propia incapacidad.

Quinto.- La protección sobre la incapacidad solo era respecto al cuidado de la persona y sus bienes, pero el avance de la medicina, la tecnología y con ello la creación de nuevos aparatos médicos ha llevado a los ordenamientos jurídicos regular en materia de salud y tratamientos médicos y entre los principios médicos fundamentales se encuentran el llevar a cabo todos los medios médicos posibles incluso los extraordinarios para salvar la vida de una persona y no dejarla morir aun cuando ya se haya diagnosticado en etapa terminal, es decir, que los avances médicos han ido más allá de los tratamientos médicos naturales, lo cual ha llevado a la obstinación terapéutica y el ensañamiento clínico, menoscabando la dignidad de la persona y su patrimonio ya que estos tratamientos médicos además son caros y costosos. Lo cual llevo a distintos ordenamientos jurídicos permitir a una persona, a su tutor o sus familiares decidir los tratamientos médicos que desee

recibir o que deseen que reciba su familiar o tutelado a fin de evitar tratamientos dolorosos y obstinados que solo producen un ensañamiento clínico y no garantizan la curación del enfermo. Motivo de lo anterior ha generado que la autorregulación de la propia incapacidad no sea solo respecto del cuidado de la persona y la administración de los bienes sino que incluso la autorregulación de la propia incapacidad hoy en día es incluso sobre el tratamiento médico que desees recibir.

Sexto.- Como lo establecí en los cinco puntos anteriores nuestro derecho en cuanto a incapacidad jurídica y autonomía de la voluntad merece un aplauso; el único punto que me preocupa, es que haya muy poco estudio y poca dedicación, por parte de nuestro órgano legislativo al crear una Ley, lo cual conllevó que al regular las figuras objeto de nuestro estudio se crearan burocracias innecesarias, además de que se podía haber implementado más puntos como la tutela plural y otros aspectos, tal y como quedo asentado en el presente trabajo.

Séptimo.- Considero que es necesario seguir observando las necesidades que van surgiendo y que implican regular, reformar o derogar disposiciones legales; a fin de proteger a las personas, haciéndolo de una manera flexible tanto en lo jurídico como en lo económico, sin crear burocracias que lo único que hacen que la nueva regulación sea derecho inaplicable.

Octavo.- Por último considero que es deber de los estudiosos del derecho seguir haciendo aportaciones que mejoren nuestro sistema jurídico, que nos beneficien en el ámbito nacional, como en las relaciones jurídicas con la comunidad internacional independientemente de que lleguen a ser tomadas en cuenta o no, tal y como paso con la tutela cautelar y la voluntad anticipada que después de varios estudios y propuestas por fin rindieron fruto y hoy forman parte de nuestro derecho vigente.

Bibliografía

Libros consultados

Asprón Pelayo, Juan Manuel, Sucesiones, 3ª. Ed., Editorial Mc Graw Hill, México 2008.

Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 5ª. ed., Editorial Oxford, México 1999.

Bonnetcase, Julien, Elementos de Derecho Civil, ts. I, Trad. Esp. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985.

Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las obligaciones, 20ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2006.

Cárdenas González, Fernando Antonio, Incapacidad, 3ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Derecho Civil Familia, 1ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 11ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

Fernández G, Luis. Diccionario Enciclopédico Universal, 1ª. ed., Fernández Editores, México, 1976.

Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano, 26ª. ed., Editorial Esfinge, México, 2007.

García Villegas, Eduardo, La Tutela de la Propia Incapacidad, 2ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

Magaña Méndez, Agustín, Sagrada Biblia, Traducción, 104ª. ed., Editorial Ediciones Paulinas, México 2002.

Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Divorcio, Filiación, Incapacidades, tr. José M. Cajica Jr., 12ª. ed., José M. Cajica Jr., México, 1946.

Mejías Quiroz, José J., Dignidad del Hombre ante la Muerte, Suplemento Humana lura de Derechos Humanos, España, 1994.

Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, 40ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2007.

Rendón Ugalde, Carlos Efrén, La Tutela, 1ª. ed., Editorial Porrúa México, 2001.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 12ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

Publicaciones de internet

Salud.es, pagina <http://www.salud.es/demencia-senil> consultada el 15/03/2013.

Diccionario de la Real Academia Española, pagina <http://lema.rae.es/drae/>. Consultada el 15/03/2013.

Speech-language-hearing Association (asha), pagina <http://www.asha.org/public/speech/disorders/huntington.htm>. Consultada el 15/03/2013.

Definición. De Dignidad, página <http://definicion.de/dignidad/>. Consultada el 19/03/2013.

Otras fuentes.

Bazúa Witte, Alfredo, Los Derechos de la Personalidad, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2005.

García Villegas, Eduardo, La tutela de la Propia Incapacidad, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2006.

Lozano Molina Tomás, Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 2008.

Arce Gargollo, Javier, Aspectos prácticos en la elaboración de testamentos, Conferencia Magistral dictada en la Ciudad de México, el 13 de Mayo del 2006.

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Ley del Notariado del Distrito Federal

Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal

Reglamentó de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal