

212
Ley

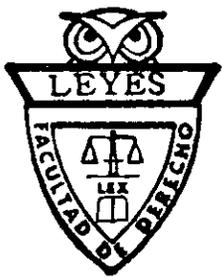


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“PREVENCION LEGAL DE LA INCAPACIDAD
EN LA PERSONA FISICA”

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
EDITH ADRIANA GONZALEZ PARDO



ASESORA: LIC. SARA ARELLANO PALAFOX

MEXICO, D. F.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

270160



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO:
CON EL ORGULLO DE HABERME
FORMADO EN ELLA.**

**A MI ASESORA LIC. SARA
ARELLANO PALAFOX:
POR SU AMISTAD Y APOYO.**

A MI ESPOSO:
GRACIAS POR TU GRAN APOYO.

**A MIS HIJAS ADRIANA, MARIA
FERNANDA Y TABATHA:**
SU TERNURA Y CARIÑO ME
MOTIVARON PARA SEGUIR
ADELANTE.

PARA MIS PAPAS:
LO PROMETIDO ES DEUDA. YA CUMPLI.

"PREVENCIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD EN LA PERSONA FÍSICA"

1.- INTRODUCCIÓN	4
2.- ANÁLISIS DEL PROBLEMA DE LA FALTA DE NORMATIVIDAD PARA LA PREVENCIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD	8
2.1.- LOS AVANCES DE LA MEDICINA Y LA LONGEVIDAD	8
2.2.- LA INCAPACIDAD GENERAL DE LA PERSONA FÍSICA Y LOS ACTUALES RÉGIMENES DE PROTECCIÓN.	9
2.3.- TESTAMENTO VITAL O "LIVING WILL"	12
2.4.- VACÍO INSTITUCIONAL	18
3.- RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL MAYOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	22
3.1.- CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO	22
3.2.- INCAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS MAYORES DE EDAD	25
3.3.- LA TUTELA	33
3.4.- LA CURATELA	51
3.5.- PRUEBAS EN EL JUICIO DE INTERDICCIÓN	53
4.- SOLUCIONES INDIRECTAS DEL PROBLEMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN VIGENTE.	57
4.1.- EL FIDEICOMISO	57
4.2.- PODER Y MANDATO	60

4.3.- LA RENTA VITALICIA	64
4.4.- DONACION CON CARGA	69
4.5.- CONSIDERACIONES ACERCA DE ESTAS FIGURAS JURIDICAS	74
5.- PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES A NUESTRO SISTEMA CIVIL	76
5.1.- DERECHO DE LA PERSONA PARA IMPARTIR INSTRUCCIONES PRECISAS PARA EL CASO DE INCAPACIDAD FUTURA	76
5.2.- DESIGNACION DEL TUTOR ESPECIAL	81
5.3.- PODER DE AUTOPROTECCION	86
5.4.- INSTRUCCIONES A LOS MEDICOS SOBRE EL DESARROLLO DEL "LIVING WILL"	89
5.5.- SUGERENCIA DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL	92
6.- CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	103

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema legal ha establecido un régimen de protección para los menores y para los mayores de edad incapacitados, estableciendo normas de orden público que tienden sobre todo al cuidado de la persona y del patrimonio. Sin embargo, esas normas no contemplan actualmente la posibilidad de que una persona enteramente capaz pueda dictar instrucciones respecto al manejo de su patrimonio y de su persona en caso de una futura incapacidad.

Ese es el tema de esta tesis, proponer reformas legales para el efecto de que una persona capaz pueda prever para su incapacidad un régimen de protección a su medida, debidamente personalizado y que resuelva todas las inquietudes personales que una persona capaz quiera dejar debidamente arregladas y determinadas para el supuesto de que llegue a caer en estado de incapacidad.

Y es que actualmente, existe un profundo vacío legal entre la caducidad obligatoria del poder por incapacidad del poderdante y la imposibilidad jurídica de que en un testamento se dicten disposiciones aplicables durante la vida del testador, ya que el testamento sólo produce efectos después de la muerte del testador ¹.

¹ Salvo el reconocimiento de hijo, realizado en un testamento, el cual es irrevocable, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 387 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. En lo sucesivo siempre que me refiera al Código Civil se tratará del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Así también, el artículo 475 del mismo ordenamiento establece que el padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. El mismo derecho se le reconoce a la madre.

En la misma situación, el adoptante puede nombrar tutor testamentario a su menor hijo adoptivo (artículo 481 del Código Civil vigente en el Distrito Federal).

En materia procesal el menor de edad mayor de dieciséis años, puede oponerse al nombramiento de tutor hecho por quien no fue su ascendiente y le haya instituido heredero o legatario (artículo 907 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Este es un precedente normativo en donde se toma en consideración la voluntad del sujeto a tutela y por eso se le permite la oposición al nombramiento de tutor. A mayor abundamiento, nuestra Ley debe permitir que una persona capaz pueda decidir quién será su tutor en caso de que llegue a necesitarlo.

En consecuencia, si una persona puede nombrar tutores para sus hijos menores de edad o para sus hijos mayores sujetos a interdicción, ¿Por qué a él mismo no se le concede el derecho para designar su tutor para el caso de su propia incapacidad?.

Para llenar ese vacío legal es que en el presente trabajo, entre otras, se hacen propuestas para el efecto de que una persona capaz pueda designar su propio tutor, sin que necesariamente sean sus parientes, como establecen los artículos 486 a 490 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, ya

que es necesario reconocer que actualmente se vive un proceso de desintegración familiar y muchas veces, si un incapaz hubiera podido designar su tutor, seguramente no lo hubiera hecho en favor de su cónyuge, de sus hijos mayores de edad o de los demás parientes mencionados en las normas invocadas.

Además, muchas veces las personas llamadas por la Ley para ejercer el cargo de tutela legítima de los mayores de edad incapacitados, no tienen los conocimientos o habilidades necesarias para continuar con los negocios del mayor de edad que ha caído en estado de incapacidad, y por tanto, sería prudente que él pudiera tener el derecho de nombrar un apoderado para que atendiera todo lo relacionado con su patrimonio, de acuerdo con las instrucciones precisas dadas por el poderdante, precisamente para el caso de su propia incapacidad.

También, en este trabajo se proponen reformas para el efecto de que una persona capaz pueda dar instrucciones a los médicos respecto a los tratamientos que en su caso le sean aplicables con motivo de alguna enfermedad incurable para el efecto de que no se le prolongue artificialmente la vida y se le dé el derecho a tener una muerte digna, o inclusive, para el efecto de que no se le practique una operación quirúrgica si lleva el riesgo de acelerar la muerte.

En fin, el motivo de este trabajo es reconocer el derecho que todo ser humano tiene en ejercicio de su libertad, de dictar disposiciones que lo protejan en su persona y en su patrimonio para el caso de una futura incapacidad ya sea por enfermedad, accidente o la simple vejez, y además

que esas disposiciones sean reconocidas con fuerza vinculativa por nuestro sistema legal, de tal manera que no queden en simples recomendaciones como acontece actualmente.

CAPITULO SEGUNDO

ANÁLISIS DEL PROBLEMA DE LA FALTA DE NORMATIVIDAD PARA LA PREVENCIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD

2.1 LOS AVANCES DE LA MEDICINA Y LA LONGEVIDAD

Hasta el siglo XIX los problemas sanitarios con motivo de infecciones generaban epidemias incontrolables que daban como resultado que el promedio de vida del ser humano fuera más corto.

Sin embargo, con el avance de la medicina se han ido venciendo esas enfermedades y ahora es posible contar con vacunas para prevenirlas e inclusive con antibióticos como la penicilina y sus derivados con las cuales ha sido posible combatirlas, dando como resultado una mayor longevidad.

Este avance de la ciencia también ha generado el problema de que aún cuando se vive más, muchas veces la calidad de vida no es la adecuada ya que empiezan a surgir los problemas propios de la senilidad tales como problemas de motricidad y deterioros psíquicos que muchas veces llegan a conductas similares a la demencia. Este es el reto de la medicina actual, prolongar la vida pero con calidad de vida.

Estas enfermedades propias de la vejez como la demencia senil o "Alzheimer", e inclusive el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida "SIDA" han creado la necesidad de que una persona ante el temor de los síntomas de esas enfermedades, requiera prever respecto al cuidado de su persona y su patrimonio para el supuesto de que llegue a caer en estado de

incapacidad, máxime que actualmente es posible diagnosticar que en un futuro más o menos próximo una persona podrá verse privada de la lucidez necesaria para decidir sobre sus asuntos personales.

Y es precisamente en las personas de edad avanzada en las cuales con mayor frecuencia se presenta la inquietud anterior, ya que muchas veces carecen de parientes de su confianza que puedan representarias conforme a la Ley, la cual fue elaborada en una época en que no se presentaban los graves problemas de desintegración familiar actual y se tenía confianza en el cuidado de los familiares.

Por ello es necesario resolver el problema que se plantea, para que se puedan dictar medidas preventivas respecto al cuidado de la persona y el patrimonio, máxime que las personas de mayor edad son las que generalmente tienen un mayor patrimonio que necesita ser correctamente administrado.

2.2 LA INCAPACIDAD GENERAL DE LA PERSONA FÍSICA Y LOS ACTUALES REGÍMENES DE PROTECCIÓN

Nuestro Código Civil en el artículo 450, que es una norma de orden público, regula expresamente quienes tienen incapacidad y a la letra dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

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

En consecuencia los mayores de edad a que se refiere la fracción segunda del artículo antes transcrito, deben ser declarados judicialmente interdictos, ya que de lo contrario ha de prevalecer la presunción general de capacidad.

En el caso que nos ocupa, cuando las personas llegan a una incapacidad por enfermedad, accidente o vejez, nuestra legislación establece el régimen de protección de la tutela, que obliga al incapaz a vivir bajo el cuidado de un tutor designado por el Juez conforme a las normas de la tutela legítima o a su falta conforme a las normas de la tutela dática, (que serán estudiadas en el próximo capítulo) sin que el Juez tenga presente los deseos del incapaz respecto a sus preferencias e intereses.

Por esa razón, muchas veces en la práctica, aún cuando se sepa que una persona mayor de edad se encuentra disminuida o perturbada en su inteligencia, sus familiares no inician el procedimiento judicial para la declaratoria de incapacidad, y si acaso dicha persona hubiere designado apoderado, éste continúa actuando haciendo un uso abusivo del poder.

El artículo 2595 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece en lo conducente lo siguiente:

“ El mandato termina:

III.- Por la muerte del mandante o del mandatario;

IV.- Por la interdicción de uno u otro;...”

De dicha norma se desprende que en el caso que se comenta el poder queda extinguido de pleno derecho por la incapacidad del poderdante declarada judicialmente y como no le dan trámite al procedimiento de interdicción, el apoderado continúa actuando haciendo un uso abusivo del poder, máxime que el poderdante ya no está en condiciones de poderle exigir la rendición de cuentas correspondientes.

E inclusive, esos apoderados llegan al extremo de disponer de los bienes que son patrimonio de su poderdante, cuando en la realidad éste ya se encuentra en los supuestos a que se refiere la fracción segunda del artículo 450 antes transcrito, llegando a declarar conforme al artículo 65 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que sus representados tienen capacidad legal y que la representación que ostentan no les ha sido revocada ni limitada. En este supuesto, cuando el Notario tenga conocimiento que el poderdante ha caído en alguno de los supuestos a que se refiere la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil pero que no se ha declarado judicialmente la interdicción, debe abstenerse de autorizar cualquier escritura que quiera firmar su apoderado en ejercicio de dicho poder ya que conforme a la fracción V del artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, queda prohibido a los notarios ejercer sus funciones si el objeto o fin del acto

es contrario a la Ley o a las buenas costumbres, y por tanto, debe asesorar al apoderado para que se inicie el procedimiento de interdicción correspondiente.

Precisamente por esas circunstancias es que se propone que una persona capaz pueda designar el apoderado que libremente elija para el efecto de que lo represente para el caso de una eventual y futura incapacidad.

Los actuales regímenes de protección al mayor de edad incapaz no toman en cuenta la expresión de voluntad que se hubiere dado cuando se era capaz, y por tanto, atentan contra la libertad de la persona y el principio de la autonomía de la voluntad, pues el más interesado en dictar las instrucciones más adecuadas es el propio interesado.

2.3.- TESTAMENTO VITAL O "LIVING WILL"

Como consecuencia de los avances médicos de los últimos veinte años, con frecuencia se dan casos de personas que para sobrevivir se encuentran conectadas a máquinas, que lo único que logran es prolongar la agonía de las personas que ya se sabe que no tienen posibilidades de curación.

Ante esa circunstancia en los Estados Unidos de América las personas empezaron a dictar instrucciones para los médicos que serían aplicables en el caso futuro de que cayeran en estado de incapacidad y no pudieran decidir en ese momento sobre los tratamientos médicos que se les aplicarían, y sobre todo, esas instrucciones generalmente se refieren a tratar de impedir

el que se les prolongue artificialmente la vida, pues según se ha establecido en la doctrina de ese país, todas las personas tienen derecho a una muerte digna y en consecuencia deben tomarse en consideración las instrucciones médicas que hayan dictado en estado de capacidad.

De esa manera fue evolucionando el Living Will o Testamento Vital, o sea, el otorgamiento de un acto jurídico unilateral en el que, siendo capaz, la persona decide sobre los tratamientos médicos que desea que se le apliquen, o en su caso los que no desea recibir, en el supuesto de que llegue a un estado de incapacidad.

Los autores argentinos Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, señalan los siguientes casos como antecedentes del Living Will en el Derecho Norteamericano:²

"1) Caso "Cruzan". En el caso "Cruzan", la Suprema Corte de Justicia de ese país conoció en grado de apelación, en el primer caso, sobre el derecho a morir como expresión del derecho a la vida. Fue en ese caso que se estableció que toda persona tiene derecho a decidir sobre su salud y sobre el uso o no de tratamientos artificiales para mantener la vida. Sostuvo que desconocer ese derecho significaría una invasión a la libertad individual, principio de raigambre constitucional; pero, a su vez, reconoció el alto tribunal de la sociedad y, por ende, cada Estado, como defensor de la vida humana, tiene derecho a exigir que tal voluntad le sea clara y convincentemente manifestada por el paciente - en el momento- o con anterioridad (living will), o

² Nelly A Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, *Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996. página 51.

por otra persona designada válidamente por dicho paciente, o sea, cuando era capaz (*durable power of attorney for health care*). Fue categórica al afirmar que desconocer tales instrucciones, cualesquiera que fuese su forma, era inconstitucional.

