

I. La madurez	119
II. La vejez	123
III. Salud y enfermedad	126
IV. La ausencia de disposiciones para la propia incapacidad en el derecho mexicano	134
1. Introducción, preceptos constitucionales	134
2. Derechos de los adultos mayores	140
3. La pérdida de la vida y la donación de órganos en la Ley General de Salud	145
4. La tutela	156
A. La interdicción	164
B. La tutela preventiva	168
5. El testamento	174
6. La representación	176
7. La renta vitalicia	187
8. El fideicomiso	190

CAPÍTULO TERCERO

DOGMÁTICA JURÍDICA IMPERANTE EN MÉXICO

I. LA MADUREZ

Como se verá en este capítulo, existen diversas figuras en nuestro marco jurídico que pueden resolver, aunque sólo parcialmente, algunos inconvenientes derivados de la propia incapacidad. No obstante, en general, este importante tema se encuentra a la deriva en una gran laguna. Entre estas figuras, se encuentran:

- a) Tutela. Cuyo problema es que, hasta ahora, no se tiene en cuenta la voluntad de quien siendo capaz, la exprese ante su propia incapacidad.
- b) Testamento. Que, por antonomasia, excluye cualquier acto o negocio a ejecutarse antes de la muerte.
- c) Poder y mandato. En este caso, el principal problema es que el mandato termina por la interdicción, y son escasas en nuestro país las experiencias en materia de mandatos de autoprotección o preventivos.
- d) Renta vitalicia. Que se limita al aspecto patrimonial y no resuelve ni la administración de esas cantidades periódicas ni el cuidado de la persona o su salud.
- e) Fideicomiso. Hay aspectos que no resuelve en su totalidad como lo relativo al cuidado de la persona o de la salud y la enorme dificultad de aportar todos los bienes o una parte importante de ellos a una institución fiduciaria por largo plazo, y generalmente indeterminado. Por otra parte, el fiduciario, actuando por instrucción del comité técnico no es un instrumento ágil para tomar medidas urgentes, como por ejemplo cuando el fideicomisario incapaz se encuentra en el quirófano.

En suma, existen diversas figuras en el derecho positivo mexicano que sólo resuelven parcialmente algunos de los principales temas adheridos a la propia incapacidad, y acaso uno de los más delicados es la escasa atención a la propia voluntad.

A reserva de respetar las diferentes posturas y aprovechar algunas de las aportaciones relacionadas con el contexto de cada adulto, cabe señalar que existen diversas opiniones acerca de la forma en que se puede subdividir el desarrollo humano para su estudio y comprensión. En forma general se puede afirmar que la mayoría de los enfoques o las perspectivas coinciden en la siguiente fragmentación: primera infancia, niñez temprana, niñez intermedia, adolescencia, juventud, adultez temprana, adultez intermedia (madurez) y adultez tardía (vejez).¹⁵⁴ Para los efectos de este trabajo, tienen especial relevancia la adultez intermedia y la tardía. A esta última haremos referencia expresa en el siguiente apartado.

La adultez intermedia se suele definir como los años de la persona que van desde los cuarenta hasta los sesenta y cinco, y tiene diferentes rasgos característicos entre los que destacan los siguientes:¹⁵⁵

- En general, la gente de edad intermedia de hoy está en buenas condiciones física, financiera y psicológica. Es probable que esté en sus años de máximas ganancias y, puesto que usualmente sus hijos están crecidos o casi crecidos, muchos tienen la posición financiera más segura de sus vidas.
- Los adelantos médicos y la buena condición mantienen de manera general en buena salud física a la generación actual de gente de edad intermedia. Además, una de las mayores fuerzas de la edad intermedia proviene de haber vivido lo suficiente para adquirir experiencia social y profesional valiosa, y tener oportunidades de utilizar esa experiencia.

¹⁵⁴ Bajo otra perspectiva, la formación del ego tiene lugar a lo largo de un proceso que dura muchos años y que se puede dividir en cuatro estadios: temprano (que concluye entre los 4-7 años), un estadio intermedio (que termina a eso de los 7-12 años), un estadio tardío (que acaba en torno a los 12-21 años) y el punto en que se considera que el ego ya es totalmente maduro (en torno a los 21 años). Visser, Frank, *Ken Wilber o la pasión del pensamiento*, Barcelona, Kairós, 2004, p. 105.

¹⁵⁵ Fernández Sánchez, Néstor, *El adulto*, <http://www.webmedia.com.co/documentos/andragogia.pdf>, consultado el 14 de noviembre de 2005.

- Desde luego que ésta “época primordial” de la vida tiene sus tensiones. El adulto de la edad intermedia se da cuenta de que su cuerpo no es lo que una vez fue. En una sociedad orientada hacia la juventud y la buena condición, las arrugas, los hundimientos y los dolores musculares agudos son señales no bienvenidas, pues indican la proximidad de la vejez. Las aparentes señales de envejecimiento pueden herir a la gente que está buscando trabajo o que se encuentra dentro de una institución donde la mayoría de la población es gente “joven”.
- La edad intermedia es una época de hacer inventarios. En vez de pensar en el periodo de su vida desde el punto de vista de los años que ya ha vivido, la gente empieza a pensar en el tiempo que le queda por vivir. Comienza a darse cuenta de que posiblemente no puede hacer todo lo que quiere y está ansiosa por sacar el máximo provecho de sus años restantes.
- Esta comprensión incita a muchas personas a cambiar de actividad profesional, a otras a dejar a su cónyuge y a algunas a jubilarse.
- El funcionamiento físico y la salud son usualmente buenos en estos años, a pesar de que no están en el nivel máximo a los de la edad adulta temprana. La mayoría de la gente acepta los cambios en sus capacidades reproductoras y sexuales —menopausia y periodo crítico masculino— y en la disminución de la agilidad al caminar. Pero suele haber alguna angustia por la disminución del atractivo físico.¹⁵⁶
- En cuanto a la vista, a medida que los cristalinos del ojo se vuelven menos elásticos con la edad, su foco no se ajusta tan fácilmente. En consecuencia, mucha gente desarrolla presbicia y necesita anteojos para leer, también se experimenta una leve pérdida en la nitidez de la visión y se necesita cerca de un tercio más de luminosidad para compensar la pérdida de luz que llega a la retina.
- Hay también una pérdida gradual de la audición, especialmente en lo que respecta a los sonidos en las frecuencias más altas. Esta condición es conocida como presbiacusia.
- La sensibilidad del sentido del gusto empieza a disminuir alrededor de los cincuenta años, particularmente la habilidad para discriminar “los matices más finos del gusto”. Los alimentos que pueden ser

muy sabrosos a un joven pueden parecer insípidos a una persona de edad intermedia, a menos que se le agreguen condimentos.

- La sensibilidad al olor parece sostenerse bien. El olfato es uno de los últimos sentidos que se disminuye.
- La menopausia ocurre alrededor de los cincuenta años, en promedio, pero puede suceder muy normalmente de dos a cinco años antes o después, durante los cuales el cuerpo de la mujer experimenta los diversos cambios fisiológicos. La etapa inmediata anterior a la menopausia se conoce técnicamente como el periodo climatérico en el que el cuerpo de la mujer reduce su producción de estrógeno. En consecuencia, experimentan síntomas físicos que pueden incluir bochornos, adelgazamiento del revestimiento vaginal (lo cual puede hacer dolorosa la relación sexual) o disfunción urinaria. Para muchas mujeres, la menopausia no es una eventualidad de sus vidas, más bien es una época psicológica notoria.¹⁵⁷
- A pesar de que los padres pueden continuar engendrando hijos hasta muy avanzada edad, algunos hombres de edad intermedia experimentan una disminución en la fertilidad, en la frecuencia de las eyaculaciones y un aumento de la impotencia. La etapa inmediata previa a la andropausia se caracteriza por cambios fisiológicos, emocionales y psicológicos.
- Las enfermedades más comunes de la edad media son el asma, la bronquitis, la diabetes, los desórdenes nerviosos y mentales (irritación o depresión), la artritis, el reumatismo, los deterioros de la vista y el oído, y el mal funcionamiento o las enfermedades de los sistemas circulatorio, digestivo y genito-urinario.
- Las tres principales causas que conducen a la muerte entre los treinta y cinco y los cincuenta y cuatro años son el cáncer, los ataques al corazón y los accidentes; entre los cincuenta y cinco y sesenta y cuatro años, las causas son el cáncer y enfermedades del corazón.
- No hay una evidencia de descenso en muchas clases de funcionamiento intelectual antes de los sesenta años y hay, inclusive, incremento en algunas áreas como el vocabulario, las habilidades y la cultura. La gente de edad intermedia muestra una marcada ventaja para solucionar los problemas de la vida cotidiana, la cual procede de su capacidad para sintetizar su conocimiento y su experiencia.

Las personas que llegan a esta “segunda mitad de la vida” pueden experimentar una fase en la que suelen acabar las preocupaciones ligadas a cuestiones externas como el trabajo, el dinero, el matrimonio y la familia, y el individuo es cada vez más consciente de su mortalidad, lo que concentra la mente y la libera de los avatares del mundo. Como afirma Ken Wilber, los psicólogos evolutivos han descubierto que, desde el momento del nacimiento hasta la adolescencia, el ser humano atraviesa varias transformaciones importantes y que luego el desarrollo parece estancarse. Por ello, desde los veinticinco hasta los cincuenta y cinco años, aproximadamente, sólo existen unas pocas y excepcionales transformaciones verticales. Entre los cincuenta y los sesenta años el individuo empieza a envejecer, con lo cual, se movilizan las placas tectónicas sobre las que se asienta el psiquismo y vuelve a abrirse la posibilidad (bastante probable, por otra parte) de experimentar una transformación vertical.¹⁵⁸

En esta fase del ciclo vital uno ya sabe lo que es perder a un ser querido y probablemente también haya tenido que afrontar enfermedades letales que le impidan seguir negando su mortalidad. Los objetivos laborales probablemente se han alcanzado, o bien, se ha renunciado a ellos y, empiezan a dejar de interesar. Los hijos son ya mayores, se han distanciado, y para uno mismo puede dejar de ser atractivo pasear de un lado al otro. Es entonces cuando la mente suele brindarnos la gran oportunidad de orientarnos hacia la toma de decisiones sobre el camino restante, con elementos, lucidez y responsabilidad.

II. LA VEJEZ

En las tres primeras décadas del siglo pasado, el nivel de la mortalidad era alto al compararlo con otros países, sobre todo los más desarrollados. Se estima que en 1930 la esperanza de vida era de 36.2 años (35.5 para los hombres y 37.0 para las mujeres).