Por cinco votos contra cuatro, la Corte Rechazó la petición de los padres de Cruzan, sobre la base que el Superior Tribunal de Missouri había alegado no contar con la voluntad probada de la paciente.

Esa voluntad "clara y convincente" es lo que debieron acreditar los padres de Cruzan en su segundo intento ante la justicia, la que, encontrándola probada, autorizó el retiro de la alimentación por tubo.

2).- La "Patient Self Determination Act". Sobre el antecedente relacionado y anteriores pronunciamientos de los tribunales de los Estados miembros tuvo sanción legislativa la Patient Self Determination Act, en 1991, que reconoce la libertad del hombre sobre su propia persona, en ejercicio de la cual puede decidir con respecto a tratamientos médicos que desea o no le sean prestados en caso de internación en hospitales y centros sanitarios dentro del ámbito federal.

3).- Evolución Jurisprudencial. A partir de casos trágicos renombrados, en particular el de Karen Ann Quilan (1975), como "caso Semillero", y Nancy Cruzan (1983), en los que los establecimientos sanitarios se negaron a reconocer el derecho de los respectivos familiares, e incluso de los guardián ad litem, a hacer cesar el tratamiento médico que prolongaba artificialmente sus vidas, tuvieron oportunidad de pronunciarse distintos tribunales, aun, como lo anotamos, el Superior Tribunal."

El Doctor Alberto Pacheco, ha realizado un estudio respecto al Living Will que en especial se refiere a las consideraciones éticas respecto su aplicación, y

sobre todo por lo que se refiere a su denominación, sobre lo cual comenta lo siguiente.³

"El Living Will no es una institución legislada ni estudiada dentro de nuestro derecho y aun su traducción al castellano resulta difícil, pues un testamento de vivos es un contrasentido, ya que todos los son; testamento sobre mi vida tampoco es correcto, pues el testamento es la disposición de bienes y derechos y declaración o cumplimiento de deberes que hace una persona viva y en pleno goce de sus facultades para ser ejecutadas después de su muerte (artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal) y en el Living Will se están ordenando o solicitando acciones que deben realizarse durante la vida del sujeto; testamento biológico es una expresión ambigua y equívoca que tampoco debe prevalecer. El Living Will, no pasa de ser una serie de disposiciones sobre mi vida para el caso de que yo no pueda darlas y por esto quizá el término más apropiado para designarlo sea el de Disposiciones Vitales, pues pueden tomar la forma de un mandato, con la dificultad, en este caso, de que será un encargo que deberá cumplirse cuando el mandante no esté física o psíquicamente en posibilidad de hacerlo, y por tanto, lindando con una situación de incapacidad del mandante, si es que ya no se incurrió en ella. Utilizaremos por tanto la expresión Disposiciones Vitales, reconociendo de antemano la exagerada amplitud que se contiene en esa expresión."

De lo anterior se desprende que esta declaración unilateral de voluntad, es por esencia revocable y no tiene un carácter vinculativo para los médicos,

³ Revista de Derecho Notarial, abril de 1998, Núm. 111, Publicación de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.

quiénes en Estados Unidos de América la han fomentado, ya que les sirve como una probable excluyente de responsabilidad en los juicios que se originen con motivo de deficiencias médicas.

Actualmente son 48 Estados y el Distrito de Columbia, en los Estados Unidos de América, quienes ya contemplan en su legislación el Living Will.

Por regla general la declaratoria para dictar el living will se realiza ante dos testigos y el declarante puede delegar en una tercera persona la facultad para tomar la decisión respecto a los tratamientos médicos así como la obligación de notificar a su médico la existencia de esa declaratoria o Living Will.

No pueden ser testigos los parientes, herederos o legatarios, el médico responsable, así como los empleados del hospital en que esté siendo atendido el declarante.

La legislación vigente en el Estado de Texas da un formato del contenido de la instrucción escrita, cuyo texto se transcribe textualmente:

"Instrucciones al médico.

Esta instrucción esta fechada el.....

Yo...en pleno uso de mis facultades mentales voluntaria y libremente hago saber mi deseo de que mi vida no sea prolongada artificialmente bajo las circunstancias estipuladas en este documento.

1.- Si en algún momento yo padeciera una enfermedad incurable o irreversible causada por accidente o enfermedad que a su vez sea

certificada como enfermedad terminal por dos facultativos, y la aplicación de métodos artificiales para prolongar la vida sirviera únicamente para posponer de manera artificial el momento de mi muerte, y el médico responsable de mi atención determina que mi muerte es inminente o resultara dentro de un periodo de tiempo relativamente corto sin la aplicación de dichos procedimientos de conservación de mi vida, yo instruyo que dichos procedimientos es mi voluntad que sean retirados y que se me permita morir naturalmente.

2. En el supuesto de que no me fuese posible dar instrucciones acerca del uso de esos procedimientos artificiales para sostener mi vida, llegando el caso, es mi voluntad que esta instrucción, sea honrada y cumplida por mi familia y médicos como la expresión determinante de mi derecho de rehusar cualquier tratamiento médico quirúrgico y acepto plenamente las consecuencias de ello.

3.- En el caso de que se me haya pronosticado el estado de embarazo y este sea conocido por mi médico esta instrucción queda sin efecto legal alguno durante mi preñez.

4.- Esta instrucción permanecerá vigente hasta en tanto sea revocada por mí.

5.- Tengo pleno conocimiento del alcance de esta instrucción y estoy en pleno uso de mis facultades mentales y sin influencia emocional alguna.

6.- Tengo pleno entendimiento de que esta instrucción podrá ser revocada por mí en cualquier momento.

Firmado

Asimismo los testigos deberán declarar lo siguientes:

No tenemos parentesco alguno, civil o consanguíneo, no tenemos derecho alguno sobre el patrimonio del declarante a su herencia o legado alguno a

nuestro favor. No somos médicos responsables de la atención ni empleados de estos.

No somos empleados del hospital en el que el declarante es paciente, no tenemos ninguna demanda que formular en contra la sucesión del declarante. Mas aun en el supuesto del que sea un empleado del hospital en el que el declarante es paciente no me encuentro involucrado en proporcionarle a dicho declarante alguna ni en los asuntos financieros del referido hospital."

Con lo anterior, se tiene una idea de como funciona el Living Will en el Derecho Norteamericano, y nosotros en nuestro marco legal, podemos hacer declaratorias parecidas en el ejercicio de nuestra libertad jurídica que en nuestro derecho consagra el principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, para evitar problemas es conveniente que se realicen las reformas legales a que me referiré en el Capitulo Cinco y además de que se instaure un Registro Nacional de estas declaraciones de voluntad con instrucciones médicas.

2.4. VACÍO INSTITUCIONAL

Con lo expuesto anteriormente queda comprobado que en la Legislación Mexicana no se contempla expresamente la posibilidad de tomar en consideración las manifestaciones de voluntad de una persona capaz en previsión de un futuro estado de incapacidad.

De allí que el objetivo de esta tesis sea el proponer reformas legales para los siguientes objetivos:

- a).- Que una persona capaz pueda designar su propio tutor.
- b).- Que se regulen poderes que surtan sus efectos durante la incapacidad del poderdante, para que los apoderados conforme a las instrucciones recibidas administren el patrimonio del mayor incapaz y cuiden de su persona.
- c).- Que se regulen las declaraciones unilaterales de voluntad que contengan instrucciones a los médicos.

Y es que nuestro marco legal debe hacer un reconocimiento expreso a esas declaraciones de voluntad que realice una persona capaz, para los fines antes mencionados, pues nadie más que él tendrá interés en dar las instrucciones precisas respecto a lo que se debe hacer por lo que se refiere a su persona y a su patrimonio en el supuesto de que llegue a un estado de incapacidad.

Nuestro sistema legal consagra el principio de la autonomía de la voluntad como el poder de autogobernarnos y darnos las normas que rijan nuestra conducta siempre que no sean contrarias a las Leyes de orden público y a las buenas costumbres, tal y como consta en los artículos 1831 y 1839 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

"Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

"Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley."

Ese es el principio que fundamenta nuestras obligaciones contractuales y que nos da libertad para pactar las cláusulas que estimemos convenientes respetando el orden público y las buenas costumbres.

Y si ese principio rige en nuestras relaciones con los demás, con mayor firmeza debe regir en las disposiciones que nosotros tomemos para nuestra autoprotección en el caso de que lleguemos a estar incapaces, sin que en un momento dado se diga que debe restringirse porque las normas de la tutela son de orden público. Para evitar esa controversia es conveniente la Reforma Legal.

El Derecho Mexicano cuenta con la institución jurídica del Notariado, que es la más idónea para intervenir en todo lo que se refiere a las declaraciones unilaterales de voluntad para tomar medidas de autoprotección.

De tal manera que al contenerse esas declaraciones en una escritura se contará con la garantía del asesoramiento jurídico del Notario Público quién al interpretar la voluntad del declarante, redactará un documento que cumpla con todos los requisitos jurídicos y con los deseos del declarante, ya que precisamente el Notario le dará toda la asesoría jurídica que el caso requiera.

La intervención del Notario Público dará una garantía de seguridad jurídica a esas declaraciones unilaterales para la autoprotección.

CAPITULO TERCERO

REGIMEN DE PROTECCIÓN AL MAYOR DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

3.1 CAPACIDAD DE GOCE Y EJERCICIO

La doctrina ha señalado como atributos de la personalidad a la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad.

Es sin duda la capacidad el atributo más importante de las personas y consiste en la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.⁴

Del concepto anterior se desprenden dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titular de derechos y obligaciones, también se le conoce como capacidad de derecho o jurídica.

La capacidad de ejercicio según Rojina Villegas, es la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre

⁴ Concepto expresado por el Lic. Miguel Ángel Zamora y Valencia, en su obra "CONTRATOS CIVILES", Sexta. Edición Editorial Porrúa, México 1997. página 35.

propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.⁶

Las normas que regulan la capacidad son de orden público, por tanto sus limitaciones solo las establece la Ley, no pueden imponerse por contratos, y así lo reconoce expresamente nuestro Código Civil del Distrito Federal al establecer en su artículo 1798 que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley.

Cuando con motivo de un contrato una persona adquiere la obligación de no realizar determinada conducta, se está en presencia de una obligación de no hacer, cuya violación sólo da lugar al pago de daños y perjuicios, pero de ninguna manera se puede decir que esa persona es incapaz para realizar esa conducta, ya que cuando un contrato se celebra con incapacidad legal de las partes o de una de ellas, entonces el contrato puede ser invalidado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1795 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Nuestra Ley establece algunas incapacidades de goce estableciendo de manera precisa quién o quiénes no tienen aptitud para ser titulares de determinados derechos, pero no se puede hablar de una incapacidad total de goce porque entonces se estaría en presencia de una negación de la personalidad. Sin embargo, si es posible hablar de una incapacidad total de ejercicio como lo establece el artículo 450 de nuestro Código Civil.

⁶ Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo 1, Quinta Edición Editorial Porrúa, México 1986. página 445.

Algunas de las incapacidades de goce que establece nuestra legislación son las siguientes:

a) Conforme al artículo 27 constitucional los extranjeros no pueden adquirir derechos de propiedad sobre bienes inmuebles ubicados en la zona prohibida de cien kilómetros en las fronteras y cincuenta kilómetros en las playas.

b) Los menores de edad tienen algunas incapacidades de goce dentro del derecho de familia, ya que por ejemplo no pueden contraer matrimonio antes de los dieciséis o catorce años en el hombre y la mujer, respectivamente; no pueden ser tutores, etcétera.

c) Así también, los menores de edad no pueden tener derechos políticos para votar o ser votados.

d) En materia contractual se establecen algunas limitaciones en el artículo 2280 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, que textualmente dice lo siguiente:

"Artículo 2280. No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I.- Los tutores y curadores;

II.- Los mandatarios;

III.- Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;

IV.- Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;

V.- Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;

VI.- Los empleados públicos”

3.2 INCAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS MAYORES DE EDAD

Por lo que se refiere a la incapacidad de ejercicio, el artículo 450 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

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

De acuerdo a esta norma la incapacidad a que se refiere es una circunstancia de hecho que priva al sujeto del conocimiento necesario para formar una voluntad libre, y es, por tanto, variable en extensión y duración.

La minoría de edad se prueba con el acta de nacimiento expedida por el Registro Civil, con la cual se acredite que el sujeto es menor de 18 años

cumplidos. El Artículo 646 del Código Civil del Distrito Federal establece que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos y el Artículo 647 del mismo ordenamiento establece que el mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes.

En consecuencia, para efectos de nuestro estudio nos referiremos a la incapacidad de los mayores de edad mencionados en la fracción II del artículo 450 del Código Civil que ha quedado anteriormente transcrito, teniendo siempre presente que la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad requiere forzosamente de la sentencia judicial que haya causado ejecutoria y en que se haya hecho la declaratoria del estado de interdicción.

A continuación se transcriben las últimas tesis que al respecto ha establecido nuestra autoridad judicial federal:

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Época: Octava Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INCAPACIDAD DE EJERCICIO, SOLO PUEDE TENERSE COMO EXISTENTE CUANDO HAYA SIDO DECLARADO EN ESTADO DE INTERDICCIÓN POR UNA SENTENCIA JUDICIAL QUE HAYA CAUSADO EJECUTORIA LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).

Por principio elemental de seguridad jurídica, la incapacidad de ejercicio legal sólo puede tenerse como existente cuando la persona haya sido declarada en estado de interdicción por una resolución judicial pronunciada por un juez competente y que haya causado ejecutoria, tal como se desprende del artículo 456 del Código Civil para el Estado de Chiapas en relación con el numeral 899 del Código de Procedimientos Civiles; por tanto, si no existe tal

declaración, el quejoso se encuentra en aptitud de ejercer por sí mismo los derechos y obligaciones de los que es titular. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Casto Ambrosio Domínguez Bermúdez.”

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Época: Octava

Fuentes: Semanario Judicial de la Federación

INTERDICCIÓN, SENTENCIA QUE LA DECLARA SU NATURALEZA.

La sentencia que declara la interdicción es declarativa y constitutiva, en tanto que, aparte de que proclama el estado de incapacidad, crea una relación jurídica y da nacimiento a un nuevo estado, motivo por el que, precisamente por su carácter de constitutiva, como generalmente sucede con ese tipo de fallos, sus efectos empiezan cuando ha alcanzado la autoridad de cosa juzgada. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DE TERCER CIRCUITO.

Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Juan Manuel Rochin Guevara.”

El artículo 450 antes mencionado, se refiere a la incapacidad natural y a la incapacidad legal. Por tanto, es conveniente para mayor precisión determinar en que consiste la incapacidad natural y en que consiste la incapacidad legal.

En la doctrina mexicana el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez opina lo siguiente:

“Así pues, una es la incapacidad natural, como la situación en la que un sujeto está 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 ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

Otra es la incapacidad legal; ésta 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 sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico. Lo mismo sucede con el quebrado no rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos.⁶

Por su parte en la doctrina extranjera Francesco Messineo, establece lo siguiente:

"a) Están, ante todo, los incapaces legales de contratar; y son, como resulta de los principios, los menores de edad y los interdictos (arg. a contrario, arts. 2, 320 y 427): personas, o psíquicamente inmaduras, o que padecen de una grave enfermedad mental: y, por consiguiente, totalmente incapaces de contratar (*22).....c) Incapaz natural (en oposición a incapaz legal) de contratar o (como ahora se dice, siguiendo una terminología que se ha afirmado antes en el campo del derecho penal: cfr. art. 88, Cód. pen) incapaz de entender o de querer (8-bis) es quien se encuentra en tal estado psíquico (si bien transitorio), que queda disminuida o paralizada su aptitud para

⁶ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Segunda Edición Editorial Porrúa, México 1980, página 187.

comprender el valor del acto que realiza o, mas aún, su facultad de determinarse (hipnosis, ebriedad grave, demencia, sonambulismo y similares) (9) (véase Ad. VIII):⁷

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha apartado de esos criterios doctrinales y ha establecido que la incapacidad natural es la propia de los menores de edad y que la incapacidad legal es la propia de los mayores de edad a que se referían las fracciones II a IV del artículo 450 del Código Civil y que fueron reformadas y derogadas en lo conducente por decreto del 14 de julio de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 23 del mismo mes y año, para quedar en una sola fracción II como ha quedado transcrita anteriormente, con una nueva redacción por respeto a los minusválidos. A continuación se transcribe la Tesis de la Corte:

"Instancia: Tercera Sala

Época: Séptima Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INCAPACIDAD DE EJERCICIO, EMPLAZAMIENTO A PERSONAS QUE ADOLECEN DE.

La incapacidad de ejercicio consiste en la falta de aptitud de la persona para ejercitar por si misma los derechos y obligaciones de los que es titular, distinguiendo el artículo 450 del Código Civil dos clases de dicha incapacidad, que son, la natural, propia de los menores de edad, y la legal, propia de los mayores que se encuentran en alguno de los supuestos que señalan las fracciones II a IV del precepto. En cuanto a la incapacidad de ejercicio legal,

⁷ Francesco Messineo. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1988, páginas 80 a 83.

por un principio elemental de seguridad jurídica, sólo puede tenerse como existente cuando la persona haya sido declarada en estado de interdicción en una sentencia judicial que haya causado ejecutoria. Esto se desprende en los artículos 462 y 464, párrafo II, del Código Civil, y 902 del Código de Procedimientos Civiles. No obstante lo anterior, como en el lapso que media entre la presentación de una demanda de interdicción y la sentencia que se dicte en el procedimiento de que se trate, la persona señalada como incapacitada no debe quedar desprotegida, la ley prevé que, como medida prejudicial, se le designe a la misma a un tutor interino, según lo dispone el artículo 904, fracción III, inciso a), del citado ordenamiento adjetivo. De todo esto se concluye que para que en un juicio el emplazamiento pueda reputarse viciado, por no haberse hecho al representante legal de un incapaz (en los términos del artículo 116 de la Ley Procesal), debe obviamente existir una resolución judicial en la que se le haya designado a éste un tutor con el que pueda entenderse la correspondiente diligencia.

Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta.*

El Código Civil se refiere a las incapacidades natural y legal en los artículos 449, 450 y 451 cuando reglamenta la tutela y se refiere a la incapacidad legal en el artículo 1795 fracción I cuando se refiere a las causas de invalidez del contrato.

A continuación se transcriben los artículos 449, 451 y 1795 del Código Civil.

"Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujeto a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede

también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final de artículo 413.”

“Artículo 451. Los menores de edad emancipados, por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.”

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II Por vicios del consentimiento;

III Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”

En nuestro Código Civil no se precisa el concepto de incapacidad natural, pero de la lectura del artículo 64 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal,⁸ se desprende que el concepto de incapacidad natural no está referido exclusivamente a la minoría de edad, sino que comprende otros estados psíquicos, inclusive transitorios, que le impiden a una persona entender o querer las consecuencias del acto que se quiera realizar, de tal manera que si el notario observa esas manifestaciones de incapacidad natural no puede permitir que ante él se otorgue el acto jurídico.

⁸ “ART. 64 Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad legal, bastará con que en ellos no observe manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.”

Esas manifestaciones de incapacidad natural pueden ser embriaguez, drogadicción o cualquier circunstancia que el notario determine que al compareciente le impida actuar con perfecto conocimiento de la trascendencia del acto que realiza.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los notarios están facultados para determinar con toda propiedad la incapacidad notoria de uno de los contratantes. A continuación se transcribe la tesis correspondiente:

“Instancia: Tercera Sala

Época: Quinta Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INCAPACIDAD, TESTIMONIO DE NOTARIOS EN CASO DE.

Si dos notarios no percibieron que una de las partes en un contrato de compraventa se encontrara en estado de incapacidad al celebrar dicho contrato, sus testimonios son de gran interés, porque el ejercicio de la función notarial faculta a los notarios para determinar con toda propiedad la incapacidad notoria de uno de los contratantes.

Relator: Hilario Medina.”

El propio artículo 64 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece expresamente que el notario no puede hacer constar que un otorgante tiene capacidad legal, si el notario tiene conocimiento de que está sujeto a incapacidad civil, es decir, de que está sujeto a interdicción por sentencia que ha causado ejecutoria. Pero aún en el supuesto de que el notario no tenga conocimiento de que una persona está sujeta a incapacidad civil legalmente declarada, si él observa que esa persona está en alguno de

los supuestos a que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil no puede permitir que intervenga en el otorgamiento de un acto jurídico ante su fe.

En relación a la observancia de la incapacidad en una persona que comparece ante un notario, es conveniente distinguir el supuesto del mayor de edad disminuido o perturbado en su inteligencia, ya que de acuerdo a la fracción II del artículo 450 del Código Civil, esa persona es incapaz, aún cuando tenga intervalos lúcidos. En consecuencia, esa persona cuando es declarada en estado de interdicción, a partir de la ejecutoria de la sentencia, ya no puede realizar personalmente ningún acto jurídico, ya que desde ese momento debe representarlo su tutor, con la salvedad expresa que nuestra legislación establece en el supuesto del acto jurídico personalísimo del testamento, caso en el cual se permite que un demente pueda otorgar testamento en un intervalo de lucidez.

Los artículos 1308 al 1312 del Código Civil establecen los requisitos para que un demente en un intervalo de lucidez pueda otorgar testamento.

3.3 LA TUTELA

En esta tesis es relevante el estudio de la tutela, ya que precisamente se propone la posibilidad de que una persona capaz pueda designar su propio tutor para el caso de una futura incapacidad.

La palabra tutela viene del latín *tueor* que significa cuidar, proteger y amparar, y es precisamente en ese sentido que el artículo 449 del Código Civil nos indica que el objeto de la tutela es 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.

En nuestra legislación el cargo de tutor es de interés público y solamente se puede eximir por causa legítima, es decir, nuestro legislador ha querido que aquellas personas incapaces que no tienen quien legalmente las represente, tengan un régimen legal de protección tanto para su persona como para sus bienes.

Es decir, la institución de la tutela es creada y reglamentada por nuestro derecho positivo y es allí donde encontramos todos los derechos y obligaciones que la misma genera. En nuestro Código Civil se encuentra regulada ampliamente del artículo 449 al 617.

La doctrina jurídica nos da muchas definiciones respecto a la tutela y en la Enciclopedia Jurídica Omeba se la define como "la potestad que por mandato legal se otorga a una persona capaz en beneficio de un interdicto o menor- en este último caso se dinamiza con carácter de supletoria de la patria potestad (no en la misma extensión)-, para dirigirlo cuidando de su integridad física y moral, representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes".⁹

La anterior definición nos da los siguientes caracteres principales:

⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI Editorial Driksil, S.A., Buenos Aires, Argentina, año 1981, página 478.

a) Reconoce su origen legal, a diferencia de la patria potestad que es de origen natural.

b).- Supletoria de la patria potestad en tratándose de los menores.

c).- El cargo de tutor sólo puede conferirse a una persona capaz.

d).- Es en beneficio del interdicto o del menor.

e).- Para dirigir su persona, administrar sus bienes, y representarlo en los actos civiles.

El maestro Antonio de Ibarrola opina que las características de la tutela son las siguientes:

" a) Naturaleza pública del oficio.

b) Obligatoriedad de la función.

c) Gratuidad, en derecho español, no en el nuestro.

d) Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela, como se ha dicho comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación de los actos civiles y administración de los bienes, si bien habrá que tener en cuenta que por ser la tutela remedio de incapacidad, ésta determinará el contenido de aquélla.

e) Indivisibilidad y unidad del poder tutelar, ya que éste es atribuido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutelares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.”¹⁰

De conformidad con las características antes mencionadas, el artículo 537 del Código Civil establece expresamente lo siguiente:

“ Artículo 537. El tutor está obligado:

I. A alimentar y educar al incapacitado,

II. A destinar de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;

III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad.

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V: A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

¹⁰ Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia.- Editorial Porrúa, S. A. 1978, página 387.

VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella."

Como las normas de la tutela son de orden público, su aplicación esta por encima de la voluntad de los particulares o de la autoridad.

Conforme el Artículo 455 del Código Civil sólo puede haber un tutor definitivo, ya que por su gran responsabilidad el cargo es indivisible.

La tutela se abre inmediatamente que ocurre el fallecimiento de la última persona llamada por la Ley para ejercer la patria potestad o cuando se declara judicialmente la incapacidad de una persona mayor.

En nuestro Código Civil se establece que la tutela puede ser testamentaria, legitima o dativa.

El artículo 470 del Código Civil establece expresamente que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con la inclusión del hijo póstumo.

El tutor testamentario así instituido excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados si así lo ha establecido expresamente el testador.

Sin embargo, debe tenerse presente que para instituir tutor testamentario de un menor, es necesario que el otro ascendiente en el mismo grado con derecho a ejercer la patria potestad ya haya fallecido, pues de lo contrario no tiene validez la institución de tutor testamentario, ya que nadie puede privar del ejercicio de la patria potestad a un ascendiente del menor que esté en su mismo grado.

Por lo anterior, no es posible que el padre o la madre de un menor comparezca ante un notario para designar tutor testamentario de su menor hijo, cuando todavía no ha fallecido el padre o la madre correspondiente. Y es que esa solicitud es muy frecuente, principalmente cuando se trata de personas que se han divorciado y tienen hijos.

La institución de tutor testamentario para un menor es conveniente para privar del ejercicio de la patria potestad a los abuelos, cuando se estima que no podrán cuidar debidamente de la persona y los bienes del menor. Sin embargo, en ese supuesto al redactar la cláusula correspondiente del testamento, debe tenerse presente el contenido del artículo 472 del Código Civil para el efecto de establecer que el tutor testamentario instituido debe continuar en el ejercicio de la tutela aún cuando cese la incapacidad de los ascendientes excluidos o se presenten en el caso de que estuvieran ausentes. Es decir, debe constar de manera fehaciente la voluntad del testador de excluir del ejercicio de la patria potestad a los abuelos, aún cuando estos sean capaces para ejercerla, ya que de no establecerlo de manera expresa la tutela testamentaria puede cesar a petición de los abuelos excluidos.

Así también, el artículo 473 del Código Civil establece la posibilidad de que una persona que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, pueda nombrarle tutor testamentario solamente para la administración de los bienes que le deje.

De esa norma se desprende, que sólo es aplicable cuando ese incapaz no tiene quien ejerza sobre él la patria potestad, ya que de lo contrario sería una forma legal para afectar a quien ejerce la patria potestad, ya que nuestra legislación lo único que en esos casos permite es la posibilidad de privar del usufructo legal a quien ejerce la patria potestad, pero de ninguna manera permite la privación de la administración de los bienes. Ver artículo 430 del Código Civil.

Y es que es frecuente que las personas cuando elaboran testamento solicitan al notario que haga constar que es voluntad del testador instituir como heredero a un menor, pero privando de la administración de los bienes a quien ejerce la patria potestad, y lo anterior, ya hemos analizado que no es jurídicamente posible.

Esta tutela establecida en el artículo 473 es especial, ya que se trata de una tutela de administración única y exclusivamente para determinados bienes materia de la herencia o legado. Al respecto es conveniente transcribir la opinión del Licenciado Lizandro Cruz Ponce, cuando opina lo siguiente:

" 3.- El tutor testamentario sólo podrá administrar los bienes que le deje el testador. Es curiosa esta disposición, porque no existe en la legislación mexicana la tutela de administración.

Las tres áreas que comprende la tutela, según el a. 537 son: el cuidado la persona del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes.

El tutor testamentario sólo puede desempeñar una de dichas funciones: la administración de los bienes del incapacitado. ¿Habría que designarle otro tutor para que se haga cargo de las demás funciones que no puede desempeñar el tutor testamentario? Ello sería contrario al a. 455. Posiblemente el juez podría solucionar este problema, si en uso de las facultades que le otorga el a. 479 hace extensivos al tutor testamentario los demás atributos de la tutela, que le niega el a. 473".¹¹

En relación con el artículo 473 del Código Civil se encuentra el artículo 907 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece que el menor que tuviere dieciséis años o más, podrá oponerse al nombramiento del tutor hecho por la persona que no siendo ascendiente, le haya instituido heredero o legatario. Lo anterior es otra prueba evidente de que el legislador si ha contemplado la posibilidad de que el propio interesado manifieste su voluntad en relación con el nombramiento de tutor, por lo que estimo que es procedente la reforma que se propone en cuanto al nombramiento del propio tutor.

¹¹ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.- Comentado.- Libro Primero de las Personas.- Tomo I, año 1990 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, página 318.