En esa época, la población del país todavía pagaba un pesado tributo a las enfermedades de carácter infeccioso: de los diez principales padecimientos responsables de la mortalidad, ocho eran de ese tipo. En contraste, la vida media de los mexicanos se sitúa en la actualidad en los 73.5 años para los hombres y 78.4 en las mujeres, es decir, más del doble que hace setenta y seis años y cada vez más cerca de las naciones con mayo-

¹⁵⁸ Wilber, Ken, *Boomeritis*, Barcelona, Kairós, 2004, p. 409.

res índices de sobrevivencia, al tiempo que en la actualidad sólo una de las diez principales causas de muerte en México es de tipo infeccioso (neumonía e influenza). El descenso de la mortalidad general ha sido de tal magnitud que la reducción global del riesgo de fallecer, acumulada de 1930 a 2006, ha sido de 83.7% en los hombres y de 86.5% en las mujeres.¹⁵⁹

La primera conclusión lógica de lo anterior es que nuestro país está envejeciendo, lenta pero continuamente. El envejecimiento es resultado de una serie de dinámicas que se presentan de manera desigual en cada país. Mientras en Uruguay, el país más envejecido de América Latina, hay más de cincuenta personas mayores de sesenta y cinco años por cada cien menores de quince años, en México hay actualmente sólo quince, de acuerdo con las proyecciones de población del Consejo Nacional de Población (Conapo). No obstante, durante los próximos cincuenta años el proceso de envejecimiento se acelerará, de tal forma que mientras en Cuba habrá 170 mayores de sesenta y cinco años por cada 100 menores de quince, en México dicho proceso será tan rápido que a mediados del siglo XXI habrá 121. Mientras a Francia le tomó 250 años alcanzar un porcentaje de 16% de población adulta mayor, a México le tomará sólo cuarenta años, de modo que nuestro porcentaje de población envejecida se asemeja en la actualidad al de Francia a mediados del siglo XVIII, en tanto que hacia 2050 el porcentaje será similar en ambos países.

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

159 Conapo. *Indicadores demográficos 2000-2050*, <http://www.conapo.gob.mx/00cifras/proy/RM.xls>, consultado el 7 de febrero de 2007. Por su parte, para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la esperanza de vida en México es de 75,3 años. PNUD, *Human Development Report 2006*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2006. Si bien el promedio sigue estando lejos de Japón, con sus 82,2 años, más distante aún se encuentra de Suazilandia, con una esperanza de vida de apenas 31,3 años.

acumulación de población en las edades avanzadas, sino de los niveles de vulnerabilidad que se relacionan con la vejez, como la pérdida de la salud, la disminución de la autonomía individual, la menor adaptabilidad a los cambios sociales y tecnológicos, y la mayor dependencia económica, entre otros.

La vejez es un estado de graduales cambios degenerativos, de lento desgaste, pero no es una enfermedad ni tiene que venir acompañada de dolores ni angustias. Hay enfermedades propias de la vejez, lo mismo que hay enfermedades propias de la infancia; pero eso no quiere decir que la infancia sea una enfermedad, como tampoco lo es la vejez. En el proceso de envejecer ocurren cambios progresivos en las células, en los tejidos, en los órganos y en el organismo total. Es la ley de la naturaleza que todos los seres vivos cambien con el tiempo, tanto en estructura como en función. El envejecimiento empieza con la concepción y termina con la muerte. La gerontología se interesa principalmente en los cambios que ocurren entre el logro de la madurez y la muerte del individuo, así como en los factores que influyen en estos cambios progresivos. Se hace extremadamente difícil señalar cuándo comienza la vejez. Esto se debe a las numerosas diferencias individuales que existen en el proceso de envejecer. No solamente hay variaciones entre individuos, sino también entre distintos sistemas de órganos. Orgánicamente hablando, el individuo en cualquier edad es el resultado de los procesos de acumulación y destrucción de células, que ocurren simultáneamente. El envejecimiento comienza bien temprano en la vida. Distintas partes de la anatomía envejecen a ritmos diferentes. Específicamente, se ha señalado el caso del *arcus senilis* (arco senil o círculo del envejecimiento), que es la parte coloreada de los ojos de las personas viejas. Generalmente, tal cambio puede observarse por primera vez alrededor de los ochenta años, pero en otras personas puede notarse a los cincuenta.

Lo prevaleciente es la noción de que la vejez es resultado inevitable del deterioro orgánico y mental. Tal deterioro se hace visible a mediados de la vida. De ahí en adelante, progresa a un ritmo acelerado. En lo referente a los factores biológicos, se ha apuntado certeramente que los cambios que ocurren en el proceso de envejecer son los mismos en todas partes del mundo. En este sentido parece inevitable que el organismo humano pasa a lo largo de un ciclo que comprende la concepción, el nacimiento, el desarrollo durante la niñez y la adolescencia, la plenitud, la declinación y la muerte. La vejez es un proceso multifacético de madura-

ción y declinación, pese al hecho de que en todo instante hay lugar para el crecimiento. Las investigaciones señalan que se empieza a envejecer antes de los sesenta y cinco años. Ya para fines de la cuarta década, hay declinación en la energía física. También aumenta la susceptibilidad a las enfermedades e incapacidades. Finalmente, de una manera inexorable, unos antes y otros después, viene la declinación general. El individuo acaba retrayéndose de las actividades. Depende mucho de los que le rodean. Si las relaciones con otros son tirantes, el anciano busca el aislamiento y la soledad. El temperamento puede tornarse agrio. Surge en muchos casos la mala salud física. Los ingresos económicos pueden ser insuficientes. Hay una multitud de problemas de índole social y psicológica que cae sobre el anciano y sus familiares, la situación no es fácil para la persona vieja ni para sus relacionados. El anciano no quiere constituir un estorbo. Para los familiares, el hecho de tener la responsabilidad de personas mayores constituye un serio impedimento en el disfrute de sus afanes de vida y en la realización de sus proyectos y aspiraciones. De acuerdo con Catalina Zuleta y Yamile Gómez, en la vejez es muy difícil separar las incapacidades de índole física de los efectos desintegrantes de conflictos que, por ser prolongados y arduos, dejan una huella psíquica profunda en el individuo. El proceso de envejecer abarca toda la personalidad. El deterioro en la vejez no es sólo en la estructura, sino también en la función y, por tanto, un resultado de las tensiones emocionales.¹⁶⁰ A cualquier edad es posible morir. La diferencia estriba en que la mayoría de las enfermedades y disfunciones se acumulan en las últimas décadas de la vida.

Se puede llegar a viejo sin problemas de salud físicos, ni mentales, todo depende del estado que mantenga previamente una persona. Si bien es cierto que el proceso de envejecimiento no está libre de problemas, la enfermedad no es exclusiva de la vejez como no lo es la salud de la juventud.

III. SALUD Y ENFERMEDAD

Son diversas y muy variadas las definiciones concernientes a la salud. Veamos algunas de ellas. Según el concepto clásico, la salud se ha defi-

¹⁶⁰ Zuleta, Catalina, y Gómez, Yamile, "Factores psicológicos intervinientes en la calidad de vida de personas en la etapa de la vejez", <http://www.monografias.com/trabajos14/psicolvejez/psicolvejez.shtml#> (13 de julio de 2005).

nido durante mucho tiempo en términos negativos como ausencia de enfermedades e invalideces. No obstante, esta definición no es operativa por tres razones:

- Sería necesario trazar el límite o la línea divisoria entre lo normal y lo patológico, y evidentemente esto no es posible.
- El concepto de normalidad varía con el tiempo.
- Son definiciones negativas en las ciencias sociales.

Por su parte, para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones (1967). Esta definición presenta aspectos positivos e innovadores y otros negativos o criticables. En cuanto a los aspectos positivos:

- Se define por primera vez la salud en términos positivos.
- Contempla por primera vez las áreas mental y social.

Por lo que se refiere a sus aspectos negativos:

- Equipara bienestar a salud.
- Se trata más de un deseo que de una realidad, es una definición utópica.
- Se trata de una definición estática, asume la salud como una situación de completo bienestar y no habla de grados de salud.
- Es subjetiva porque no contempla la capacidad de funcionar de la salud, únicamente hace referencia al bienestar.

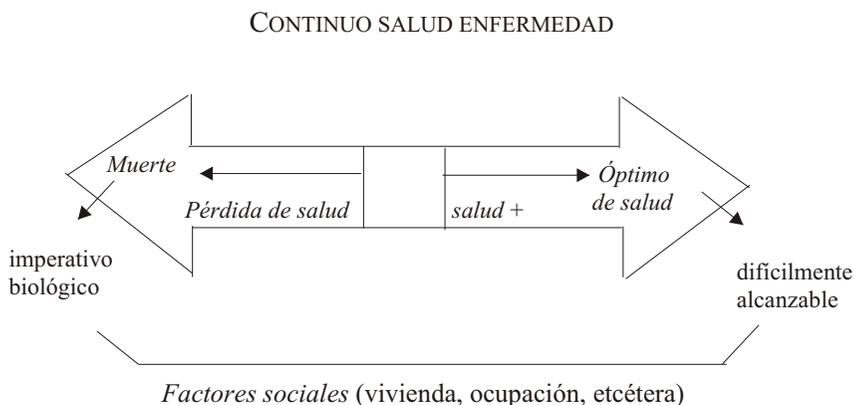
El epidemiólogo doctor Milton Terris (1915-2002)¹⁶¹ no estaba de acuerdo con la definición que da la OMS por dos razones: tanto la salud como la enfermedad no son absolutos, es decir, que existen diferentes grados, por una parte, y la palabra “completo” debería desaparecer, por la otra. Consideró, asimismo, que la salud recoge dos aspectos importantes: el subjetivo (el bienestar; sentirse bien en diferentes grados) y el objetivo (la capacidad de funcionar). La enfermedad, en consecuencia, po-

¹⁶¹ Terris, Milton, “The Epidemiologic Tradition”, *Public Health Reports*, Nueva York, 1979, 94(3), pp. 203-209.

see dos aspectos: el subjetivo (el malestar), y el objetivo (afecta a la capacidad de funcionar, la limitación de funciones en diferentes grados).

Terris consideró que la salud es un bienestar físico, social y no únicamente la ausencia de enfermedades o afecciones, que es posible la presencia conjunta de bienestar en diferentes grados y la capacidad de funcionamiento. Asimismo, por ejemplo, es la aparición de ciertas enfermedades que no producen manifestaciones clínicas, ni limitan la capacidad de funcionamiento.

La salud también ha sido entendida como un continuo cuyos extremos son el óptimo de salud y la muerte (situaciones extremas). Dentro de este continuo hay una zona neutra que nos viene a reflejar que la separación entre enfermedad y salud no es absoluta, de manera que hay situaciones en las que es difícil diferenciar lo normal de lo patológico. También vamos a recalcar que a la muerte se llega por imperativo biológico, mientras que el óptimo de salud se alcanza difícilmente. Además entre la zona neutra y los extremos hay diferentes grados de pérdida de salud y de salud positiva, por eso consideramos el concepto de salud como algo dinámico.



A su vez también destacan unos factores sociales que influyen sobre el continuo salud-enfermedad, y dentro de estos factores están: educación, ocupación, nivel de vida, vivienda, etcétera.