De conformidad con el artículo 475 el padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. La madre, en su caso podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo.

Este tipo de tutela solamente se da en el supuesto de un incapaz intelectual declarado judicialmente interdicto, y como en el primer caso comentado, solamente procede si ya ha fallecido el padre o la madre del incapaz.

Todo lo comentado anteriormente, también es aplicable en los casos de adopción, ya que el adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo.

Nuestro Código Civil en relación a la tutela legítima reglamenta los siguientes tres supuestos:

- a.- Tutela legítima de los menores.
- b.- Tutela legítima de los mayores de edad incapacitados.
- c.- Tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia.

Por lo que se refiere a la tutela legítima de los menores el artículo 482 del Código Civil la establece en los siguientes supuestos:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;

y

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

En el primer supuesto, precisamente ante la ausencia de ascendiente que ejerza la patria potestad así como de disposición testamentaria en que se hubiese designado tutor del menor, la Ley sule la deficiencia y ordena el establecimiento de la tutela legítima para proteger la persona y el patrimonio del menor.

En el segundo supuesto, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil el Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio debe fijar en definitiva la situación de los hijos menores de edad, y cuando se está en presencia de que se condena a los progenitores a la pérdida del ejercicio de la patria potestad y no hay ascendientes que puedan desempeñarla, debe proceder al nombramiento de tutor legítimo.

En la tutela legítima conforme al artículo 483 del Código Civil se prefiere para designar tutor a los hermanos de padre y madre y a falta de éstos, a los medios hermanos. Así también, se establece que si no hay hermanos o son incapaces, la tutela legítima deben ejercerla los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Un comentario especial merece el artículo 484 cuando establece que habiendo varios parientes del mismo grado el Juez elegirá entre ellos al que

le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

En relación a esta norma es conveniente distinguir los siguientes supuestos:

- a.- Cuando la elección la hace el Juez, y
- b.- Cuando la elección la hace el menor.

Por lo que se refiere a la elección que realiza el Juez, éste está facultado para elegir dentro de los parientes colaterales dentro del cuarto grado, al que sea más apto, y en esta materia tutelar, no se establece expresamente el principio que rige en materia de derecho sucesorio cuando se establece que "el pariente más cercano excluye al más lejano".

Por tal motivo, en atención al interés público de cuidar de la persona y el patrimonio del menor, el Juez debe dentro de los parientes colaterales dentro del cuarto grado, seleccionar al que considere más apto para el ejercicio del cargo.

En el supuesto en que el menor fuere mayor de dieciséis años, él puede elegir dentro de los parientes antes mencionados, a su tutor legítimo, es decir, sin importar el grado de parentesco, selecciona el que crea más conveniente.

Por lo que se refiere a la edad de dieciséis años es conveniente analizar por qué el legislador estableció esa edad para poder designar tutor, ya que en tratándose de un acto tan importante como el matrimonio, en el artículo 148

del Código Civil estableció la posibilidad de que la mujer a los catorce años pueda contraer nupcias.

Es decir, a la mujer de catorce años se le permite tomar una decisión tan importante como es la de decidir quién será su pareja legalmente y sin embargo, a esa misma mujer de catorce años el legislador no le permite que pueda elegir a su tutor legítimo.

Sería conveniente que se unificaran esos criterios y que a los menores que hubieren cumplido catorce años se les permita elegir a su tutor legítimo. Y en relación al tema de esta tesis, es conveniente dejar presente que si a un menor que haya cumplido dieciséis años se le permite actualmente nombrar tutor, ¿porqué nuestra legislación no admite que una persona capaz pueda designar su propio tutor para el caso de una futura incapacidad?.

Los artículo 486 a 491 del Código Civil reglamentan la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados.

En relación al artículo 486 del Código Civil que establece que el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido, se presentó la controversia en relación al contenido del inciso a de la fracción III del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

"Art.904....III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

a).- Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de Abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a personas de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

b).- Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

c).- Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

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

Es decir, en algunos casos se quiso establecer que en base a la norma antes indicada podía nombrarse a la mujer un tutor definitivo distinto de su marido, y en consecuencia, fue necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación distinguiera los supuestos de tutor definitivo y tutor interino, por lo que estableció la siguiente resolución:

"Instancia: Tercera Sala

Época: Octava Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

TUTOR DEFINITIVO. EL MARIDO, LEGITIMA Y FORZOSAMENTE, LO ES DE SU MUJER.

Si bien es cierto que el inciso a) de la fracción III del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que el nombramiento de tutor y curador interino deberá recaer en el padre, madre, cónyuge, hijos, etc., tal disposición se refiere única y exclusivamente al nombramiento de tutor interino cuya función primordial se limita a actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado, pero no tiene vigencia cuando se trata de la designación de tutor definitivo, a quien se le otorgan las plenas facultades que la ley consigna y que las ejerce al habersele discernido el cargo que le confiere los poderes y facultades inherentes a su función; por lo que tratándose del tutor definitivo debe estarse a lo preceptuado por el diverso numeral 486 del Código Civil, que previene que el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido.”

En la introducción de esta tesis, ya he establecido que debe prevalecer la voluntad de una persona capaz para designar su propio tutor, ya que no es posible que la ley imponga un tutor, que muchas veces el incapaz no hubiere querido que fuere su tutor, si hubiere tenido la posibilidad de designarlo, y en la norma que se comenta, muchas veces los cónyuges por conflictos entre ellos, no es posible que en caso de la incapacidad de alguno, el otro forzosamente sea su tutor legítimo. Precisamente con fundamento en la fracción VII del artículo 503 del Código Civil se ha establecido que en esos casos no puede conferirse la tutela al cónyuge del incapaz, por haber pleito pendiente entre ellos. Al respecto, se transcribe la opinión del Segundo

Tribunal Colegiado de Materia Civil del Primer Circuito, que establece lo siguiente:

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Época: Octava Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

TUTELA, IMPEDIMENTO DE LA CÓNYUGE PARA EJERCERLA.

Es incorrecto estimar que el artículo 503, fracción VII, del Código Civil para el Distrito Federal, que determina quiénes no pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo, deba interpretarse con exclusión del cónyuge del incapacitado, porque si bien el diverso 486 del mismo ordenamiento preceptúa en términos generales que la mujer o el marido son tutores legítimos forzosos, ello atiende a los estrechos lazos afectivos y de cooperación que existen entre los esposos, que no se deben disminuir ni distanciar por la incapacidad sobrevenida a alguno de ellos. De ahí que la obligación de desempeñar la tutoría subsiste, en tanto se conserve el carácter de cónyuge. Sin embargo, es lógico inferir, sin que exista disposición legal en contrario, que cuando existe pendiente de resolverse entre los cónyuges un juicio contradictorio de divorcio, esa contraposición de intereses impide ejercer la tutela, pues de otro modo se desvirtuaría su naturaleza que tiende a la guarda de la persona y bienes de quien tiene algún tipo de incapacidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 449 del Código Civil, por lo que no podría prevalecer la regla general sobre la específica.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DE PRIMER CIRCUITO.

Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Víctor Francisco Mota Cienfuegos."

El artículo 487 establece que los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos. Al respecto es conveniente comentar que la frase "viudos" es totalmente desafortunada, pues entonces estaríamos en el supuesto de que los hijos no podrían ser tutores cuando su padre o su madre fueren solteros o divorciados. Por lo que dicha norma debe ajustarse para establecer que: "los hijos mayores de edad serán tutores de su padre o madre, cuando no se esté en el supuesto a que se refiere el artículo anterior".

En el supuesto del artículo 489 del Código Civil los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, poniéndose de acuerdo quién de los dos ejercerá el cargo.

Así también el 490 del Código Civil establece que si no ha habido designación de tutor testamentario y no hay padres, madres o hijos que puedan ejercer el cargo, entonces se debe llamar sucesivamente a los abuelos, los hermanos del incapacitado y a los colaterales dentro del cuarto grado.

El artículo 491 del Código Civil establece el supuesto de una tutela prorrogada cuando menciona que el tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho. En este caso, se prórroga la tutela de pleno derecho sin que haya que agotar tramites especiales.

Precisamente, mi inquietud en esta tesis es en el supuesto de que muchas veces las personas no desean que su cónyuge o los parientes antes mencionados ejerzan la tutela legítima sobre de ellas para el caso de que en un futuro llegaren a caer en incapacidad, y por eso, estimo que es necesaria la reforma legal para que una persona capaz en pleno uso de sus derechos pueda designar su propio tutor para el caso de su propia incapacidad, sin que necesariamente el nombramiento de tutor tenga que recaer en las personas que la ley establece, sino que se respete la designación realizada antes de la incapacidad en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad. Nadie podrá hacer una mejor designación de tutor que el propio interesado que conoce la realidad familiar y social que le rodea, y en consecuencia, tendrá mucho cuidado en instituir como tutor a la persona que mejor crea conveniente para su propio cuidado personal y de su patrimonio.

Por lo que se refiere a la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona , o depositados en establecimientos de beneficencia, nuestro Código Civil reglamenta esta situación en los artículos 492 a 494 estableciendo que los expósitos estarán bajo la tutela de la persona que los haya acogido y que los Directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñaran la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

El tercer tipo de tutela es la dativa, que se encuentra reglamentada en los artículos 495 a 502 del Código Civil y que tiene lugar precisamente cuando no hay quien ejerza la tutela testamentaria ni la tutela legítima, es decir, en defecto de las dos mencionadas, se nombra el tutor dativo.

En el artículo 496 se vuelve a repetir la norma que indica que el menor que ha cumplido dieciséis años puede designar a su tutor dativo, sujeta a la confirmación que haga el Juez de lo familiar.

En los casos en que el menor no ha cumplido dieciséis años el nombramiento de tutor lo hace el Juez de lo familiar de entre las personas que figuran en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público.

Así también, la Ley establece que siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado, ya que el emancipado siempre requiere de un tutor para negocios judiciales (artículos 499 y 643 frac. II del Código Civil).

En el artículo 500 del Código Civil se establece que cuando se esté en presencia de menores de edad que no estén sujetos a patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. En esta norma se reitera la preocupación del legislador respecto al cuidado de la persona del menor, por eso es que insiste en que se le nombre tutor dativo, pero reconoce que al no tener bienes no se requiere el nombramiento de curador, ya que no hay ningún patrimonio (ver artículo 618 del Código Civil).

En el artículo 501 del Código Civil se establece que personas están obligadas a desempeñar la tutela dativa de los menores de edad que no tengan bienes, entre los que se encuentran el Presidente Municipal del domicilio del menor, los Regidores del Ayuntamiento, personas que desempeñen Autoridad

Administrativa en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento así como las personas que figuran en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela.

3.4 LA CURATELA

En la Doctrina desde el Derecho Romano se ha dicho que el curador cuida de los bienes del pupilo, mientras que el tutor cuida de su persona, con algunas excepciones.

En nuestro Derecho ya hemos visto que es el tutor el encargado de cuidar tanto de la persona como de los bienes del pupilo, sin embargo se establece la Institución de la Curatela como un órgano de vigilancia respecto de la actuación del tutor cuando se está en presencia de que el pupilo tiene bienes, por eso es que el artículo 618 del Código Civil establece que en todos los casos de tutela, además del tutor debe haber un curador, excepto en los casos relacionados con la tutela legítima de los menores abandonados que menciona el artículo 492 del Código Civil y del supuesto de la tutela dativa de los menores que no tienen bienes a que se refiere el artículo 500 del mismo ordenamiento.

Inclusive se establece que aún en los casos de tutor interino, se debe de nombrar curador interino, en el supuesto de que no hubiere curador definitivo.

También en la curatela se establece que el menor de edad que sea mayor de dieciséis años tiene derecho a designar su curador, sujeto a la confirmación del Juez de lo Familiar.

Así también, los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen derecho a nombrar su curador.

Salvo esos supuestos, el curador siempre es designado por el Juez de lo Familiar.

El artículo 626 del Código Civil establece las obligaciones de los curadores, por lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 626.- El curador está obligado:

- I. A defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.
- II. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;
- III. A dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela;
- IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale."

Como se desprende de la norma transcrita, el curador tiene como función principal vigilar que la actuación del tutor sea correcta, e inclusive, en el supuesto de que el curador no cumpla con dichas obligaciones es responsable de los daños y perjuicios que resulten al incapacitado.

Inclusive, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el curador debe de iniciar el juicio de separación de tutor si del examen de la rendición de cuentas resultan motivos graves que puedan inducir a sospechar malos manejos por parte del tutor.

Al respecto se transcribe la siguiente tesis:

"Instancia: Tercera Sala

Época: Octava

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INTERDICCIÓN, EL TUTOR DEBE RENDIR CUENTA DETALLADA DE SU ADMINISTRACIÓN.

Respecto al manejo de los dineros y valores propiedad del interdicto, debe decirse que la Ley Civil obliga al tutor a rendir cuenta detallada de su administración, misma que comprende no sólo las cantidades en numerario que hubiese recibido el tutor por el producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubiesen practicado, y si del examen de dichas cuentas resultan motivos graves para sospechar malos manejos, el curador está en aptitud de iniciar el juicio de separación del tutor.

Ponente: José Manuel Villagordo Lozano."

3.5 PRUEBAS EN EL JUICIO DE INTERDICCIÓN

El Juez de lo Familiar es el competente para conocer de los procedimientos relacionados con la declaratoria de interdicción.

En nuestra legislación del Distrito Federal se establece que la declaración de interdicción puede hacerse en vía de jurisdicción voluntaria si no hubiere oposición entre el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, ya que en el caso de que hubiere oposición debe tramitarse el juicio ordinario civil correspondiente.

Se establece que la incapacidad de las personas puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales.

El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito ha establecido que en los procedimientos de interdicción las autoridades judiciales deben de cumplir con todas las formalidades necesarias para dar seguridad al procedimiento, debido a la gran trascendencia social que implica privar a una persona de su capacidad jurídica. Al respecto, por su importancia se transcribe la siguiente tesis:

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Época: Octava Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INTERDICCIÓN POR DEMENCIA, EJERCITADA LA ACCIÓN DE, ES OBLIGACIÓN INELUDIBLE DEL JUEZ NOMBRAR DOS PERITOS, POTESTAD QUE NO PUEDE ABDICAR EN FAVOR DE QUIEN LO PROMUEVE, INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 569 FRACCIÓN III DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTES EN EL ESTADO DE TAMAULIPAS.

Una correcta interpretación del artículo 569, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de Tamaulipas, permite establecer que al ejercitarse la acción de interdicción por demencia, es imperativo para el juez natural nombrar dos psiquiatras, y si no los hubiere en el lugar, a dos peritos médicos que examinen al incapacitado para que emitan opinión técnica acerca de sus condiciones; y tal potestad no puede abdicarse en favor de quien ejercita la acción, por el obvio interés que tiene en que ésta prospere; de suerte que si el órgano jurisdiccional no cumple con tal obligación y procede en sentido inverso, viola en perjuicio no sólo del presunto incapaz sino también de su esposa preterida en la tutoría provisional, las garantías de audiencia, legalidad y seguridad jurídica consagradas por las artículos 14 y 16 de la Constitución Federal; máxime que, en estos casos existe la necesidad ineludible de rodear a quien se sujeta a un procedimiento de interdicción de todo tipo de seguridades, por la gran trascendencia social que implica privarlo de su capacidad jurídica. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Ponente: Aurelio Sánchez Cárdenas.”

Las diligencias prejudiciales en vía de jurisdicción voluntaria se tramitarán conforme a lo dispuesto por el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles .

El tutor interino a que se refiere la fracción III del artículo antes mencionado se encarga de la administración de los bienes del presunto incapacitado, y a la protección de la persona sujeta a juicio de interdicción, e inclusive en defensa de los intereses del tutoreado, tiene capacidad para contestar una

demanda y oponer las excepciones del caso, así como para contrademandar.

Este artículo fue reformado por Decreto de 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo del mismo año y con dicha reforma se estableció en forma expresa que el examen de los médicos al presunto incapacitado se hiciera precisamente en presencia de la Autoridad Judicial, ya que anteriormente ocurría que una persona podía llegar a ser declarada demente judicialmente sin que el afectado se hubiere dado cuenta hasta después de concluido el procedimiento respectivo, ya que no había ningún precepto que obligara al Juez a tomar contacto directo con el demandado. Por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 6506/62 de fecha 11 de octubre de 1966, estableció la inconstitucionalidad de procedimiento de los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, lo que motivó la reforma antes mencionada, la cual establece ya la intervención directa del Juez e inclusive en la tramitación del juicio ordinario civil ya es posible que el presunto incapacitado sea oído en juicio, si él lo pide.

Cuando se está en presencia de que por haber oposición en las diligencias prejudiciales, para que el Juez de lo Familiar dicte la resolución de interdicción, se debe tramitar el juicio ordinario civil conforme a las bases que establece el artículo 905 del Código de Procedimientos Civiles.

CAPITULO CUARTO

SOLUCIONES INDIRECTAS DEL PROBLEMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN VIGENTE

4.1. EL FIDEICOMISO

Los artículos 346 al 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos dan la reglamentación del negocio jurídico denominado Fideicomiso, dejando un amplio campo de posibilidades para que la voluntad de los particulares pueda intervenir en la realización de los mismos.

El concepto legal lo establece el artículo 346 de dicha Ley, cuando dice que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, opina que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la Institución Fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello ¹²

En consecuencia las partes en el fideicomiso son las siguientes:

¹² Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., 1975, página 188.

a).- Fideicomitente.- Que conforme al artículo 349 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, puede ser la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica. También se establece que las autoridades judiciales o administrativas competentes, podrán ser fideicomitentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

b).- Fiduciario.- Solamente pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito "Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

c).- Fideicomisario.- Es la persona física o jurídica que tiene la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Por lo que se refiere a la Institución Fiduciaria, el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito establece expresamente que las Instituciones de Crédito en las operaciones de fideicomiso ejercerán sus facultades por medio de sus Delegados Fiduciarios, responsabilizando a las Instituciones de Crédito civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso. Así también, se establece la posibilidad de que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se prevea la formación de un Comité Técnico precisando las reglas para su funcionamiento y facultades, y en esos casos se establece que cuando la Institución de Crédito actúe ajustándose a los dictámenes o acuerdos de ese Comité, estará libre de toda responsabilidad.

A través de esta figura se ha intentado solucionar el problema patrimonial de una persona para el caso de la futura incapacidad, estableciéndose la afectación de diversos bienes para el efecto de que la Institución Fiduciaria los administre o enajene con la finalidad de proveer de recursos económicos al fideicomisario incapaz, y todo ello, conforme a las instrucciones que la Institución Fiduciaria reciba de un Comité Técnico establecido en el propio fideicomiso.

De esa manera se asegura que la administración de los bienes fideicomitados se realice correctamente, porque se procura que el Comité Técnico esté integrado por personas con habilidad para administrar dichos bienes, y en consecuencia, el incapaz reciba el máximo provecho de los bienes fideicomitados.

Con lo anterior el futuro incapaz establece una protección patrimonial, pero el alcance del fideicomiso no soluciona lo relacionado con el cuidado de la persona y de su salud.

Además, como el fideicomiso implica la afectación de bienes, muchas veces las personas cuando se encuentran en plena capacidad, se niegan a privarse de la disposición de sus bienes al entregárselos a una Institución Fiduciaria, máxime que existe la indeterminación en cuanto a la época en que el fideicomitente llegue a ser incapaz.

Al constituirse el fideicomiso el fideicomitente debe reservarse el derecho para revocar siempre y sin limitación alguna sus estipulaciones para la propia incapacidad, mientras subsista su capacidad, pero puede presentarse el

problema de que una vez declarado incapaz, su tutor pueda intentar la revocación del fideicomiso, con lo cual quedaría nulificada la protección que se buscaba. Quizá en ese supuesto, debe preverse esa situación al constituir el fideicomiso y establecer que el mismo quedará con el carácter de irrevocable si el fideicomitente llegare a ser declarado civilmente incapaz.

4.2 PODER Y MANDATO

Nuestro Código Civil reglamenta el Contrato de Mandato en los artículos 2546 al 2604, y en los mismos se confunden los términos de poder y mandato, aún cuando son entidades jurídicas perfectamente diversas y diferenciables.

El artículo 2546 del Código Civil establece que el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. En consecuencia, se encuentra limitado a la ejecución de actos jurídicos y por lo tanto, no es posible su utilización en tratándose de hechos jurídicos propios del cuidado personal y de la salud de una persona.

En cambio en la doctrina se ha establecido que el poder es un acto unilateral por virtud del cual se confiere la representación voluntaria. Al respecto Ennecerus - Kip - Wolff, opinan lo siguiente:

"1.- Llámase poder, por antonomasia, a la facultad de representación otorgada por negocio jurídico (166 ap. 2). Da al apoderado la potestad de

producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante, mediante los negocios concluidos en su nombre, y por esto cae en este aspecto bajo el concepto de los derechos de modificación (supra 7313, 75 II2). Este carácter de potestad resalta con máxima claridad en el poder irrevocable, pero se da también en el revocable en tanto no haya sido revocado.

II.- El otorgamiento del poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento y se hace, como éste, mediante declaración unilateral receptiva. Constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir el mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio....III Por regla general, el apoderamiento tiene por base otra relación jurídica entre el poderdante y el apoderado, sobre todo un contrato de gestión de negocios, o sea un contrato de mandato (gratuito), de servicios o de obras (oneroso), que se refiere al cuidado de negocios, pero con frecuencia también en contrato de sociedad."¹³

En la Doctrina Mexicana, el Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo, opina lo siguiente:

"La primera distinción se refiere a la fuente jurídica. El mandato es un contrato el poder; una declaración unilateral de voluntad. La segunda, en que el mandato tiene como objeto obligaciones de hacer, consistentes en la realización de la representación en forma abstracta y autónoma, o sea, la actuación a nombre de otra persona para que los actos efectuados surtan en

¹³ Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, Bosch, Tratado de Derecho Civil, (Parte General) Tomo I, Casa Editorial, S.A., año 1981, Barcelona España, páginas. 531 y 538.

el patrimonio del representado, de tal manera que la relación jurídica vincula directa o inmediatamente al representante con el representado. La tercera consiste en que el mandato no es representativo, sin embargo puede serlo si va unido con el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta efectos entre mandante y tercero".¹⁴

De todo lo anterior se desprende que el poder requiere de la existencia de un negocio anterior entre el poderdante y el apoderado, que precisamente motiva el que el poderdante le confiera su representación al apoderado. Dicho negocio puede derivar de diversas fuentes, tales como contratos de compraventa, de donación, prestación de servicios profesionales o del mandato estrictamente hablando.

Y que también, nuestra legislación autoriza que puedan existir mandatos sin poder, es decir, sin que el mandante confiera su representación voluntaria, y son los llamados mandatos sin representación a que se refiere el artículo 2561 del Código Civil, y en esos casos el mandatario obra en su propio nombre y el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En relación al tema materia de esta tesis, se ha establecido que algunas personas acuden al otorgamiento de un poder dando facultades al apoderado para cuidar del patrimonio del poderdante así como del cuidado de su salud.

¹⁴ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Representación, Poder y Mandato*, Editorial Porrúa, S.A., México, año 1984, página 25.

Por lo que se refiere al cuidado de la salud, algunos estudiosos han establecido que no es posible conferir un poder para esos efectos, ya que el poder se encuentra regulado en el Código Civil dentro de las relaciones patrimoniales contractuales, y por excepción se permiten poderes para actos del estado civil, por ejemplo, para representar a una persona en el acto del matrimonio. Sin embargo, ese criterio es muy restrictivo, ya que por la autonomía de la voluntad nosotros tenemos libertad para conferir nuestra representación voluntaria para cualquier tipo de acto o hecho jurídico, incluso no patrimoniales, con las limitaciones que la ley establece como actos personalísimos como el testamento, las audiencias de conciliación en el divorcio voluntario, ejercer la patria potestad o la tutela, etcétera.

En relación a esta distinción respecto de poderes con contenido patrimonial o sin él, es conveniente tener presente al Maestro Jorge Barrera Graf, cuando opina lo siguiente:

"Los poderes generales comprendidos en el artículo 2554, o sea los de administración y actos de dominio se refieren a actividades económicas de contenido patrimonial, y no a actos personales o familiares, como sería el caso por ejemplo de la celebración de matrimonio; acto solemne para el que se requiere un poder especial".¹⁵

De lo anterior se desprende que el poder que una persona capaz otorgue para que el apoderado vigile y cuide de su salud, debe ser un poder especial.

¹⁵ Jorge Barrera Graf, *La Representación Voluntaria en Derecho Privado. Representación de Sociedades*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967, página 61.

Este tipo de poderes tiene el problema de que conforme a lo establecido en la fracción IV del artículo 2595 del Código Civil, terminan por la interdicción del mandante o del mandatario, en este caso poderdante o apoderado, debido a la confusión de términos en nuestro Código Civil. En consecuencia, como se ha dicho anteriormente, este poder sirve mientras el discapacitado no ha sido judicialmente declarado incapaz, y ante la inexistencia de una norma que permita la subsistencia de este poder aún cuando el apoderado sea declarado incapaz, en la práctica se recurre al abuso de no iniciar el procedimiento de interdicción y en consecuencia el apoderado continúa actuando.

Así también, es necesario reformar la Ley para que se permita expresamente el otorgamiento de poderes autorizando al apoderado para tomar decisiones respecto a tratamientos médicos de su representado, ya que actualmente los médicos no están obligados a seguir las instrucciones de un apoderado, y por lo tanto, los poderes que actualmente se otorgan no cumplen plenamente para la finalidad con que fueron conferidos.

4.3.- LA RENTA VITALICIA

Se encuentra reglamentada en nuestro Código Civil dentro de los contratos aleatorios, aun cuando se ha establecido que solamente es aleatorio cuando se está en presencia de un contrato oneroso, no así, cuando la renta vitalicia se constituye a favor de una persona que no ha entregado ninguna contraprestación.

El artículo 2774 del Código Civil dispone:

"La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego."

Este contrato es el que más se acerca a la solución del problema que se plantea en esta tesis, por eso es que el Maestro Francisco Lozano Noriega, con toda razón apunta:

" Este contrato se celebra como un medio al que acudían ciertas personas que no tenían descendientes, o personas ligadas con un parentesco muy estrecho a quienes heredar, para garantizarse por el resto de su vida el medio de vivir; se aseguraban su vida a través de la creación de una renta vitalicia".¹⁶

La renta vitalicia onerosa es un contrato aleatorio porque al momento de su celebración no se encuentra precisada la cantidad total que debe pagar el deudor de la pensión, ya que ésta subsistirá mientras viva la persona sobre cuya vida se constituya.

Sin embargo, nuestro legislador ha querido evitar una ganancia exagerada por parte del deudor cuando la persona a cuyo favor se constituye la renta, muere dentro del plazo que se señale en el contrato y que no podrá bajar de

¹⁶ Dr. Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 1962, página 509.

treinta días, contados desde el otorgamiento, ya que en esos casos se considera nulo el contrato. (Artículo 2780)

También se ha establecido que la renta puede ser inembargable por derecho de un tercero, cuando la misma ha sido constituida a favor de otra persona que no ha dado ninguna contraprestación, siempre que así lo haya dispuesto expresamente en la celebración del contrato la persona que lo constituyó, con la salvedad de que esa inembargabilidad no comprende las contribuciones fiscales. (Artículos 2785 y 2786).

Como consecuencia de este contrato el deudor de la renta debe pagar la pensión en el lugar, tiempo y modo convenidos, pero si deja de pagar, el rentista sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación con daños y perjuicios, pero no la resolución del contrato.

Generalmente las personas que buscan una protección patrimonial para los años futuros y más, en el supuesto de una futura incapacidad, celebran un contrato de renta vitalicia en el cual se establece que transmiten la nuda propiedad de su casa habitación al deudor de la pensión, quién se obliga a pagar la pensión mientras viva quien le transmite la nuda propiedad, así como su esposa, ya que se establece que la pensión que corresponda al que primero fallezca, acrecerá al cónyuge que sobreviva. De tal manera que mientras vivan esos cónyuges continúan con el derecho de usufructo vitalicio sucesivo sobre su casa habitación, pero además, al haber enajenado la nuda propiedad mediante este contrato, se aseguran el pago de una pensión mientras ellos vivan, e inclusive, aún cuando se muera el deudor, sus herederos continúan con la obligación de pago de la pensión.