Hoy en los países desarrollados, tanto la salud como la pérdida de salud están estrechamente relacionados con: el estilo de vida, el cumpli-

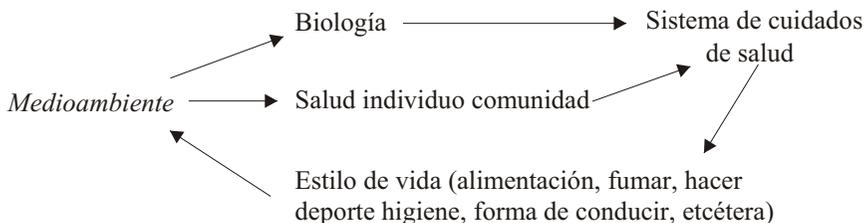
miento de los tratamientos, y la adopción de conductas positivas de salud de individuos, grupos y colectividades

Para la perspectiva ecológica o tradicional, la salud de los individuos dependerá de un agente causal (bacteria, descenso de temperatura, etcétera). El agente capaz de provocar la reducción de la salud en un huésped es el medioambiente es el que lo modula. Esta perspectiva se desarrolló en el siglo XIX porque en ese momento las causas de muerte (enfermedades infecciosas) estaban relacionadas con este modelo

En cuanto a los determinantes de la salud, se trata de un conjunto de condicionantes de la salud y de la enfermedad en individuos, grupos y colectividades. En 1974 cuando Marc Lalonde, ministro de Sanidad de Canadá, analizó los determinantes de salud, creó un modelo de salud pública. En éste se considera que el nivel de salud de una comunidad viene determinado por cuatro variables:

- 1) Biología humana: genética y envejecimiento.
- 2) Medioambiente:
 - Contaminación biológica (virus; bacterias, microorganismos).
 - Contaminación atmosférica (ruido; radiaciones, vibraciones).
 - Contaminación química (óxido de azufre; plaguicidas; fertilizantes, metales pesados).
 - Contaminación psico-social y socio-cultural (estrés).
- 3) Estilo de vida: ciertas conductas insanas como consumo de drogas; sedentarismo; consumo excesivo de alimentos ricos en grasas y en hidratos de carbono; conducción peligrosa o temeraria; mala utilización de los servicios de asistencia sanitaria.
- 4) Sistema de asistencia sanitaria (calidad, cobertura, gratuidad).

En consecuencia, de acuerdo al modelo de Lalonde:



Estos factores son modificables, al menos teóricamente, y por ello las acciones de la salud pública deben dirigirse hacia esa modificación. Otra característica es que están influenciados por factores sociales. En los estudios de Lalonde se representó gráficamente, mediante diagrama de sectores circulares, la importancia o el efecto relativo que cada uno de los determinantes tiene sobre los niveles de salud pública.

En un principio los que tenían mayor importancia eran el medioambiente y el estilo de vida. Existía una imprecisión a la hora de definir quien tenía mayor importancia y cuál ocupaba mejor lugar. Posteriormente el que tiene mayor importancia es el sistema de asistencia sanitaria. Se demostró que las enfermedades causadas por los estilos de vidas insanos ocasionaban al sistema un elevado coste económico. Como consecuencia de todo ello, hubo un cambio de pensamiento iniciado en Canadá, luego en Estados Unidos y posteriormente en Europa, que condujo un cambio de prioridades de salud pública, derivándose un porcentaje elevado de recursos hacia la prevención y educación sanitaria.

Ahora bien, los seres humanos somos, preponderantemente, *seres entrópicos*. La entropía, entendida como la medida que en termodinámica permite evaluar la degradación de la energía de un sistema y la irreversibilidad de un proceso, nos acompaña en paralelo tanto a lo largo de nuestro ciclo vital, como un envejecimiento permanente, como después de aquél, cuando ya hemos muerto. Los procesos entrópicos en nuestro ser se manifiestan en las enfermedades.

Al igual que otros muchos conceptos de carácter universal, la enfermedad no deja de ser objeto de diversas interpretaciones o significados según la disciplina o cultura que la estudie. Para la ciencia médica, la enfermedad es fundamentalmente un trastorno biofísico causado a su vez por factores biofísicos (desde los virus hasta los traumas, la predisposición biogenética y los agentes ambientales desencadenantes). Desde otra perspectiva, la enfermedad puede ser un castigo divino por alguna falta, por lo que, cuanto peor es la enfermedad, mayor debe haber sido la falta cometida. Desde una visión mística, la enfermedad es el fruto de un karma negativo, es decir, de alguna acción negativa realizada en el pasado y cuya consecuencia padecemos actualmente. Una interpretación psicológica consistiría en que las emociones reprimidas provocan enfermedades. Y bajo un enfoque holístico, la enfermedad es el producto de un conjunto de factores tanto físicos como emocionales, mentales y espirituales, ninguno de los cuales puede ignorarse ni considerarse aislada-

mente, y desde este punto de vista, cualquier tratamiento debe tener en cuenta todas estas dimensiones, considerando que el ser humano tiene dimensión física, mental, emocional y espiritual. Desde luego, la ponderación atribuida a las distintas causas es variable de persona a persona.

Lo importante para nosotros es destacar que en la enfermedad terminal el enfermo no es potencialmente curable. La Sociedad Española de Cuidados Paliativos concibe a una enfermedad terminal como aquella en la que concurren una serie de características que son importantes no sólo para definirla, sino también para establecer adecuadamente su terapia. Los cinco elementos fundamentales de una enfermedad terminal son:

- 1) Presencia de una enfermedad avanzada progresiva, incurable.
- 2) Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico.
- 3) Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos múltiples, multifactoriales y cambiantes.
- 4) Gran impacto emocional en pacientes, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte.
- 5) Pronóstico de vida inferior a seis meses.

Nosotros agregaríamos un sexto: que los anteriores factores conlleven al enfermo a un periodo de incapacidad previa a la muerte que es, precisamente, el tema al que procuramos dar una respuesta en este libro.

Enfermedades como el cáncer, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, afecciones de motoneurona, insuficiencia orgánica específica (renal, cardíaca, hepática, etcétera) cumplen estas características, en mayor o menor medida, en las etapas finales de la enfermedad. En un enfermo terminal existe inminencia de muerte cierta y predecible a corto plazo, debido a que su enfermedad ya no pudo ser controlada o curada, a pesar de los múltiples tratamientos recibidos y para quien la terapia ha cambiado de curativa a paliativa. En todo caso, un enfermo terminal es quien carece de aptitud o autonomía para organizar su proyecto de vida para el futuro. En suma, nadie queda al margen de su propia entropía.

La enfermedad puede aparecer en cualquier etapa de la vida, no hay una edad fija. Mientras personas jóvenes y aun niños padecen variadas enfermedades, muchos viejos son saludables. El hecho de que aparezcan ciertas limitaciones no quiere decir que no se goce de una buena salud,

pero el envejecimiento afecta a las funciones perceptivas, sensoriales y la memoria.

Según la evolución, la enfermedad en el anciano, lo mismo que en otras edades, puede clasificarse en:

- Enfermedad aguda, de corta duración, con un incremento en sus atenciones, y que dará lugar, en ocasiones, el internamiento hospitalario.
- Enfermedad crónica, de larga duración, con curso estable o con frecuentes descompensaciones, y que pone a prueba al medio asistencial, tanto al enfermo, como a la familia y a los recursos sanitarios. Algunas de estas enfermedades se convierten en invalidantes, con reducción o pérdida de las capacidades para la movilización o el cuidado personal. Son numerosas en esta edad y precisan de un prolongado esfuerzo asistencial. Una buena proporción de estos enfermos incapacitados han de ingresar en centros residenciales para dependientes: las residencias asistidas.
- Enfermedad terminal, de naturaleza irreversible, con previsible corto final. Son enfermedades que obligan a planteamientos asistenciales específicos, tanto en los domicilios y centros hospitalarios, como en las unidades de cuidados paliativos.

No hay enfermedades exclusivas de la vejez, pero sí existen ciertas enfermedades y procesos que aparecen de modo prevalente en esta edad y con unas características diferenciales bien definidas, tal y como lo señalaba hace dos décadas R. Cape.¹⁶² Así, se incrementa la frecuencia de la incontinencia, la confusión mental, los deterioros de la homeostasis,¹⁶³ las caídas y los trastornos iatrogénicos.¹⁶⁴ También Isaacs¹⁶⁵ denominaba los “gigantes de la geriatría” a la inmovilidad, a la inestabilidad, a la incontinencia y al deterioro cognitivo.¹⁶⁶ Y sostenía que poseían de común

¹⁶² Cape, R., *Geriatría*, Barcelona, Salvat, 1982, pp. 69-91.

¹⁶³ Conjunto de fenómenos de autorregulación, que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y las propiedades del medio interno de un organismo.

¹⁶⁴ Toda alteración del estado del paciente producida por el médico.

¹⁶⁵ Isaacs, B., *The Challenge of Geriatric Medicine*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 1-7.

¹⁶⁶ Bermúdez Doorman, Sandra Flavia, *Ciclo vital humano: Ancianidad*, <http://www.monografias.com/trabajos10/civi/civi.shtml>, 13 de julio de 2005.

el que tenían una causalidad múltiple, un curso crónico, una privación de la independencia y una terapéutica compleja. Un simple examen de estos cuadros permite reconocer el hecho básico de que su presentación se hace principalmente en la edad avanzada y que su desarrollo, tratamiento y cuidados son distintos a cuando suceden en otra época de la vida. Como ejemplo tómense tres de ellos: la incontinenia, las caídas y la confusión mental. Cualesquiera de ellos pueden ser considerados procesos edad-dependientes, y su prevalencia en la patología geriátrica es muy elevada. La incontinenia, a partir de los ochenta años, en la mujer, la padece una cuarta parte de la población. Las caídas, de intrincada etiología,¹⁶⁷ donde se añaden a trastornos intrínsecos los del entorno, son el origen de las fracturas y de la mayor parte de la hospitalización traumatológica junto a los accidentes de automóvil.

La confusión mental o *delirium* es un proceso que acompaña comúnmente a los ancianos cuando se encuentran hospitalizados por cualquier motivo, y condicionan un notable incremento en las medidas terapéuticas y en su cuidado. Las enfermedades que poseen una más frecuente presentación en los ancianos son las degenerativas, las tumorales, las infecciosas, las autoinmunitarias, las disregulativas, las traumáticas y las iatrogénicas. Las degenerativas tienen por base principalmente la arteriosclerosis¹⁶⁸ y buena parte de las cardiocirculatorias pertenecen a este grupo. Han cobrado gran importancia en las últimas décadas las enfermedades degenerativas cerebrales. De ellas la enfermedad de Alzheimer es la más conocida, aunque hay que situar entre ellas a la demencia frontal, la demencia por cuerpos de Lewy, la enfermedad de Parkinson y a los procesos degenerativos multisistémicos encefálicos.

Como hemos visto, la esperanza de vida en nuestro país se ha elevado al nivel de la mayor parte de los países más desarrollados del mundo. Sin embargo, esto no conlleva únicamente una modificación importante en la pirámide poblacional y en el sistema de pensiones (aspectos de suyo, de gran trascendencia), sino que aumentará considerablemente el número de personas que ante sus propios y naturales procesos entrópicos precisarán de instituciones jurídicas novedosas y confiables que les ofrezcan la seguridad y certeza que ellos precisen para adoptar decisiones de la mayor importancia.

¹⁶⁷ Estudio sobre las causas de las enfermedades.

¹⁶⁸ Enfermedad consistente en el endurecimiento más o menos generalizado de las arterias.

En el ordenamiento jurídico mexicano no se cuenta con un sistema integral para la elaboración de disposiciones frente a la propia incapacidad. Sin duda, dado el panorama que hemos reseñado en este capítulo, esta situación es desoladora, no sólo para las personas en edad avanzada, sino para cualquier persona de cualquier edad que goce de salud y plena capacidad. Esto lo afirmamos sabiendo de las impredecibles eventualidades que pueden ocurrir en cualquier momento. En efecto, como hizo Séneca al invocar a la diosa fortuna, es menester ser precavidos y tener en mente que en cualquier momento puede ocurrir cualquier cosa.¹⁶⁹

IV. LA AUSENCIA DE DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

1. *Introducción, preceptos constitucionales*

Son diversos los foros y los analistas coincidentes en afirmar que sorprende que en la gran mayoría de los países del mundo, en especial en los herederos directos de la tradición jurídica romana, no se hayan adoptado las medidas concernientes a la instauración de un régimen sobre las disposiciones ante la propia incapacidad. Lamentablemente la legislación civil no satisface la necesidad de una persona capaz para efectuar disposiciones sobre sus bienes y sobre su salud, y en todo caso, las distintas figuras que serán vistas en el presente apartado, no ofrecen soluciones de carácter integral.