Con un contrato como el mencionado, también el deudor de la renta vitalicia queda protegido, y como adquiere la nuda propiedad, cuando ocurre el fallecimiento de los usufructuarios, de manera automática pasa a ser propietario del inmueble como consecuencia de la consolidación del usufructo con la nuda propiedad y lo único que tiene que realizar es el trámite notarial donde se haga constar el fallecimiento de los usufructuarios y en consecuencia se le reconozca como propietario, sin tener que pagar ningún impuesto por la adquisición del usufructo, sino exclusivamente los derechos correspondientes al Registro Público de la Propiedad.

En esos casos, también es posible exigir al deudor que constituya garantía hipotecaria sobre la nuda propiedad que adquiere o sobre cualquier otro bien de su propiedad, para el efecto de garantizar a los pensionistas el cumplimiento del pago de las pensiones.

También es conveniente establecer que el monto de la pensión se actualizará en el mismo porcentaje en que se incremente la inflación, de tal manera que los pensionistas queden protegidos contra los vaivenes económicos de nuestro país. En algunos casos, la pensión se establece en salarios mínimos, pero la realidad ha demostrado que al final de todas maneras la pensión se rezaga en comparación con el Índice Inflacionario.

Cuando se está en presencia de un contrato de renta vitalicia, el monto de la renta o pensión que se encuentra obligada a pagar el deudor, es totalmente independiente de la pensión alimenticia que en su caso, estuviere obligado a dar el deudor al rentista como consecuencia del parentesco o el matrimonio. e inclusive es importante la distinción, ya que desde el punto de vista

procesal, si se demanda el pago de una pensión alimenticia, sólo es competente para conocer del asunto un Juez de lo Familiar, en tanto, que si se reclama el pago de la Renta vitalicia el asunto es de la competencia de un Juez Civil.

Al respecto se ha pronunciado el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al establecer la siguiente tesis:

RENTA VITALICIA, CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE, Y PAGO DE ALIMENTOS.

El cumplimiento de un contrato de renta vitalicia, aunque para ello el acreedor utilice el vocablo "pensión" que por ese concepto debe pagarte el deudor, es inconfundible con la acción que dimana de la obligación de dar alimentos que impone la ley a quien por estar unido con otra persona por determinado lazo de parentesco, debe satisfacerlos, ya que los alimentos, independientemente de que no dependen de un acto de voluntad, si bien se cumplen mediante el pago de una pensión en efectivo, sus fines, de acuerdo con la acepción que al referido vocablo da el artículo 308 del Código Civil, comprenden lo necesario para satisfacer las necesidades del acreedor alimentario. De lo que se sigue que tratándose de la acción que rigen los artículos 2774 al 2791 del Código Civil, es irrelevante en perjuicio de su titular que al entablar la demanda reclame el pago de la pensión correspondiente, pues sólo se trata de la renta estipulada en su beneficio y, por tanto, es inexacto que deba probar los extremos que requiere el pago de pensión alimenticia, así como que por esta razón el negocio sea de la competencia de un Juez de lo Familiar.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL

PRIMER CIRCUITO.

Ponente: Luis Fernández Doblado.”

El contrato de renta vitalicia ayuda en lo que se refiere al ámbito patrimonial, pues el pensionista se asegura el pago periódico de una cantidad de dinero, pero no se protege al futuro incapaz en todo lo relacionado a su cuidado personal, a los tratamientos médicos, e inclusive, no se contemplan reglas para administrar la pensión que se reciba en caso de que ya sea incapaz.

4.4- LA DONACIÓN CON CARGA

El contrato de donación se encuentra reglamentado en los artículos 2332 al 2383 del Código Civil.

El maestro Ramón Sánchez Medal, dice que la donación es un Contrato por el que una persona, llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones. (2332, 2347, 2163 y 2165).¹⁷

Este contrato se ha establecido en la doctrina que por ser un acto de liberalidad debe de ser personalísimo, en consecuencia, para que un apoderado pueda representar a un donante se requiere forzosamente que en el poder para actos de dominio el poderdante haya autorizado expresamente al apoderado para poder realizar donaciones en su nombre.

¹⁷ Ramón Sánchez Medal, De los Contrato Civiles, Editorial Porrúa, S.A., 1980, pág. 163.

Otra característica del contrato de donación es que se perfecciona hasta que el donatario hace del conocimiento del donante la aceptación de la donación, con las mismas formalidades que la Ley exige para la donación. En consecuencia, si fallece el donante sin que se le hubiese comunicado formalmente la aceptación de la donación, sus herederos ya no quedan obligados frente al donatario. En relación a esta característica, es frecuente que los cónyuges al liquidar la sociedad conyugal establezcan en el convenio que la parte de uno de ellos, o la de ambos, sobre un inmueble, le corresponderá a sus menores hijos, y como consecuencia de que dicho convenio es aprobado por sentencia judicial, normalmente ya no realizan ningún trámite adicional pues piensan que la donación ha quedado realizada, sin tener presente que deben acudir ante un notario para el efecto de formalizar la donación y que se haga constar la aceptación de los donatarios, y sólo hasta que esto se realiza, queda perfeccionada la donación con efectos a partir de esa fecha. Esta situación muchas veces se complica, pues ya acuden al notario cuando el donante ha fallecido, y por tanto ya no es posible que la donación se perfeccione, generando que el inmueble forme parte del acervo hereditario y a veces llega a suceder que los herederos instituidos en el testamento, no son las mismas personas que aparecían como donatarias según el convenio de liquidación de sociedad conyugal.

Así también, la donación solamente puede hacerse respecto de bienes presentes.

Nuestro Código Civil establece que la donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.

Para efectos de la tesis nos interesa la donación onerosa que es aquella que se hace imponiendo algunos gravámenes al donatario, consistentes en dar una cosa o en un hacer o no hacer.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, opina lo siguiente:

"2. Las donaciones onerosas. Son aquellas en las que se impone al donatario una carga consistente en un dar una cosa o en un hacer o no hacer un hecho. La ley indica que son las que se hacen imponiendo al donatario algunos gravámenes (2336).

La carga o modo, es el gravamen o deber impuesto al que recibe una liberalidad.

Al calificar de onerosa a una donación con carga, no significa que se le haya impuesto una obligación al donatario, ni que el contrato esté sujeto a una condición resolutoria.

En efecto la carga o modo no es una obligación, y las diferencias fundamentales entre ambas figuras, son claras: Por su origen, la carga se genera de una liberalidad, en cambio la obligación tiene diversas fuentes (el hecho ilícito, la declaración unilateral de voluntad, el contrato, etc.) y para revocar la donación (2336, 2337 y 2368), pero no para exigir su cumplimiento forzoso, como es de la naturaleza de las obligaciones, y el deudor, en la obligación, responde de su cumplimiento con todos sus bienes (2964), y en la carga, el donatario sólo con el valor de los bienes donados (2368), además de que la ley lo autoriza expresamente a liberarse del cumplimiento, haciendo abandono del bien (2368) y señala expresamente que si éste perece por caso fortuito queda libre de toda obligación.

Tampoco debe confundirse la carga de una condición resolutoria, por que ésta es la posibilidad de realización de un hecho que se prevé incierto en la celebración del contrato y que si se realiza, sin mediar la voluntad del obligado, extingue la obligación de inmediato, y en cambio, el no cumplimiento de la carga, ni extingue la obligación del donante, ni resuelve la donación, y sólo da acción al donante para revocarla, acción que puede ejercitar o no, según su voluntad.

Por último, en la donación onerosa, sólo se entiende donada la diferencia existente entre el valor del bien y la carga impuesta (2337)...¹⁸

Muchas personas acuden a esta figura de la donación onerosa para el efecto de imponer al donatario la obligación de pagarle los gastos propios de la manutención del donante, incluyendo expresamente los gastos médicos y de esa manera prever lo necesario para su subsistencia en los años de vejez o inclusive en la época en que pudieren llegar a quedar incapacitados.

Con esta figura jurídica se corre el riesgo de que el donatario no quiera cumplir con dicha carga y entonces puede liberarse de la obligación abandonando la cosa donada, e inclusive, si ésta perece por caso fortuito, queda libre de la obligación, con el consecuente problema para el donante de que no se cumple la finalidad que él buscaba de protegerse.

Así también, a diferencia de la renta vitalicia en que el deudor está obligado al pago de la pensión mientras viva el pensionista, ya que en eso consiste la aleatoriedad de ese contrato, en tratándose de la donación onerosa, el

¹⁸ Miguel Ángel Zamora y Valencia, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A. 1997, página 142.

donatario solamente responde hasta el importe de la cosa donada, y si la carga excede de ese valor, queda liberado por el exceso.

En el supuesto de que el donatario no cumpla con la carga impuesta, el donante puede exigir la rescisión del contrato o bien el cumplimiento forzoso, además de que conforme al artículo 2370 del Código Civil la donación puede ser revocada por ingratitud si el donatario rehusa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza.

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, ha resuelto lo siguiente:

DONACIÓN, CASO EN EL CUAL POR CONTRAER LAS PARTES OBLIGACIONES RECÍPROCAS, EL CONTRATO DE, PUEDE CONVERTIRSE EN ONEROSO.

(LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Es verdad que la donación es, por su naturaleza jurídica, un contrato ordinariamente unilateral; sin embargo, puede suceder que por crearse entre donante y donatario obligaciones recíprocas que deben satisfacerse, el contrato respectivo se toma bilateral. Tal ocurre cuando la donación es onerosa remuneratoria porque se pactan gravámenes o servicios que el donante tiene derecho a recibir. De lo anterior resulta que si en un determinado caso la donataria se comprometió a solventar los adeudos presentes y futuros del bien inmueble objeto del contrato, así como a cubrir los gastos de subsistencia del donante, no cabe duda, entonces, que se está ante un pacto en que se dan obligaciones mutuas; y siendo de esa manera, tiene aplicación del artículo 1868 del Código Civil del Estado de Jalisco, que

concede al interesado acción para exigir, ya sea la rescisión del contrato o bien su obligado cumplimiento.

Ponente: Jaime Julio López Beltrán.”

También, en caso de incumplimiento del donatario se presenta el problema de que éste ya hubiere enajenado el bien donado y hubiere insolvencia para cumplir con su obligación. Por esto, sería recomendable que al mismo tiempo en que se perfeccione la donación, se constituya por parte del donatario un derecho hipotecario sobre el inmueble donado, en garantía del cumplimiento de su obligación.

En consecuencia, con la figura de la donación onerosa no se obtiene la protección suficiente para el caso de una futura incapacidad.

4.5.- CONSIDERACIONES ACERCA DE ESTAS FIGURAS JURÍDICAS

Conforme a nuestra legislación, las figuras jurídicas antes estudiadas no resuelven totalmente el problema que se plantea en esta tesis respecto a las prevenciones legales para el caso de la incapacidad en la persona física.

Al hacer el comentario de cada una de esas figuras, ya hemos visto los problemas que se presentan y además de que por no ser exactamente aplicables al caso, por estar previstas para fines totalmente distintos, requieren de una redacción forzada, de todas maneras insuficiente para cumplir con el objetivo planteado.

Además, en muchos casos son impracticables por los costos fiscales y notariales, ya que implican una enajenación de bienes.

Con esas figuras jurídicas no se protege al futuro incapaz en lo que se refiere a su cuidado personal, y en especial, a su atención médica, por lo que se reitera que son insuficientes.

Por tal motivo es que en esta tesis se plantea una solución integral específica para este problema, de tal manera que exista una reglamentación para el caso concreto y no se tenga necesidad de forzar el uso de otras figuras jurídicas.

CAPITULO QUINTO

PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES A NUESTRO SISTEMA CIVIL

5.1.- DERECHO DE LA PERSONA PARA IMPARTIR INSTRUCCIONES PRECISAS PARA EL CASO DE INCAPACIDAD FUTURA

Como he comentado anteriormente, toda persona en ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene el derecho para disponer respecto de su patrimonio y de su persona, dentro del ámbito de libertades consagradas por nuestras leyes en donde se establece como límite el respeto a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, para el efecto de lograr una convivencia social digna y justa.

Así pues, para que se ejerza la autonomía de la voluntad se requiere actuar con libertad dentro de los marcos antes indicados, de tal manera que toda persona pueda ejercer sus derechos para lograr vivir con dignidad y el Estado debe de respetar la libertad de las personas e inclusive vigilar que todos sus habitantes gocen de las garantías individuales que les permitan vivir con libertad dentro del marco de la ley.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Título Primero, Capítulo Primero, establece las garantías individuales de las cuales gozan todos los individuos y las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. (Ver artículo 29 de la Constitución).

Esas garantías individuales consagran las libertades de que gozamos todos los que habitamos este país y sobre todo están fundadas en el respeto a la dignidad de la persona, que es un valor protegido celosamente por nuestra Carta Magna, la cual expresamente establece el Juicio de Amparo por el cual los Tribunales de la Federación resuelven toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

A continuación se mencionan algunos artículos de la Constitución relacionados con nuestra libertad.

El artículo 5o. expresamente establece que el ejercicio de la libertad para poder dedicarnos a la profesión, industria, comercio o trabajo que nos acomode, siendo lícitos, sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

El artículo 14 consagra expresamente que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El artículo 16 establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El artículo 25 expresamente establece la Rectoría del Estado para permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.

Lo anterior es una muestra de que nuestra Carta Magna protege el ejercicio de nuestra libertad y es el fundamento Constitucional para el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Inclusive nuestro país como integrante de la Organización de las Naciones Unidas ha firmado la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de dicha organización en la reunión celebrada en París el 10 de diciembre de 1948, y que conforme al Artículo 133 Constitucional por ser un Tratado celebrado por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, forma parte de la Ley Suprema de nuestro país, junto con la Constitución y las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella.

El artículo 1o. de esa Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres y su artículo 3o. establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Esas son las bases constitucionales que me permiten concluir que una persona capaz tiene derecho para dictar las disposiciones que crea convenientes para protegerse en caso de una futura incapacidad, pues tal y como lo he comentado anteriormente, dichas disposiciones las puede dictar en ejercicio de su libertad y para la seguridad de su persona, y esos son

derechos protegidos universalmente y consagrados por nuestra Constitución, por lo cual dichas disposiciones deben respetarse y cumplirse plenamente, respetando la voluntad de quien las dicte, siempre que no se atente contra las Leyes de Orden Público y las buenas costumbres, como establece nuestro Código Civil en sus artículos 1831 y 1839.

Lo anterior ha sido reconocido por la Unión Internacional del Notariado Latino, cuando ha propuesto lo siguiente:

" Toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a su autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad. La autoprotección, como derecho derivado de la libertad y dignidad humanas, y como manifestación de la autonomía de su voluntad, es una necesidad nueva, a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino, deben dar tratamiento justo mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales"¹⁹

Esas medidas de autoprotección que toda persona capaz tiene derecho a adoptar para el supuesto de su eventual incapacidad, son las siguientes:

- a).- Designar su propio tutor estableciendo las directivas que debe de seguir para el cuidado de su patrimonio y de su persona.
- b).- Designar uno o varios apoderados para que lo representen en todo lo relacionado con su patrimonio y cuidado personal, precisamente durante su

¹⁹ Citado por Christian Hertel en "Escriva" Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, Año 1, Número 2, Primavera 1998, página 153.

incapacidad, aún cuando también puede establecerse que puedan actuar de manera inmediata a su designación y continuar en el ejercicio del poder para el caso de incapacidad del poderdante.

c).- Dictar disposiciones que deben acatar los médicos en todo lo que se refiera a tratamientos médicos, respetando su voluntad para que no se le prolongue artificialmente la vida, se le dé el derecho a tener una muerte digna, o inclusive, para el efecto de que no se le practique una operación quirúrgica si lleva el riesgo de acelerar la muerte.

d).- Designar el tutor y curador del incapaz sujeto a su patria potestad, sin importar que sea mayor o menor de edad, estableciendo las directivas que deben de seguir para el cuidado del patrimonio y de la persona de dicho incapaz.

Sin embargo, este derecho de las personas para impartir las directivas mencionadas, debe de revestirse de una formalidad que brinde certeza y seguridad, máxime que dichas directivas surtirán plenamente sus efectos cuando el otorgante sea declarado incapaz.

De allí que se proponga que la formalidad para esas directivas sea la notarial, para el efecto de que el otorgante en escritura pública manifieste su voluntad ante el notario, quien redactará la escritura y en la misma hará constar que el otorgante gozaba a su juicio de capacidad y que le explicó las consecuencias legales del acto otorgado.

La intervención del notario garantiza la seguridad jurídica de dichas directivas y además reviste de fecha cierta al otorgamiento de las mismas, con lo cual no se puede decir que fueron dictadas cuando el otorgante ya estaba sujeto a incapacidad, pues como he comentado anteriormente, el notario tiene la facultad de certificar la capacidad de las personas que ante él comparecen y además, de que conocen las consecuencias jurídicas del acto que están realizando.

5.2.- DESIGNACIÓN DEL TUTOR ESPECIAL

Como hemos analizado anteriormente, debe reconocerse legalmente el derecho de una persona capaz para designar a su propio tutor, sin que se diga que es en contra del orden público que rige a la tutela, ya que en esta tesis se ha fundamentado ese derecho y además, porque hay que distinguir que ese orden público si debe de respetarse pero en la etapa de aplicación de la tutela, para el efecto de proteger al incapaz, pero negarle a una persona capaz el derecho de nombrar su propio tutor para el caso de una futura incapacidad, si es atentatorio del orden público constitucional como se ha comentado anteriormente.

Para que el tutor así designado entre en funciones se requiere forzosamente que la autoridad judicial haya determinado el estado de incapacidad y entonces el tutor debe de cumplir con su obligación de cuidar la persona y los bienes del incapaz, pero sobre todo debe de respetar las instrucciones precisas que hubiese dictado su pupilo al momento de

designarlo, y procurar el bienestar del incapaz para el efecto de que pueda mantener su anterior forma de vida acostumbrada.

Así también, dicho tutor debe de representar al incapaz en todo tipo de negocios jurídicos dentro de la esfera de competencia establecida en la ley y las que le hubiere conferido el ahora incapaz al momento de designarlo, las cuales deberán ser aprobadas por la Autoridad Judicial, por lo que dicha resolución judicial será la que le servirá para acreditar la representación del incapaz.

El curador debe siempre vigilar la actuación de dicho tutor para el efecto de verificar que cumpla fielmente con sus obligaciones, y en el supuesto de que considere que no está cumpliendo con las mismas, debe de ponerlo en conocimiento del Juez de lo Familiar, quien en todo momento debe tomar las medidas que sean necesarias para proteger al incapaz.

El cargo de tutor conferido por autodesignación, no debe ser obligatorio para la persona designada, por lo que se requerirá su consentimiento para el ejercicio del cargo, ya que de lo contrario dicha designación quedaría sin efecto y tendrían que aplicarse las reglas ya establecidas para la tutela legítima.

En los comentarios a la tutela realizados en el capítulo tercero de esta tesis, me referí a la edad conveniente para poder autodesignar al tutor, por lo que ahora reitero que a los menores que hubieren cumplido catorce años se les debe de reconocer dicho derecho, ya que nuestra ley actual reconoce que a esa edad la mujer puede tomar una decisión tan importante como es la de

contraer matrimonio y por lo tanto es conveniente que dicha edad de catorce años sea reconocida legalmente como la edad mínima para poder autodesignar al tutor.

Como se propone que la designación del propio tutor se realice en escritura notarial, debe de establecerse un registro de disposiciones de autotutela para el efecto de que el notario ante quien se otorgue, se modifique o se revoque una disposición de esa naturaleza, tenga la obligación de avisar de inmediato a dicho registro, tal y como lo hace ahora en tratándose de testamentos. De igual manera, la Autoridad Judicial antes de conferir una tutela debe de tener la obligación de solicitar un informe a dicho registro para el efecto de saber si el incapaz dictó alguna disposición en relación a su autotutela, y en caso de que exista, debe de cumplirse la voluntad expresada en esa disposición, siempre que no atente contra las leyes de orden público y las buenas costumbres. De esa manera se cumple con el principio de publicidad y ya que dichos informes sólo se darán a la Autoridad Judicial, se respeta la privacidad de los otorgantes de dichas disposiciones de autotutela.

En Cataluña, España, desde el 29 de julio de 1996, existe una Ley en materia de autoprotección, la cual en el párrafo primero del artículo 5o. establece lo siguiente:

"Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores, y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado

por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior".²⁰ .

Así también, Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, en relación con el Derecho Argentino, proponen en relación a este tema que se incorpore al Código Civil de Argentina, un artículo 475 bis, cuya redacción sería la siguiente:

"Art.475 bis.- En previsión de su propia incapacidad, los mayores de edad pueden designar su curador y sus sustitutos o un procedimiento judicial de elección.

Salvo que se dispusiere lo contrario, la misma persona se desempeñará en cualquiera de los cargos a que se refieren los arts. 147 y 471 de este Código.

La designación del propio curador hecha durante la capacidad es imperativa para el juez, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su posterior remoción.

Sólo serán llamados a desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisiese o no pudiese aceptar la persona designada por el propio incapaz, durante su capacidad, o cuando no esté previsto por el otorgante un procedimiento de elección eficaz.

²⁰ Citado y comentado por Juan José Rivas Martínez, en el Libro de Ponencias Presentadas por el Notariado Español, en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz, México, en 1998, Edición de los Colegios Notariales de España, página 237.

Quien conociese su designación en los términos del presente artículo y tuviese conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona queda obligado a iniciar el proceso de incapacidad dentro de los treinta días de tal conocimiento.

Los mayores de edad pueden, también, dictar directivas y disposiciones sobre su sobrevivida y la atención de su salud para el momento de su incapacidad y ellas serán obligatorias para quienes deban aplicarlas, mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que deban hacerlo.

En todos los casos, los actos deberán otorgarse por escritura pública como forma ad solemnitatem".²¹

La Asociación Nacional del Notariado Mexicano, Asociación Civil, en su ponencia presentada en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz, Veracruz, del 4 al 7 de febrero de 1998, en relación a las modificaciones con motivo de este tema, propuso lo siguiente:

"c) Designación del representante para la propia incapacidad.

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

Agregar en el artículo 461:

La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.

ARTICULO 485 bis.- El mayor de edad capaz, o el menor que ha cumplido dieciséis años, puede designar a la persona o las personas que sucesivamente tendrán los cargos del tutor y curador para el caso de que sea declarado incapaz. El

²¹ Obra citada anteriormente, página 73.

nombramiento hecho en los términos de este artículo excluye del ejercicio de la tutela a las personas que se mencionan en los artículo 475, 481 y 486 a 491.

La designación de tutor o curador debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad".²²

5.3.- PODER DE AUTOPROTECCIÓN

En relación al poder de autoprotección que se ha propuesto que debe otorgar una persona capaz para el caso de su eventual futura incapacidad, es conveniente tener presente que dicho poder debe cubrir tanto aspectos patrimoniales como los relacionados con la salud del poderdante, inclusive facultando al apoderado para en su caso, determinar algún lugar dedicado especialmente para atender personas discapacitadas o ancianos en donde pueda quedar internado el poderdante, en caso de ser necesario.

La formalidad que debe cubrir el otorgamiento de este poder debe ser la notarial con lo que se obtiene seguridad y certeza jurídica como se ha comentado anteriormente.

Así también, debe establecerse si el apoderado queda facultado para otorgar poderes dentro de sus facultades, y en su caso que pueda revocar cualquier poder otorgado.

²² Revista de Derecho Notarial, Abril de 1998, Número 111, Publicación de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Al momento del otorgamiento del poder debe establecerse si el apoderado queda facultado para actuar inmediatamente y continuar actuando en caso de una futura incapacidad del otorgante, o si por el contrario, el poder queda sujeto a la condición suspensiva de la propia incapacidad de hecho del otorgante, comprobada por dos médicos o de la forma que el poderdante haya previsto. En este segundo supuesto el apoderado coexistiría con el tutor.

Al reglamentar este tipo de poder debe establecerse la posibilidad de que la autoridad judicial a petición del tutor pueda declarar revocado el poder como consecuencia de un uso indebido por parte del apoderado, es decir, debe existir un mecanismo de control para proteger al incapaz de los probables excesos del apoderado.

El apoderado debe actuar en cumplimiento expreso de las directrices que le hubiere dado el poderdante, e inclusive, éste puede reservarse el derecho de continuar dando instrucciones al apoderado, quien en todo caso, aún cuando el poderdante hubiere sido declarado incapaz, si éste en un momento de lucidez le da instrucciones precisas, debe de cumplirlas, pues la finalidad de este poder de autoprotección es precisamente que el apoderado cumpla fielmente con la voluntad del poderdante. En todo caso, el apoderado debe valorar dichas instrucciones para el efecto de que su actuación siempre sea en beneficio de los intereses del poderdante.

Como en el caso de la designación de tutor especial, también debe de existir un registro de los poderes de autoprotección que cumpla con la misma finalidad que se comentó en el caso del tutor especial.

En esta materia, también Taiana de Brandí y Rogelio Llorens han propuesto una reforma al Código Civil Argentino, que es del tenor literal siguiente:

“Art. 1963 bis.- No se producirá la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad o en previsión de ella. En el último caso, el mandatario sólo podrá actuar luego de que quede firme la sentencia que declare la incapacidad, salvo que el mandante hubiese previsto su comienzo por la sola aprobación de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos. El mandatario así designado que tuviese conocimiento de tal designación y la hubiese aceptado queda obligado a iniciar el proceso judicial de protección en el plazo máximo de un mes, desde que tuviese conocimiento de la ineptitud del mandante.

Los mandatos de este artículo no podrán prever la realización de los actos prohibidos al tutor en el art. 450 de este Código, salvo previsión expresa de negocios singulares, a favor de persona determinada, incluso del mandatario, o determinable.

El mandatario deberá rendir cuenta de su gestión al curador con la periodicidad que indique la sentencia judicial que, a su vez, tendrá en cuenta las previsiones del mandante. En todos los casos deberá dar cuenta inmediata de la realización de alguno de los actos previstos por el art. 443 de este Código, en el supuesto de que esté expresamente facultado para ejecutarlos.

Además de ejercer el control de la gestión del mandatario, el curador se desempeñará en todas las cuestiones que hagan al incapaz con exclusión de las previstas en el mandato.

El curador sólo podrá revocar el mandato por causa justificada, con autorización judicial, previa intervención del ministerio pupilar. Estos mandatos sólo podrán ser otorgados mediante escritura pública como forma ad solemnitatem".²³

Es conveniente tener presente que en el Derecho Argentino el Curador ejerce las funciones que el Derecho Civil Mexicano establece para los tutores.

5.4.- INSTRUCCIONES A LOS MEDICOS SOBRE EL DESARROLLO DEL "LIVING WILL".

De acuerdo a lo comentado en el capítulo segundo, cuando me referí al LIVING WILL, toda persona tiene derecho a una muerte digna y en consecuencia deben tomarse en consideración las instrucciones médicas que haya dictado en estado de capacidad.

En efecto, un derecho fundamental del ser humano es el de morir en paz y con dignidad, por lo cual debe evitarse lo que se ha dado en llamar el "Encamizamiento Médico", es decir, la aplicación de tratamientos médicos que implican una prolongación de la vida en condiciones vegetativas o de crueldad manifiesta, sin posibilidad de recuperación.

²³ Obra citada página 74.

Por tal motivo, en nuestro país debe reglamentarse este tipo de disposiciones, por las cuales una persona capaz, previendo situaciones futuras en las que pueda llegar a carecer de decisión, dicte disposiciones en relación a tratamientos médicos, aplicaciones o rechazos de cirugías, la amputación de algún órgano, trasplantes de órganos, o inclusive la supresión de los tratamientos médicos que considere que sólo prolongarían su vida en condiciones inhumanas y sin posibilidad de recuperación.

La Ley General de Salud en su artículo 103, reconoce que solamente se pueden aplicar recursos terapéuticos cuando exista la posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, por lo que en cierta medida, está en contra del encarnizamiento médico a que me he referido anteriormente. Dicha norma dice textualmente lo siguiente:

"En el tratamiento de una persona enferma, el médico podrá utilizar nuevos recursos, terapéuticos o de diagnóstico, cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con el consentimiento por escrito de éste, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta Ley y otras disposiciones aplicables".

Dichas instrucciones a los médicos, conocidas como "LIVING WILL" deben cumplir con la formalidad notarial para el efecto de que tal y como se ha comentado anteriormente, el notario revista de seguridad esas instrucciones, ya que certificaría la capacidad del otorgante, redactaría el documento de acuerdo a lo manifestado por el otorgante, al cual asesoraría y le explicaría

ampliamente las consecuencias jurídicas de dicho acto. Así también, con la intervención notarial se le da solemnidad a dicha declaración y se evita la simulación o aduiteración, máxime que el Notario da fe de conocer al otorgante.