Coincidimos con Ramón Narváez cuando en su estudio sobre el *Code* francés afirma que:

...si bien es cierto que todo el código civil debiera tener por destinatario natural al particular, cada hombre en singular considerado en sí mismo fuera de las relaciones sociales... cada ciudadano, comprendido el gobernante, que por este hecho le aguardan la libertad y la propiedad, y puede cuidar sus intereses individuales, pareciera que el código civil sólo se ocupara de “algunos” o de alguno al que hemos denominado *persona total*... Nos damos cuenta de inmediato que los sujetos de la igualdad, ya en el mismo código, no eran todos los ciudadanos, sino sólo el “varón, adulto, mentalmente sano, preferiblemente

169 “Nada hay que no deba ser previsto; nuestro ánimo debe anticiparse a todo acontecimiento y pensar no ya en todo lo que suele suceder, sino en todo lo que puede suceder”. *Epistolas Morales a Lucilo* (91,4).

casado”. Los demás tenían poderes limitados o condicionados que reducían fuertemente la igualdad”. La *Persona total* que equivaldría a la personalidad plena, la persona total no tiene mancha en el derecho moderno, es el sujeto jurídico por excelencia...¹⁷⁰ La esencia de esta cita y que permea a lo largo del ensayo citado incluye dos conclusiones: el código no brilla para todos y es necesaria una mayor democratización de la legislación civil.

Asimismo, la reticencia del ser humano a aceptar los naturales procesos entrópicos y otras eventualidades de la vida; los avances de la ciencia médica que ahora facilitan la predicción de la evolución de la salud de una persona; la elevación de la expectativa de vida, así como factores familiares y estrictamente individuales, han sido causas que han incidido en la escasa evolución en la materia.

En el examen de la viabilidad de las disposiciones frente a la propia incapacidad, adquieren particular relevancia los artículos 4o. y 24 constitucionales. El párrafo tercero del artículo 4o. constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud, y éste es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata, como señala Carbonell, de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado.¹⁷¹ El derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud. Tal protección supone la obligación del Estado a abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen. En nuestro país, además de lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional, el tema de la salud aparece también en el artículo 2o. constitucional, apartado B, que entre las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas, establece la de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población

170 Narváez Hernández, José Ramón, “La democratización del código civil en la historia del derecho”, *Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, Alemania, 2005, <http://www.forhistiur.de/zitat/0507narvaez.htm>, 15 de julio de 2005.

171 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 814.

infantil. El propio artículo 2o., apartado B, fracción VIII, impone la obligación de mejorar las condiciones de salud de las mujeres indígenas migrantes.

La Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984, desarrolla en su artículo 2o. los mandatos establecidos por la carta magna al disponer como finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Por su parte, el artículo 24 constitucional establece la libertad religiosa en los siguientes términos: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley...”.

La religión, en consonancia con distintos estudiosos de la materia, como Huston Smith¹⁷² y Ken Wilber,¹⁷³ es un término que tiene muchos significados, definiciones y funciones que se han aplicado a multitud de situaciones, desde las creencias dogmáticas hasta la experiencia mística, la mitología, el fundamentalismo, los ideales y la fe ciega. Seis son los aspectos de la religión que surgen con tanta regularidad que sugieren que su necesidad es inherente al ser humano. Uno de ellos es la autoridad. Dejando de lado la autoridad divina y enfocando el asunto sólo en términos humanos, la cuestión comienza con la especialización. La religión no

¹⁷² Smith, Huston, *Las religiones del mundo*, Barcelona, Kairós, 2002.

¹⁷³ Wilber, Ken, *Ciencia y religión. El matrimonio entre el alma y los sentidos*, Barcelona, Kairós, 1998.

es menos complicada que el gobierno o la medicina. Se entiende, por tanto, que el talento y la atención sostenida elevarán a algunos por encima de la media en cuanto se refiere a cuestiones espirituales; el consejo acerca de éstas será buscado y, en general, seguido.

Además, el aspecto institucional y organizativo de la religión requiere de cuerpos administrativos e individuos que ocupen cargos de autoridad, cuyas decisiones tienen peso. Una segunda característica normal de la religión es el ritual, que de hecho fue la cuna de la religión, puesto que los antropólogos nos cuentan que la gente bailó su religión antes de pensarla. La religión surgió de la celebración y de su opuesto, la aflicción, y las dos reclaman su expresión colectiva. Cuando estamos destrozados por una pérdida o cuando estamos exultantes, no sólo queremos ser seres humanos, sino que también queremos interactuar con otros de forma que las interacciones se conviertan en algo más que la suma de sus partes; esto alivia nuestro aislamiento. La religión puede comenzar con el ritual, pero pronto se pedirán explicaciones, de manera que la especulación se presenta como la tercera característica religiosa. ¿De dónde venimos?, ¿a dónde vamos?, ¿por qué estamos aquí? La gente quiere respuestas a estas preguntas. Una cuarta constante en religión es la tradición. En los seres humanos es más la tradición que el instinto lo que conserva lo que las pasadas generaciones han aprendido y legado al presente como modelo de acción. Una quinta característica típica de la religión es la gracia, la creencia —frecuentemente difícil de sostener a la luz de los hechos— de que la realidad está de nuestro lado. En última instancia, el universo es amistoso; en él podemos sentirnos como en casa. Finalmente, la religión trafica con el misterio. Por ser finita, la mente humana ni siquiera puede comenzar a imaginarse el infinito que la atrae.

Hablando en sentido amplio, podría señalarse la existencia de tres tipos diferentes de religión: las religiones de la naturaleza o religiones del cuerpo, las religiones históricas o religiones de la mente y las religiones místicas o religiones del alma. Las religiones de la naturaleza —que incluyen las religiones primitivas y algunas formas del hinduismo y del budismo— consideran al cuerpo como algo central y atribuye dimensiones sagradas a la naturaleza y al cosmos. Las religiones históricas —como el judaísmo, el cristianismo y el islam— se asientan, por su parte, en la personalidad humana, que está arraigada en la historia y piensa racionalmente. Estas religiones históricas no suelen llevarse muy bien con las religiones de la naturaleza, a las que consideran inferiores. Las religiones

místicas, por último, se centran en el Yo transpersonal, en cuyo caso, lo divino no se busca en la naturaleza ni en la historia, sino en el presente atemporal.

Con referencia al artículo 24 constitucional, parece un tanto reductivo frente a los textos constitucionales de otros países, que contemplan de forma más amplia a la libertad ideológica. El artículo 24 se limita a establecer la libertad de culto religioso, lo que siendo de la mayor importancia, no es sino una parte de aquella otra libertad mencionada. No obstante, como bien apunta el doctor Diego Valadés, en México la tolerancia religiosa es uno de los principios que más tiempo y sufrimiento costó conquistar; una guerra civil en el siglo XIX y otra en el XX, dan cuenta de las dificultades que fue necesario superar y el encono a que se llegó. La escisión segó vidas y mantuvo a la sociedad dividida por décadas.¹⁷⁴

Por su parte, la libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. La libertad ideológica protege las manifestaciones externas de los ideales que se forjan en el fuero interno de cada persona.¹⁷⁵ Las manifestaciones externas que conforman el ámbito protegido por la libertad ideológica son, al menos, las siguientes:

- La libre tenencia de opiniones y creencias.
- El derecho a pertenecer a grupos y asociaciones orientados por convicciones y creencias.
- El derecho a no declarar sobre la propia ideología o las creencias personales.
- La libre conformación de opiniones, convicciones y creencias.
- Libertad de comunicación de ideas y opiniones.
- Libertad para arreglar la propia conducta a las creencias u opiniones que se tengan.

Este último aspecto es de suma importancia en el estudio del contenido y del alcance de las disposiciones para la propia incapacidad, ya que implica la libertad de practicar los cultos religiosos en los que se crea, así

¹⁷⁴ Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, p. 89.

¹⁷⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 171, p. 514.

como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con alguna obligación que sea contraria a nuestras creencias. Este aspecto de la libertad religiosa supone, con algunas excepciones, la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos que sean contrarios a sus creencias; las excepciones se pueden dar cuando se trate de menores de edad; cuando la persona no tenga la posibilidad de manifestar con claridad su pensamiento y no hubiese efectuado disposiciones previas; cuando se acredite un estado de necesidad que ponga en peligro un bien protegido constitucionalmente (como puede ser la vida). Por ejemplo, un juez puede ordenar una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente.¹⁷⁶

En el caso concreto de la libertad religiosa, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de junio de 1992, en su artículo 2o. especifica el contenido del derecho a la libertad religiosa en los siguientes términos:

- a) Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade y practicar, en forma individual o colectiva, los actos de culto o ritos de su preferencia.
- b) No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa.
- c) No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad, salvo en los casos previstos en éste y los demás ordenamientos aplicables.
- d) No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso.
- e) No ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de ideas religiosas.
- f) Asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos.

Por último, para los efectos de este trabajo, un tema polémico de gran importancia, cuya disyuntiva se encuentra pendiente en nuestro país, es

¹⁷⁶ Esto, a pesar de que el artículo 1o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país, y que nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes.

el de la objeción de conciencia, que tiene por objeto eximir del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley, en virtud de que dichos deberes pueden afectar a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa de algunas personas. En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar. La objeción de conciencia pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho: el de la obediencia al derecho. La pregunta fundamental es: ¿debemos cumplir una ley que nos obliga a dejar de un lado nuestras creencias filosóficas o religiosas más profundas? Desde luego, es obvio que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión no puede alcanzar para eximir a alguna persona de cumplir con un deber que le impone la misma Constitución, pero ¿qué sucede con los deberes que impone un ordenamiento subconstitucional?

2. *Derechos de los adultos mayores*

En virtud del mandato constitucional y legal de no discriminación por razón de edad, se puede afirmar que los adultos mayores son titulares de todos los derechos fundamentales. No obstante, el reconocimiento de derechos especiales para los adultos mayores también se enmarca en el proceso de especificación de los derechos, que se produce cuando los textos constitucionales y los textos de los tratados internacionales de derechos humanos establecen derechos no a favor de la persona o del ciudadano en abstracto, sino que toman en consideración los distintos roles o las situaciones de vulnerabilidad por los que podemos atravesar en un momento de la existencia. Alcanzar la vejez, como hemos visto al inicio del presente capítulo, comporta importantes riesgos para la persona y puede, eventualmente, ponerla en una situación de alta vulnerabilidad.

Los derechos de las personas mayores encuentran su fundamento en el Protocolo Adicional a la *Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”, del 17 de noviembre de 1988, en su artículo 17, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progre-

siva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
- b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
- c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

El artículo 12 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003, ha sido receptivo al planteamiento anterior, al disponer que los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de sesenta años:

- I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;
- II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:
 - a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie;
 - b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y
- III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita, así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

En consecuencia, existe, en principio, una base suficiente para que se desplieguen políticas públicas sustantivas y de largo plazo para los adultos mayores. Además de la ley mencionada, de mayor relevancia es la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2002, cuya exposición de motivos contiene un certero diagnóstico:

Los adultos mayores son un grupo vulnerable de la población que requiere la protección de las Instituciones del Estado y de la sociedad, porque enfrentan circunstancias como discapacidad, abandono, maltrato, violencia, indigencia,

enfermedades degenerativas y crónicas, así como falta de recursos para vivir con dignidad.

Por lo anterior es que debemos responder a las necesidades de las personas adultas mayores y al mismo tiempo, reconsiderar el papel que, tanto las mujeres como los hombres de edad avanzada, desempeñan en nuestra sociedad. Las personas de edad avanzada ofrecen valiosos recursos y realizan una importante contribución a la estructura de nuestras sociedades.

Sabemos que las personas adultas mayores tienen necesidades especiales pero también habilidades especiales y una experiencia única. Las mujeres y los hombres mayores en todas partes contribuyen con recursos, destrezas y experiencia a sus familias, comunidades y naciones. Por ello la promoción de medios favorables para el desarrollo social de las y los adultos mayores es una de las metas centrales que debemos tener. Un medio que potencie su capacidad y su desarrollo debe ser una realidad. El cambio en las estructuras de edad y el giro en las relaciones de dependencia requieren intervenciones de política social para responder y apoyar la mayor longevidad y sus beneficios más amplios para la sociedad.

La tercera edad tiene que ser lo más segura y productiva posible. Sin estas condiciones, las personas mayores no podrán beneficiarse de esos años adicionales tan plenamente como podrían, y sus derechos humanos estarían siendo vulnerados.

El entorno en que viven las personas de edad se torna sumamente importante a medida que envejecen, pues los lugares que se consideran como adecuados pueden convertirse en una carrera de obstáculos para las personas de edad. A medida que las personas de edad envejecen, la discapacidad se torna más común y la movilidad más y más limitada, con lo cual se reduce la accesibilidad.

Las políticas públicas relativas a la tercera edad deben desarrollarse en consonancia con los estándares y normas de derechos humanos, y deben responder a los compromisos internacionales suscritos para promover el desarrollo social. Políticas de apoyo a las personas mayores que responden a dichos principios han sido recientemente desarrolladas y aprobadas a nivel nacional por diversos gobiernos de países en desarrollo y organizaciones internacionales.

La situación que viven las personas de edad avanzada en nuestro país requiere, sin duda, de reforzar el compromiso existente. Es necesaria una política pública que vele por la salud y seguridad social de los adultos en plenitud, mejore la atención en las instituciones sanitarias, aumente la dotación de medicamentos, ponga énfasis en la medicina preventiva y desarrolle programas culturales.

El aumento de la población de adultos mayores es un hecho indiscutible y, por ello, se ha convertido en una preocupación pública. La sociedad debe ga-

rantizar a todos sus miembros un conjunto de derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona humana. La familia es el núcleo básico de la formación de las personas y de la solidaridad social y ella debe ser apoyada con acciones concretas por parte del Estado.

El incremento de la expectativa de vida, gracias a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos representa, para México, el desafío de generar nuevas formas de relación que contemplen una sociedad en la cual el respeto, la solidaridad, la justicia y la equidad sean prioridad.

Es necesaria una sociedad que promueva que los adultos mayores sigan manteniendo su autonomía e independencia y que les permita estar vigentes y dar un pleno sentido a su vida. Debemos responder a las necesidades de las personas adultas mayores y, al mismo tiempo, reconsiderar el papel que, tanto las mujeres como los hombres de edad avanzada, desempeñan en nuestra sociedad y así poder brindarles una mejor calidad de vida a través de la creación de zonas adecuadas, entornos seguros y propicios, y el acceso y atención preferente a los servicios.

A continuación, efectuamos una somera referencia al contenido de los principales preceptos de esta Ley:

- Son principios rectores en la observación y aplicación de esta Ley: la autonomía y la autorrealización. Todas las acciones que se realicen en beneficio de las personas adultas mayores orientadas a fortalecer su independencia, su capacidad de decisión y su desarrollo personal y comunitario (artículo 4o., f. I).
- De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos: una vida con calidad. Es obligación de las instituciones públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho; respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual; recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales; recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados; recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos; a recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte, y contar con un representante

legal cuando lo considere necesario (se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y, cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia); tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales para su atención integral; a tener acceso preferente a los servicios de salud, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y psicoemocional; recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal; ser sujetos de programas de asistencia social en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia (artículo 5o.).

- El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores (artículo 6o.).
- Los cuidados proporcionados a las personas adultas mayores por la familia, por los responsables de su atención y cuidado, o en su caso por las instituciones públicas o privadas que tengan a su cargo a estas personas, comprenderán los siguientes aspectos: las personas adultas mayores tendrán el derecho de ser examinados cuando menos una vez al año, para el mantenimiento de su salud y recibir los tratamientos que requieran en caso de enfermedad; serán sujetos de la confidencialidad y participarán en las decisiones que sobre su estado de salud se generen (artículo 18).
- Se crea el Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores como un organismo público descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión para el cumplimiento de sus atribuciones, objetivos y fines. Este organismo público es rector de la política nacional a favor de las personas adultas mayores, teniendo por objeto general coordinar, promover, apoyar, fomentar, vigilar y evaluar las acciones públicas, estrategias y programas que se deriven de ella, de conformidad con los principios, objetivos y disposiciones contenidas en la ley. El instituto procurará el desarrollo humano integral de las personas adultas mayores, entendiéndose por éste, el proceso que brinda a este sector

de la población, empleo u ocupación, retribuciones justas, asistencia y las oportunidades necesarias para alcanzar niveles de bienestar y alta calidad de vida, orientado a reducir las desigualdades extremas y las inequidades de género, que aseguren sus necesidades básicas y desarrollen su capacidad e iniciativas en un entorno social incluyente (artículos 24 y 25).

Es importante que la ley obligue a las autoridades a emprender acciones específicamente destinadas a hacer realidad los derechos de los adultos mayores. Esto implica que, dentro de las políticas públicas nacionales, deberán existir apartados dedicados a las personas adultas mayores, y si bien los términos elegidos por el legislador son un tanto vagos como para considerar que a partir de la ley pueden deducirse planteamientos concretos ante los tribunales, puede servir, empero, para reformar y reforzar las disposiciones de otros ordenamientos jurídicos, como el Código Civil y la Ley General de Salud.

No obstante, del análisis de las leyes a las que nos hemos referido, concluimos que no existe figura alguna que se pueda asimilar a disposiciones que una persona haya efectuado en previsión de su propia incapacidad.

3. La pérdida de la vida y la donación de órganos en la Ley General de Salud

Para nuestro ordenamiento jurídico en legislación civil, la pérdida de la vida se vincula con la desaparición de una persona por un tiempo prolongado. En el título undécimo del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), se contienen las disposiciones relativas a los ausentes e ignorados, y señala que cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, dictando las medidas necesarias para asegurarlos (artículo 649, CCDF). De no aparecer la persona en un plazo que oscila entre tres y seis meses, se nombra un representante (artículo 654, CCDF).

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia (artículo 669, CCDF), y cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la

presunción de muerte. Tratándose de individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia. Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y haya probabilidad de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte (artículo 705, CCDF).

Por otra parte, cuando la persona se encuentra presente, la pérdida de la vida es regulada por la Ley General de Salud (LGS), que fue reformada en este rubro en mayo de 2000 y en abril de 2006. Las disposiciones legales para declarar la muerte de una persona estuvieron contenidas en el título decimocuarto de la LGS, que hasta el 26 de mayo de 2000 se denominó: “Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos”, integrado en tres capítulos, a saber:

- Disposiciones comunes (artículos 313-320, LGS).
- Órganos y tejidos (artículos 321-335, LGS).
- Cadáveres (artículos 336-350, LGS).

El artículo 317 de la LGS definía los signos de la muerte de una persona en los siguientes términos:

Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible;
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Durante muchos años existió la creencia de que el principio vital se encontraba en el corazón y que, cuando éste se detenía, era señal de que el principio vital por excelencia había abandonado el cuerpo y la vida se había extinguido. Sin embargo, en los últimos años, el cerebro ha llegado a ser considerado como el órgano vital esencial y, en la actualidad, para efectos legales, por lo general se acepta que cuando éste se destruye, la vida ha terminado realmente, aunque el corazón no haya dejado de latir. No obstante, las reformas a la LGS le dieron un papel preponderante a la muerte cerebral.

En abril de 2000, el Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, la Iniciativa de Decreto por el que se reforma la Ley General de Salud. Dicha iniciativa cambió la denominación del título decimocuarto, para quedar como “Donación, trasplantes y pérdida de la vida”. Asimismo, la reforma se sustentó en cuatro elementos centrales:

- El respeto a determinados principios esenciales de contenido jurídico, social y moral.
- La donación.
- Los trasplantes.
- Las precisiones técnicas sobre la pérdida de la vida.

Vinculada estrechamente con el capítulo relativo a la pérdida de la vida, la donación es una de las piedras angulares de la iniciativa, ya que:

...no admite, en materia de cesión de órganos, tejidos y células la noción tradicional de donación que requiere la convergencia de dos voluntades, la de donar y la de aceptar lo donado... La donación que se propone está sustentada en la liberalidad y en la gratuidad... La iniciativa propuesta se alejó de la práctica de otras legislaciones en materia de formalidad en la expresión del consentimiento para aligerar la carga burocrática y evitar tramitaciones prolongadas y difíciles. Basta la manifestación por escrito para que quede formalmente expresado el consentimiento del donador... Se ha optado por el sistema de no-constancia de oposición frente al consentimiento positivo actualmente vigente... La reforma autoriza la extracción de órganos, tejidos o células cuando: 1. La persona fallecida hubiere expresado en vida y por escrito su conformidad; 2. Cuando no lo hubiere expresado y, requeridos los familiares en el orden previsto por la Ley, no expresaran su oposición; y 3. Cuando al no ser posible la práctica del requerimiento, no constara su oposición. La fórmula de

la no-constancia de la oposición expresa es acorde a los principios de altruismo y solidaridad humanos, favorecedores de la cultura de trasplantes y de respeto a la libertad y creencias del donante...¹⁷⁷

Esta peculiar fórmula de “no-constancia de la oposición” llevó, en la iniciativa que se ha comentado, a la confusa propuesta del artículo 324 de la LGS en los siguientes términos:

Artículo 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes.

El consentimiento tácito del donante dejará de serlo cuando el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes o descendientes expresen lo contrario conforme a la prelación señalada.

El escrito por el que la persona exprese no ser donador deberá estar firmado por éste y constar en alguno de los documentos públicos que para ese propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

En cuanto a la pérdida de vida, los autores de la iniciativa sostuvieron un criterio enfáticamente materialista de lo que consideran que es una persona y que es la vida, conforme a lo que transcribe a continuación: “La muerte cerebral es irreversible y por este hecho la persona deja de serlo. Cuando la muerte cerebral se presenta se ha perdido la vida...”.