La Ley General de Salud en su artículo 324, reconoce que para el caso de toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos. Por lo que considero que nuestro legislador ha querido la intervención notarial para darle seguridad al documento, y por lo mismo, por analogía en el caso que ahora se comenta, yo considero que sólo debe de haber la formalidad notarial, pues da más seguridad que el documento ante dos testigos. El notario da fe de que la voluntad del otorgante ha sido expresada libremente, sin ningún vicio o coacción, en un momento de plena capacidad y consiente de la trascendencia del acto que se está realizando, así como de sus consecuencias jurídicas.

Estas disposiciones por esencia son revocables, por lo que el otorgante puede modificarlas cuantas veces lo desee, de tal manera que siempre cumplan con lo que él realmente quiera.

Así también, esas instrucciones deben tener fuerza vinculatoria para obligar a médicos y familiares para respetar la decisión del otorgante y se pueda cumplir con su voluntad de tener una muerte digna.

Como las anteriores disposiciones de autoprotección que he comentado, estas instrucciones a los médicos deben ser registradas en un Registro de las Disposiciones de Autoprotección, mediante un aviso que los notarios den a

ese registro, respecto a su constitución, modificación o revocación total, con lo que se cumple con el principio de publicidad y en su caso, para que surtan efectos en contra de terceras personas, como los médicos y familiares, de tal manera que respeten la decisión del otorgante.

La Asociación Nacional del Notariado Mexicano, Asociación Civil, en su ponencia presentada en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, en relación a este tema propone que se incluya en la Ley General de Salud el siguiente texto:

"ARTICULO 320A.- Una persona capaz, en pleno uso de sus facultades puede hacer una declaración ante notario en la que instruya a los médicos y a quienes hayan de realizar un tratamiento que no se prolongue la vida con procedimientos artificiales, extraordinarios o desproporcionados. La declaración será en todo momento revocable por la persona que la realizó, aún sin la formalidad con que se otorgó la primera".²⁴

5.5.- SUGERENCIAS DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo a lo que he comentado en el desarrollo de esta tesis, es necesario incluir en nuestro Código Civil reformas para prevenir la incapacidad de la persona física y considero que debe hacerse en un Título especial dentro del Libro Primero, que se refiere a las personas, precisamente después del Título Noveno que se refiere a la Tutela, de tal

²⁴ Obra citada página 246.

manera que estas nuevas normas queden inmediatamente después de las relativas al estado de interdicción.

Considero que lo anterior es lo más adecuado de acuerdo a la técnica jurídica, ya que de esa manera todas las disposiciones de autoprotección quedarían en un solo Título, ya que de lo contrario habría que realizar reformas por separado en la tutela, el poder, la patria potestad e inclusive en la Ley General de Salud y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

En consecuencia, el nuevo Título que propongo, estaría después del actual artículo 640 y como consecuencia de que actualmente se encuentran derogados los artículos 642, 644 y 645, los artículos 641 y 643 pasarían a ser los números 644 y 645, con lo que quedarían disponibles para la nueva redacción los artículos 641, 642 y 643.

Por tal motivo, la redacción que propongo es la siguiente:

TITULO NOVENO BIS

Disposiciones de Autoprotección Futura

“Artículo 641.- Cualquier persona mayor de catorce años, como medida de autoprotección para su eventual futura incapacidad, puede designar su propio Tutor o Curador, así como las personas que podrán ejercer sucesivamente dichos cargos.

Dicho nombramiento debe ser acatado por el Juez de lo Familiar, salvo que la persona designada no quisiese o no pudiese aceptar el cargo, caso en el cual se aplicarán las reglas de la Tutela Legítima.

El Tutor y el Curador así designados tendrán los derechos y obligaciones establecidos en este Código para los de su clase, así como las facultades que se les hubieren conferido al momento de su designación, las cuales deberán ser aprobadas por el Juez de lo Familiar y ser congruentes con el ejercicio de dichos cargos.

El Tutor y el Curador designados conforme a este artículo, deberán cumplir las instrucciones precisas que se les encomienden al momento de su designación, siempre que no atenten contra las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Para los efectos de este Artículo, quienes ejerzan la patria potestad sobre un incapaz, sea mayor o menor de edad, podrán designarle Tutor y Curador".

"Artículo 642.- Cualquier persona capaz, puede conferir poder de autoprotección para el caso de su eventual futura incapacidad.

El apoderado podrá quedar facultado para actuar inmediatamente y continuar actuando una vez que el poderdante sea declarado sujeto a interdicción.

Así también, podrá establecerse que el poder quede sujeto a la condición suspensiva de la propia incapacidad de hecho del otorgante, comprobada por dos médicos alienistas o de la forma que el poderdante haya previsto.

El apoderado debe cumplir las directrices que le hubiere dado el poderdante, e inclusive, éste en un momento de lucidez certificado por dos médicos alienistas, puede ante notario darle instrucciones precisas que el apoderado debe cumplir.

El apoderado podrá quedar facultado para intervenir tanto en aspectos patrimoniales como en los relacionados con la salud del poderdante.

El apoderado deberá rendir mensualmente cuentas de su gestión al Tutor.

El Juez de lo Familiar a petición del Tutor puede declarar revocado el poder siempre y cuando quede acreditado el uso indebido por parte del apoderado".

"Artículo 643.- Cualquero persona capaz puede dictar disposiciones que los médicos, cónyuge y parientes deben cumplir para el efecto de que no se le apliquen tratamientos médicos que impliquen una prolongación de la vida en condiciones vegetativas o de crueldad manifiesta, sin posibilidad de recuperación, o que en su caso, puedan acelerarle la muerte.

Inclusive puede designar un apoderado para que decida respecto a los tratamientos médicos que debe recibir, así como para determinar algún lugar dedicado especialmente para atender personas discapacitadas o ancianos, en donde pueda quedar internado el poderdante en caso de ser necesario".

"Artículo 643 Bis.- Todas las disposiciones de autoprotección a que se refiere este Título, deberán hacerse ante notario y serán revocables en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

El Colegio de Notarios del Distrito Federal tendrá la obligación de llevar un Registro de las Disposiciones de Autoprotección citadas.

Los notarios están obligados a informar a dicho Colegio, dentro de los cinco días posteriores a la firma de la escritura, cualquier acto relacionado con las presentes disposiciones de autoprotección.

El Colegio de Notarios del Distrito Federal a petición de los notarios, de médicos o de autoridades competentes, podrá proporcionar la información que conste en dicho registro, y que según el caso sea procedente, de acuerdo a la solicitud que se le presente".

Para hacer congruentes las disposiciones del Título propuesto, es conveniente reformar los siguientes Artículos del Código Civil.

Al Artículo 443 se le debe añadir a la fracción III, que la patria potestad se prorroga si el hijo al llegar a la mayoría de edad continúa siendo incapaz, por lo que quedaría redactado de la siguiente manera:

“Artículo 443.- La patria potestad se acaba:

III.- Por la mayoría de edad del hijo, salvo que éste continúe siendo incapaz, caso en el cual la patria potestad queda prorrogada mientras continúe el estado de incapacidad”.

Es necesario añadir la autodesignación de tutor al artículo 461, para que quede redactado de la siguiente forma:

“Artículo 461.- La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada”.

Por lo que se refiere al poder de autoprotección que se propone continúe después de la incapacidad del otorgante, es conveniente reformar la fracción IV del Artículo 2595 para que quede de la siguiente forma:

“Artículo 2595.- El mandato termina:

IV.- Por la declaración judicial de interdicción de uno u otro, salvo los supuestos de las disposiciones de autoprotección a que se refiere el Título Noveno Bis, del Libro Primero”.

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES

1.- Nuestro sistema legal no contempla la posibilidad de que una persona enteramente capaz, pueda dictar instrucciones respecto al manejo de su patrimonio y de su persona en caso de padecer una posible incapacidad en su futuro.

2.- Las enfermedades propias de la vejez como la demencia senil o mal de "Alzheimer", y aún las que no lo son, como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, han creado la necesidad de que alguien ante el temor de los síntomas de esas enfermedades, requiera prever situaciones respecto al cuidado de su persona y de su patrimonio en el supuesto de que llegue a caer en estado de incapacidad.

3.- En Estados Unidos de Norteamérica el "Living Will o Testamento Vital", consiste en el otorgamiento de un acto jurídico unilateral por el que, la persona capaz decide sobre los tratamientos médicos que desea que se le apliquen, o en su caso los que no desea recibir, en el supuesto de que se trastorne su autogobierno.

4.- Un derecho fundamental del ser humano es el de morir en paz y con dignidad, por lo cual debe evitarse lo que se ha dado en llamar el "Encarizamiento Médico", es decir, la aplicación de tratamientos médicos que impliquen una prolongación de la vida en condiciones vegetativas o de crueldad manifiesta, cuando no exista posibilidad de recuperación.

5.- Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la incapacidad natural es propia de los menores de edad y que la incapacidad legal es propia de los mayores de edad a que se refiere el artículo 450 del Código Civil, de conformidad con la tesis que ha quedado transcrita en el capítulo tercero.

6.- Es ilícito que el padre o la madre de un menor comparezca ante un notario para designar tutor testamentario de su menor hijo, cuando todavía no ha fallecido el padre o la madre correspondiente.

7.- También es ilícito que un testador instituya como heredero a un menor, privando de la administración de los bienes heredados a quien ejerce la patria potestad.

8.- Muchas veces las personas no desean que su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o colaterales dentro del cuarto grado, ejerzan la tutela legítima sobre ellas para el caso de que en un futuro llegaren a caer en incapacidad, por lo que deben tener el derecho para designar su tutor, ya que nadie podría hacer mejor designación que el propio interesado que conoce la realidad familiar y social que le rodean, y en consecuencia, tendrá mucho cuidado en instituir como tutor a la persona que crea conveniente para su cuidado personal y de su patrimonio.

9. - El Fideicomiso, el Poder, la Renta Vitalicia y la Donación con Carga, no resuelven totalmente el problema que se plantea respecto a las prevenciones legales para el caso de la incapacidad en la persona física, por ser figuras

jurídicas previstas para fines totalmente distintos, ya que requieren de una redacción forzada e insuficiente para cumplir con el objetivo planteado.

10. - Toda persona en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tiene el derecho para disponer respecto de su patrimonio y de su persona, dentro del ámbito de libertades consagradas por nuestras leyes en donde se establece como límite el respeto a las Leyes de Orden Público y a las buenas costumbres.

11. - Las medidas de autoprotección futura que sugiero para prevenir la incapacidad eventual de toda persona capaz, son las siguientes:

a).- Designar su propio tutor estableciendo las directivas que deben de seguirse para el cuidado de su persona física y de su patrimonio.

b).- Designar uno o varios apoderados para que lo representen en todo lo relacionado con su patrimonio y cuidado personal, precisamente durante su incapacidad, aún cuando también puede establecerse que puedan actuar de manera inmediata a su designación y continuar en el ejercicio de las facultades otorgadas al respecto.

c).- Dictar disposiciones que deben acatar los médicos en todo lo que se refiera a tratamientos médicos terapéuticos, respetando su voluntad a fin de que no se le prolongue artificialmente la vida, se le dé el derecho a tener una muerte digna, o inclusive, para el efecto de que no se le practique una operación quirúrgica que lleve el riesgo de acelerar su muerte.

d).- Designar el tutor y curador del incapaz sujeto a su patria potestad, sin importar que sea mayor o menor de edad, estableciendo las directivas que deben de seguirse para el cuidado del patrimonio y de la persona de dicho incapaz.

12.- La intervención del notario garantiza la seguridad jurídica de dichas declaraciones y además reviste de fecha cierta el otorgamiento de las mismas, con lo cual no se puede decir que fueron dictadas cuando el otorgante ya estaba sujeto a incapacidad, ya que el notario tiene la facultad de certificar la capacidad de las personas que ante él comparecen y además, se hará constar que se le explicaron al otorgante, las consecuencias jurídicas del acto que esté realizando.

13.- Debe establecerse un Registro de Disposiciones de Autoprotección para el efecto de que el notario ante quien se otorgue, la declaración respectiva, se modifique o se revoque una disposición de esa naturaleza, tenga la obligación de avisar de inmediato a dicho Registro, tal y como lo hace ahora en tratándose de testamentos. Dicho Registro debe estar a cargo del Colegio de Notarios del Distrito Federal quien a petición de los notarios, de médicos o de autoridades competentes, proporcionará la información que conste en dicho Registro, y que según el caso, sea procedente.

14.- Debe reformarse el Código Civil vigente para el Distrito Federal, con el propósito de incluir las Disposiciones de Autoprotección citadas, de tal manera que queden reglamentadas la autotutela, autocuratela, poder de autoprotección, instrucciones para los médicos, así como el Registro de

Disposiciones de Autoprotección conforme al proyecto de modificaciones a que se refiere el capítulo quinto de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **BARRERA GRAF, Jorge.** La Representación Voluntaria en Derecho Privado. Representación de Sociedades. Universidad Nacional Autónoma de México. 1967.
- 2.- **CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.** Comentado. Libro Primero de las Personas. Tomo Primero año 1990. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial.
- 3.- **DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo.** Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas Negocio Jurídico e Invalidez. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1990.
- 4.- **DE IBARROLA, Antonio.** Derecho Familiar. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1978.
- 5.- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.** Tomo XXVI. Editorial Driskil. S.A.. Buenos Aires. Argentina. 1981.
- 6.- **ENNECCERUS Ludwig, KIPP Theodor y WOLFF Martín.** Tratado de Derecho Civil. (Parte General) Tomo Primero. Bosch Casa Editorial, S.A.. Barcelona, España. 1981.

- 7.- **ESCRIVA**. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México. Año 1. Número 2. Primavera 1998.
- 8.- **LOZANO NORIEGA**, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.. 1982.
- 9.- **MESSINEO**, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo Primero. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- 10.- **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO**, Bernardo. Representación. Poder y Mandato. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.
- 11.- **REVISTA DE DERECHO NOTARIAL**. Número 111. Publicación de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.. Abril 1998.
- 12.- **RIVAS MARTINEZ**, Juan José. Ponencias presentadas por el Notariado Español en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana. Edición de los Colegios Notariales de España. 1998.
- 13.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Primero. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1986.
- 14.- **SANCHEZ MEDAL**, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- 15.- **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.

16.- TAIANA DE BRANDI, Nelly y LLORENS, Luis Rogelio. Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1996.

17.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.