A continuación, la iniciativa de abril de 2000 hace referencia a los dos criterios esenciales para determinar la muerte:

...Los signos que advierten que continúan en funciones algunos órganos y tejidos son sostenidos por medios externos, tales como aparatos e instrumentos médicos que prolongan por breves periodos la presencia de los signos señalados... Los aparatos e instrumentos médicos de apoyo inevitablemente se retirarán dado que no puede impedirse lo que clínica y científicamente se ha determinado como el proceso de muerte que, en estos casos, inicia con la cerebral y concluye con la sistémica, con el advenimiento del paro cardio-respiratorio... Es preciso reconocer jurídicamente este trascendente hecho biológico, que es registrado con precisión por la ciencia médica y que es ampliamente conocido por los profesionales de la salud, pero no por el común de la sociedad, desconocimiento que opera en su perjuicio... De ahí que se propon-

¹⁷⁷ Exposición de motivos de la Iniciativa de reformas a la Ley General de Salud del 5 de abril de 2000.

ga reconocer las dos circunstancias por las que la persona pierde la vida... Como consecuencia de lo descrito anteriormente, se propone que se establezca la posibilidad de que, a solicitud o con autorización de la familia, se prescindiera de los medios artificiales que evitan que una persona con muerte cerebral manifieste los demás signos de muerte... Debe señalarse con especial énfasis que en este caso el paciente ha perdido la vida, por lo que no guarda relación alguna con la eutanasia, misma que consiste en lo que se ha llamado la inducción piadosa a la muerte aplicada a personas vivas... La iniciativa establece los criterios científicos que determinan la presencia de la muerte cerebral cuando existen los siguientes signos: pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales; ausencia de automatismo respiratorio, y evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos....

En la iniciativa, que se convirtió en ley,¹⁷⁸ los artículos 343 al 345 de la LGS regularon hasta fecha reciente la pérdida de la vida:

Artículo 343. Para efectos de este título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I. Se presente la muerte cerebral o,
- II. Se presenten los siguientes signos de muerte:
 - a. La ausencia completa y permanente de conciencia;
 - b. La ausencia permanente de respiración espontánea;
 - c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
 - d. El paro cardíaco irreversible.

Artículo 344. La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

- I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales.
- II. Ausencia de automatismo respiratorio.
- III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

- I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o

¹⁷⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 2000.

II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes por espacio de cinco horas.

Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización del cónyuge, concubina o concubinario, padres, hijos o hermanos, en el orden expresado, se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.

En nuestra opinión, la iniciativa de 2000 acertó al acotar que, el prescindir de los medios artificiales que evitan que una persona con muerte cerebral manifieste los demás signos de muerte, no guarda relación alguna con la eutanasia. Este tema será visto a detalle en el apartado correspondiente. No obstante, el artículo 345 de la LGS soslayó por completo la autonomía de la voluntad del paciente, y desde luego, no hace ninguna previsión concerniente a las disposiciones anticipadas.

El 20 de abril de 2006 el Senado de la República aprobó el Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 338, fracción V, 343, 344 y 345 de la Ley General de Salud, que se contrastan con los preceptos anteriores de la siguiente manera:

LEY GENERAL DE SALUD

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto nuevo</i>
Artículo 338. El Centro Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información:... V. Los casos de muerte cerebral.	Artículo 338. V. los casos de muerte encefálica
Artículo 343. Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando: I. Se presente la muerte cerebral, o II. Se presenten los siguientes signos de muerte: a. La ausencia completa y permanente de conciencia; b. La ausencia permanente de respiración espontánea;	Artículo 343. La pérdida de la vida ocurre cuando se presentan la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible. La muerte encefálica se determina cuando se verifican los siguientes signos: D) Ausencia completa y permanente de conciencia, II) Ausencia permanente de respiración espontánea, y

Continuación

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto nuevo</i>
c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y d. El paro cardíaco irreversible.	III) Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestando por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos. Se deberán descartar que dichos signos sean producto de intoxicación, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas. ¹⁷⁹
Artículo 344. La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos: I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales; II. Ausencia de automatismo respiratorio, y III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.	Artículo 344. Los signos de la muerte encefálica deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas: I. Angiografía encefálica bilateral que demuestre ausencia de circulación encefálica, o II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica, corroborado por un médico especialista

¹⁷⁹ En el Dictamen de la Cámara de Senadores se menciona que “respecto de la reforma al artículo 343 de la Ley General de Salud, con la cual se redefine el concepto de “muerte”, las comisiones que dictaminan consideran que pensar en el concepto de la muerte cerebral, como ha sido hasta ahora, teniendo en cuenta la diversidad de perspectivas por las que podemos hacerlo, lleva implícito desconocer los avances tecnológicos que se han dado en la segunda mitad de este siglo, hacerlo, significaría negar los avances que en otros ámbitos la humanidad ha logrado, tales como el desarrollo en el campo de la informática o en las comunicaciones digitales. El surgimiento de las unidades de terapia intensiva (UTI) han permitido nuevas posibilidades terapéuticas en materia de recuperación para pacientes críticos, pero al mismo tiempo bajo dichos cuidados intensivos, se han presentado situaciones desconocidas hasta entonces: estados vegetativos persistentes, y muerte encefálica, entre otros. Es conveniente destacar que las definiciones de estas nuevas situaciones fueron desarrolladas luego de procesos de consenso internacional”. Senado de la República, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 168, jueves 20 de abril, 3er. año de Ejercicio, Segundo Periodo Ordinario, año 2006, <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesion=2006/04/20/1&documento=48>.

Continuación

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto nuevo</i>
<p>Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.</p> <p>Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:</p> <p>I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o</p> <p>II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.</p>	<p>III. Ultrasonido de cuello con Doppler.¹⁸⁰</p>
<p>Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343.</p>	<p>Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud y con la autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado, se prescinda de los medios artificiales que evitan que en quien se presenta la muerte encefálica comprobada se manifiesten los demás signos.¹⁸¹</p>

¹⁸⁰ En el dictamen de la Cámara de Senadores se menciona que “la reforma al artículo 344 de la Ley General de Salud tiene como objeto establecer las pruebas que habrán de corroborar el diagnóstico o los signos de muerte encefálica. Hay que señalar que, una vez rebasado el concepto de muerte cerebral, la muerte encefálica implica otros signos y por lo tanto otros estudios o pruebas para llegar a tal resultado, en tal sentido, las Comisiones Unidas consideran adecuada la reforma del citado artículo 344 de la Ley General de Salud”. Senado de la República, *idem*.

¹⁸¹ En el dictamen de la Cámara de Senadores se menciona que “en relación a la propuesta de reforma al artículo 345 de la Ley General de Salud, las comisiones que emiten el presente dictamen coinciden al señalar que se obligaría a las personas directamente vinculadas con aquella que presenta muerte encefálica, a presentar solicitud y autorización, y no una u otra como hasta ahora sucede, para que se prescinda de los medios artificiales que impiden que se presenten los demás signos de la muerte, lo cual es beneficio-

En cuanto a la pérdida de la vida, la LGS considera dos grandes su- puestos: la muerte encefálica (antes denominada muerte cerebral), y el paro cardíaco irreversible. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 343, se debe descartar que los signos de la muerte cerebral sean producto de intoxicaciones agudas. En efecto, algunas intoxicaciones por medicamentos pueden ser tan graves que una persona podría aparentar estar encefálicamente muerta incluso después de haberla sometido a sofisticadas pruebas de funcionamiento del cerebro. En estos casos, si se mantiene al paciente vivo con un respirador hasta que desaparece el efecto de los medicamentos, a veces es posible una recuperación total.

Para la corroboración de la muerte encefálica, la LGS remite a la realización ya sea, de una angiografía encefálica bilateral, de un electroencefalograma, o bien de un ultrasonido de cuello con Doppler como pruebas testimoniales de la ausencia de circulación y actividad eléctrica en el cerebro. Aún así, existen opiniones encontradas en torno a la determinación de la muerte cerebral:

Los cirujanos... aseguran que el completo “silencio” eléctrico del cerebro significa la pérdida total de todas las funciones. Pero diminutas islas del córtex sensorial podrían ser todavía lo suficientemente viables como para percibir cierto grado de dolor cuando los órganos son extraídos. En ese caso, la conciencia de dolor por parte de los individuos sería imposible de detectar si la completa pérdida de la función motora del cerebro incapacitara a los angustiados individuos para poder moverse... La creciente escasez de donantes de órganos está hundiendo más profundamente a los cirujanos en una ambivalencia de carácter ético.¹⁸²

Por su parte, también hay críticos del electroencefalograma como prueba definitiva para determinar la muerte cerebral:

Es posible que esta prueba diagnóstica, tomada las más de las veces como el medio decisivo para diagnosticar muerte cerebral, no sea completamente fiable. Hay buenas razones para pensar que las propiedades fisicoquímicas y el

so, sin embargo, al hacer referencia a «los demás signos de la muerte» pareciera que se esta evitando que se presenten diversos signos, siendo que sólo quedaría por presentarse el paro cardíaco”. Senado de la República, *Idem*.

¹⁸² Kevorkian, Jack, *op. cit.*, nota 111, p. 190.

proceso de la actividad del tejido nervioso viviente no son todavía lo suficientemente conocidos.¹⁸³

También se sabe, en torno a ciertos depresores del sistema nervioso central, que pueden simular la muerte cerebral debido a que son capaces de provocar “silencio encefalográfico”.¹⁸⁴

En consecuencia, la muerte encefálica no es algo que en la actualidad se pueda diagnosticar con absoluta certeza.¹⁸⁵ La determinación de la muerte, para los efectos legales, exige un grado de certeza cercano al absoluto. Por tanto, es necesario que la legislación vaya al parejo de los avances tecnológicos para lograr que sea moderna y comprometida con la defensa de los derechos fundamentales. La reforma del 345 de la LGS sigue soslayando la autonomía de la voluntad del paciente sin hacer previsión alguna en torno a las disposiciones anticipadas.

Otro tema de peculiar sensibilidad para los fines de este trabajo es la donación de órganos. Indudablemente, para el derecho, como atinadamente lo afirma la ministra Sánchez Cordero, es un acto *sui generis*,¹⁸⁶ baste recordar que el contrato de donación en nuestra legislación implica una transmisión de derechos, generalmente de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes que están dentro del comercio, lo que no ocurre en este caso. Los órganos, tejidos y células del cuerpo humano, por dis-

¹⁸³ Rodríguez del Pozo-Álvarez, Pablo A., “La determinación de la muerte”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, España, núm. 15, 1991.

¹⁸⁴ En 1962, el físico y Premio Nóbel soviético, Lev Landau, sufrió graves lesiones encefálicas debido a un accidente automovilístico. Eran graves a tal grado, que cumplía los criterios de muerte cerebral. No obstante, nunca fue declarado clínicamente muerto, ya que su corazón jamás se detuvo. Pasó siete semanas conectado a un respirador, y otras siete semanas hasta que comenzó a dar señales de actividad cerebral. Se recuperó casi totalmente, falleciendo hasta 1967.

¹⁸⁵ De hecho, no existe el conocimiento absoluto, lo que Werner Heisenberg nos ha recordado con su famoso *principio de incertidumbre*, que postula que no se puede establecer con absoluta exactitud la velocidad (o energía) y la posición (o el tiempo) de un sistema al mismo tiempo; sin que las magnitudes medidas tengan una incertidumbre; el producto de ambas incertidumbres siempre tiene que ser mayor de una cantidad constante dada. Heisenberg, W., *Ensayos y conversaciones con Einstein y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 1985, p. 48.

¹⁸⁶ Participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la documentada y actualizada conferencia magistral organizada por la Asociación de Mujeres Profesionales en Derecho del Estado de Yucatán “Abogada Antonia Jiménez Trava, A. C.”, en el auditorio del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, el 23 de mayo de 2003.

posición expresa del artículo 327 de la LGS, no son susceptibles de comercialización, agregando dicho dispositivo que la donación de éstos se registrará por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. Por estas razones, no puede sostenerse válidamente que la donación de órganos se equipare a un contrato típico de donación, sino que, atendiendo a las diferencias sustanciales entre uno y otro, debe concluirse que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter atípico, o bien de una declaración unilateral de la voluntad, según sea el caso, que escapa al ámbito de lo puramente civil y se inserta en otros ámbitos del derecho, como pudiera ser el derecho a la salud, pues es en ese derecho esencial que encuentra básicamente su regulación y fundamento.

Puede existir el acuerdo expreso de voluntades entre el donante del órgano y el receptor del mismo, o bien puede realizarse este consentimiento de manera unilateral, es decir, en los casos en que el donante no tenga conocimiento de la persona a la que se le va a trasplantar el órgano, pero acepta las consecuencias jurídicas de su declaración y se obliga a ella en los términos señalados. Esta circunstancia es una característica que hace única y especial la relación jurídica de la donación de órganos, pues en el contrato civil tradicional de donación, uno de los requisitos esenciales es que el donante conozca que el donatario está de acuerdo en serlo, lo cual, como es claro, no ocurre en este caso.

Por otra parte, la LGS, en el artículo 324, hace referencia al consentimiento tácito, en los siguientes términos:

Artículo 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada. El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes. Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.

Como podemos apreciar en el texto definitivo, a diferencia de lo propuesto en la iniciativa referida, el escrito por el que la persona expresa

que no quiere ser donador, puede ser también de carácter privado, mientras que en la iniciativa aparecía como una facultad exclusiva del Estado. No obstante, la voluntad del directamente interesado sigue sin ser cabalmente tomada en cuenta, porque su consentimiento tácito debe pasar por el tamiz de sus familiares. En consecuencia, y de manera similar a lo que ocurre en el artículo 345, LGS, no han sido tomadas en cuenta las disposiciones que anticipadamente haya efectuado el interesado.

El consentimiento tácito sólo se aplicará para donación de órganos y tejidos, confirmada la pérdida de la vida del donador (artículo 325, LGS) y, en consecuencia, no se estará en el caso de su celebración *inter vivos*. Pero tanto el consentimiento expreso como el tácito tienen algunas restricciones (artículo 326, LGS). Por ejemplo: no será válido el consentimiento otorgado por menores de edad incapaces o por personas que, por cualquier circunstancia, se encuentren impedidas para expresarlo libremente. No se prevé, desde luego, el supuesto de la existencia de alguna instrucción que la persona haya efectuado mientras era capaz.

Finalmente, en materia de trasplantes, la última parte del artículo 332 de la LGS dispone que en el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte. Por lo tanto, no hay ningún supuesto que permita asomar la posibilidad a los incapaces de donar órganos o efectuar disposición alguna en la materia mientras sean capaces.

Por lo anterior, el examen de la LGS nos permite concluir que no contiene figura alguna que se pueda asimilar a disposiciones que una persona haya efectuado en previsión de su propia incapacidad.

4. *La tutela*

En su estudio sobre la tutela,¹⁸⁷ Carlos Rendón Ugalde señala que el Código Civil para el Distrito Federal no establece una definición, limitándose a señalar, en su artículo 449, cuál es su objeto: “la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos”, así como “la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley”.

¹⁸⁷ Rendón Ugalde, Carlos, *La tutela*, México, Porrúa, 2001.

Tras citar algunas definiciones de juristas nacionales y extranjeros, el autor define a la tutela como la institución jurídica, de interés público, desempeñada por una persona coadyuvante de la administración de justicia, la cual tiene a su cargo personalísimo: la formación, la representación, la protección de la persona y el patrimonio del incapacitado, no sujeto a patria potestad.¹⁸⁸

Entre los rasgos esenciales de la tutela, contenidos en el Código Civil, se encuentran los siguientes:

- 1) Cargo de interés público irrenunciable. Nadie puede rehusarse a desempeñarla sin causa legal (artículos 452-453, CCDF).
- 2) Supletoria. Ya que su objeto es la guarda de la persona y los bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal (artículo 449, CCDF).
- 3) Excusable. Pueden excusarse de ser tutores:
 - I. Los servidores públicos;
 - II. Los militares en servicio activo;
 - III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
 - IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
 - V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
 - VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
 - VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
 - VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela (artículo 511, CCDF).
- 4) Temporal. El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que la ejerza y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si este último es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría. Si la tutela es sobre un mayor incapacitado, se ejercerá mientras dure la incapacidad y el tutor sea ascendiente, descendiente o cónyuge del pupilo. Si el tutor es un extraño, tendrá derecho a ser relevado de su cargo a los diez años de estarlo desempeñando (artículo 466, CCDF).

188 *Ibidem*, p. 27.

- 5) Unipersonal. La tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes (artículo 455, CCDF).
- 6) Cargo remunerado. El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que, conforme a derecho, lo nombre en su testamento, y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez (artículo 585, CCDF).

Con referencia a los órganos de la tutela, tenemos al tutor, el curador, el juez de lo familiar y los consejos locales de tutelas. El tutor es la persona física designada que cumple la misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo. El curador es la persona nombrada que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor. Los demás órganos de la tutela tienen la misión de vigilar que la institución se lleve a cabo de la manera más conveniente para el pupilo, tanto en la elección de la persona del tutor, como en la remoción, el desempeño del cargo, el rendimiento de cuentas y en la extinción de la incapacidad del sujeto a ella.

Los principales deberes del tutor son:

I. Alimentar y educar al incapacitado;

II. Destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación, derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;

III. 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. 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. 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;

VI. Solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella (artículo 537, CCDF).

Otras obligaciones contenidas detalladamente en la ley a las que debe ceñirse el tutor son las siguientes:

- 1) Prestar caución o garantía para asegurar su manejo.
- 2) Destinar los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación.
- 3) Determinar la cantidad que vaya a invertirse en gastos de administración.
- 4) Invertir el dinero sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela.
- 5) Admitir las donaciones simples, los legados y las herencias que se dejen al incapacitado.
- 6) Representar al incapacitado en juicio y fuera de él, con excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y otros estrictamente personales.
- 7) Solicitar oportunamente las autorizaciones judiciales para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ellas.
- 8) Rendir cuentas detalladas de la administración, anualmente y en cualquier tiempo, a petición del curador, del consejo local de tutelas, del Ministerio Público y de los propios incapaces.
- 9) Rendir cuenta general de la tutela, al término de ésta, o cuando deba darse por terminado su encargo, aunque aquella subsista.
- 10) Pagar los réditos legales en caso de no invertir los recursos de los incapaces.
- 11) Presentar un informe sobre el desarrollo de la persona y, tratándose de mayores incapaces, un certificado de dos médicos psiquiatras.
- 12) Entregar los bienes al pupilo que deje de serlo o a sus nuevos representantes durante el mes siguiente a la terminación de la tutela.

Por lo que se refiere al curador, sus obligaciones se concretan en defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición a los del tutor. Asimismo, debe vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo

aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado. Concomitantemente, debe dar aviso al juez para que se haga el nombramiento del tutor cuando éste falte o abandone la tutela.

En cuanto al Consejo Local de Tutelas del Distrito Federal, se trata de un órgano de vigilancia y de información, que tiene las siguientes obligaciones:

- 1) Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez.
- 2) Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia; dando aviso al juez de lo familiar de las faltas u omisiones que notase.
- 3) Avisar al juez de lo familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes.
- 4) Investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar cuáles incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos.
- 5) Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537 CC (referente a destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación, derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos).
- 6) Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

Los jueces de lo familiar son los encargados de declarar el estado de incapacidad mediante el juicio de interdicción, y de nombrar y discernir el cargo de tutor a quien le corresponda por testamento o por ley. Los jueces ejercerán la supervigilancia, respecto al correcto cumplimiento de los deberes del tutor, para lo cual debe dictar las medidas convenientes para el cuidado de las personas y los bienes de los incapacitados, exigir que se den las garantías y autorizar, en su caso, la venta o hipoteca de los

bienes de los mismos. De conformidad a la ley mientras que se nombra tutor, el juez de lo familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses.

Respecto a las clases de tutela, desde la reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 15 de mayo de 2007, el artículo 461 del Código Civil para el Distrito Federal señala que puede ser cautelar, testamentaria, legítima o dativa.¹⁸⁹

- 1) Tutela cautelar. Se prevé, en el artículo 469 Bis, que toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela. De esta importante y novedosa figura jurídica para la ciudad de México haremos una más amplia referencia abajo.
- 2) Tutela testamentaria. Deriva directamente de la voluntad testamentaria para realizar la función de tutor. El artículo 470 del CCDF dispone que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo. Tienen derecho a nombrar tutor por testamento: el ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad; el padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado; el adoptante, y el que deja bienes por testamento a un incapaz. En el ámbito de la tutela testamentaria, un ligero atisbo que parece tomar en cuenta la voluntad de quien ejerce la tutela, en previsión de su propia incapacidad, se encuentra en el artículo 475-Bis del CCDF, que establece que el ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, del CCDF, que se encuentre afectado por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para

¹⁸⁹ *Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal; se reforma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; se reforma y adiciona la Ley de Notariado del Distrito Federal y se reforma y adiciona el Código Financiero del Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal, 15 de mayo de 2007.*

el pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aún las que se encuentren realizadas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos: *a)* la muerte del ascendiente; *b)* discapacidad mental del ascendiente; o *c)* debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.

3) Tutela legítima. Es la que tiene lugar cuando no existe el nombramiento de un tutor cautelar, ni testamentario, o cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos. Esta tutela es regulada en la ley de tres maneras, de acuerdo al sujeto pasivo de la misma.

- Menores que tienen familiares. Se configura cuando los menores quedan sin quien ejerza sobre ellos la patria potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario. Ésta, por ley, corresponde: I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior, atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela (artículo 483, CCDF). Si hubiere 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 (artículo 484, CCDF). Esta situación es verdaderamente paradójica ya que, al igual que lo previsto en el artículo 496 del CCDF (que se refiere a la tutela dativa), son los únicos casos en los que se toma el parecer del interesado; sin embargo, al manifestar su voluntad, el interesado lo hace cuando éste es incapaz.
- Mayores incapacitados (artículos 486-491 CCDF). Si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su cónyuge. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre solteros; habiendo varios con aptitudes, el juez elegirá. Si el incapacitado es un soltero sin hijos o cuyos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus progenitores, el padre o la madre, debiéndose ambos ponerse de acuerdo. Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores o progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente: los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiéndose al más apto.

- Menores abandonados y acogidos (artículos 492-494, CCDF). La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos. En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al ministerio público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.
- 4) Tutela dativa. Al igual que la anterior, tiene un carácter subsidiario, ya que tiene lugar cuando no hay tutor cautelar, testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima; o bien, cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos y no hay ningún pariente para la legítima. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez de lo familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobirla (artículo 496, CCDF). Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas del Distrito Federal oyendo al ministerio público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor (artículo 497, CCDF).

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

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

A. La interdicción

Se trata de un estado de incapacidad para obrar, que es declarado por el juez de lo familiar respecto de aquellas personas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismas, por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia, o limitadas físicamente para externar su voluntad.

En el Distrito Federal, la ley señala que el juez de lo familiar, con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela. La declaración de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden pedirse: por el menor si ha cumplido dieciséis años; por su cónyuge; por sus presuntos herederos legítimos; por su albacea, y por el Ministerio Público.

Pueden pedir la declaración de incapacidad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil del Distrito Federal. Los artículos 904¹⁹⁰ y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal detallan el desarrollo de este juicio ordinario de la siguiente manera:

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del ministerio público.

III. Si 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 va-

¹⁹⁰ También reformado el 15 de mayo de 2007.

rios 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 persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

El juez deberá recabar el informe del Archivo General de Notarías, sobre el registro de la designación de tutor cautelar, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de las designaciones de tutor cautelar y curador, en su caso.

Si el informe arroja que la persona de cuya interdicción se trata no hubiere designado tutor cautelar, el juez procederá a nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer conforme al orden señalado en las personas señaladas en los párrafos que anteceden a ésta fracción.

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.

IV. Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia en la cual si estuvieren conformes el tutor y el ministerio público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará juicio ordinario con intervención del ministerio público.

En el juicio ordinario, descrito por el artículo 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se observarán las siguientes reglas:

I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al procedimiento señalado y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

II. El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del ministerio público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V. Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo a la ley.

VI. El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

VII. Las mismas reglas en lo conducente se observará para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

Sobre este particular, las autoridades jurisdiccionales de nuestro país han sostenido el siguiente criterio:

INTERDICCIÓN, SUSPENSIÓN CONTRA LA SENTENCIA QUE LA DECLARA. Si no se aceptó a la quejosa capaz para promover el amparo, más bien dicho, capaz para tramitar el juicio de garantías, pues en virtud de la procedencia del recurso de queja interpuesto contra la admisión de la demanda, se estimó necesario que en la continuación del juicio de amparo interviniera un representante especial de la declarada incapaz, para que en representación de ésta, interviniera en ese juicio de garantías; en tal virtud, la suspensión no puede tener el alcance de dejar sin efectos la sentencia dictada en el juicio de interdicción, y los nombramientos de tutor y de curador definitivos, ni menos dejar en libertad a la declarada incapaz, o sea a la quejosa, para administrar y mane-

jar sus bienes, como si fuera capaz, cuando justamente, la propia resolución dictada en la queja no la consideró con ese carácter, ni anuló la sentencia de interdicción, pues tan sólo trató de poner a salvo, por el momento, a la quejosa, de los actos que reclamó nombrando una persona distinta que la representara en el juicio de amparo. Por estas razones, la suspensión debe inspirarse forzosamente, en el alcance que la Suprema Corte quiso darle a la resolución dictada en la queja. Ahora bien, dentro del espíritu que prevalece en esa resolución, se advierte sin género de duda, que al ordenarse que continúe el juicio de amparo promovido por la quejosa mediante la intervención de un tutor interino que la represente, se cubrió a ésta de cierta protección, lo que debe ser un índice para determinar cuál es el alcance de la suspensión que solicitó, pues es indiscutible que si a una persona cuerda la declaran ilegalmente en estado de incapacidad, y como es natural, no se conforma con la resolución que en ese sentido se dicte, y la impugna por medio del amparo pidiendo la suspensión de los efectos de la sentencia que hizo tal declaración, tal suspensión procede, porque las cuestiones que se refieren al estado y capacidad de las personas se fundan en disposiciones de orden público, que deben acatarse siempre que la aplicación de esas disposiciones sea correcta; pero cuando se impugna como indebida esa aplicación, en tal caso, el interés público obra para proteger el supuesto incapaz mientras se aclara esa situación a través del amparo, puesto que si en éste se demuestra que hubo irregularidades en la declaración que se señala como acto reclamado, todo el procedimiento cae por su base, sin que esto implique que se desconozca la autoridad y fuerza de la cosa juzgada, pues en relación con la quejosa, puede afirmarse que no existe esa verdad legal, puesto que antes no ha sido personalmente oída ni vencida en juicio, en el supuesto de que fuera una persona capaz, que indebidamente fue declarada en estado de interdicción, y como eso está por aclararse cuando se dicte la sentencia de fondo, la suspensión que se conceda tiene por objeto principal, proteger a la declarada incapaz en su patrimonio y en su persona; es decir, para que no se disponga de sus bienes en ninguna forma por el tutor definitivo que se nombró, ni quede a disposición de éste, la persona del incapaz, sino a disposición del tutor interino, quien debe administrar los bienes, mientras se decide el amparo en definitiva, previa fianza que otorgue para garantizar su manejo, debiendo ser vigiladas sus funciones por el mismo curador que nombró el Juez pupilar, ya que éste coadyuva en la protección que la ley tiende a dar a la persona del incapaz y a su patrimonio; de manera que en este sentido se debe conceder la suspensión, ya que es evidente que se satisfacen los requisitos que señala el artículo 124 de la Ley de Amparo, puesto que la suspensión la pidió la persona que se considera agraviada y la ejecución del acto que reclama puede causarle perjuicios de difícil reparación, sin que sea necesario que otorgue fianza, porque el tutor definitivo no puede resentir daños o perjuicios con la suspensión, cualquiera que sea la resolución que se dicte en

el juicio de amparo, pues si se niega éste a la quejosa, percibirá sus honorarios, y si se le concede, es claro que no hubo necesidad de que se hubiera nombrado tutor definitivo a la agraviada.

Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 4344/45. Urrutia y Galdames de Orbe Felisa Concepción de. 3 de junio de 1946. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.¹⁹¹

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

B. *La tutela preventiva*

Como hemos visto, las figuras anteriores restringen a la persona la autonomía de su voluntad para autorregular situaciones de pérdida de capacidad, a fin de hacer prevalecer la voluntad de la ley y sea ésta quien decida sobre el futuro del patrimonio de la persona que siendo capaz, devenga en incapaz. Fernando Cárdenas, en su documentado y actualizado estudio sobre la representación derivada de las disposiciones para la propia incapacidad,¹⁹² advierte que en la práctica esta situación ha ocasionado muchos problemas, en los siguientes términos:

- a) Inmoviliza el patrimonio económico del incapaz, ya que por disposición de la ley, el mismo debe ser conservado ante la imposibilidad de su titular para decidir sobre sus bienes. Esto ha ocasionado que los bienes permanezcan ociosos en perjuicio de la circulación de la riqueza. En consecuencia, el patrimonio económico deja de

¹⁹¹ Quinta época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXVIII, p. 1896.

¹⁹² Cárdenas González, Fernando Antonio, *La representación derivada de las disposiciones para la propia incapacidad*, México, OGS Editores, 2004, pp. 16-18.

ser productivo al sujetarse al régimen estricto y rígido de la tutela legal. Se pone en marcha un sinnúmero de requisitos legales, burocráticos y costosos.

- b) Generalmente la persona que desempeña la tutela puede no ser la indicada, ya que tal vez no tiene la capacidad para cuidar a la persona y administrar correctamente los bienes pertenecientes al incapaz. Y toda vez que la tutela es obligatoria, parece acertado considerar que un tutor que actúa por un deber impuesto por la ley o por el juez, no actuará con el mismo esmero que una persona que actúe por afecto, o por lealtad,
- c) Se priva a la persona del derecho de decidir sobre sí misma y respecto a sus bienes ante la eventualidad de resultar incapaz.

El avance de la ciencia y de la tecnología permite afirmar enfáticamente que una persona tiene los elementos cognitivos suficientes para hacer previsiones razonables sobre su propia incapacidad. En consecuencia, consideramos que corresponde precisamente a la persona efectuar las disposiciones que estime pertinentes para designar al tutor que de mejor manera pueda responder a sus intereses.

Las denominaciones a la tutela preventiva ante la propia incapacidad son variadas: tutela voluntaria, autotutela, auto designada, etcétera, pero parten de la misma raíz: la búsqueda del respeto irrestricto de cada persona para que pueda levantar la mano sobre sí misma.

En nuestro país, al momento de concluir este trabajo, tan solo son cinco las entidades federativas que cuentan con esta figura: Morelos, Coahuila, México, Distrito Federal e Hidalgo. No obstante, esperamos que estas experiencias provoquen un efecto multiplicador en el resto de los sistemas jurídicos locales de la República.

- I. Del Código Civil del Estado de Morelos, en vigor desde el 1o. de enero de 1994, a continuación se hace referencia a los artículos concernientes a la tutela preventiva:

Artículo 294. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o preventiva.

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

Artículo 320. También, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por su orden substituyan al designado en el desempeño del cargo, en caso de no aceptación, impedimento, excusa o remoción. Estas designaciones sólo serán válidas si se hacen ante notario o juez de lo familiar.

Artículo 321. Serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el artículo anterior.

II. Por su parte, el Código Civil del Estado de Coahuila, en vigor desde el 1o. de octubre de 1999, regula a la tutela autodesignada en los siguientes términos:

Artículo 558. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.

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

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

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

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

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

Partiendo de este precepto vanguardista, Fernando Cárdenas González ha elaborado un modelo para la designación del propio tutor bajo la legislación estatal.¹⁹³

III. El Código Civil del Estado de México, en vigor desde el 22 de junio de 2002, regula a la tutela voluntaria como sigue:

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 151-158.

Artículo 4.240. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o voluntaria.

Artículo 4.269. Las personas capaces pueden designar tutor y curador, así como sus substitutos, para el caso de que llegare a caer en estado de interdicción.

Artículo 4.270. Las designaciones anteriores deben constar en escritura pública, con los requisitos del testamento público abierto.

Artículo 4.271. Al hacer la designación podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

Artículo 4.272. Si al hacerse la designación de tutor o curador voluntarios, estos no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisfacen al momento de desempeñarse.

Artículo 4.273. A falta o incapacidad de los tutores o curadores designados, se estará a las reglas de la tutela legítima.

IV. El Código Civil para el Distrito Federal, desde su reforma publicada el 15 de mayo de 2007, regula a la tutela cautelar en los siguientes términos:

Artículo 461.- La tutela es cautelar, testamentaria, legítima o dativa.

Artículo 469 Bis.- Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus substitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.

Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad. En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean substitutos.

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar, el artículo 463 ter. dispone que el notario deberá agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse. No obstante, encontramos en este precepto una contraposición con lo dispuesto por el artículo 102, fracción XX, inciso *a*, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, referente a que, como regla, el notario hará constar bajo su fe su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad. Preocupa, asimismo, que el requisito del certificado médico expedido por el perito en materia de psiquiatría pueda extenderse a otros actos celebrados bajo la fe del notario público. Finalmente, queda la interrogante sobre los aspectos organizacionales y operativos que regirán a los peritos en materia de psiquiatría, en sus interacciones con los notarios.

Por su parte, el artículo 469 quáter, en su fracción I, obliga al tutor a tomar “decisiones convenientes” sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado. Independientemente de la subjetividad implícita en la expresión “decisiones convenientes”, debe recordarse el respeto constitucional a la objeción de conciencia, aspecto de total importancia que debe tomarse en cuenta en esta obligación que el Código Civil impone a los tutores, para el caso de que éstos decidan abstenerse de tomar las decisiones respectivas, delegando éstas, en su caso, a otro tutor.

Otros aspectos de la reforma de mayo de 2007 al Código Civil para el Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que despiertan inquietud o ameritan comentario son los siguientes:

- El juez responde *subsidiariamente* con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela (artículo 530, CCDF). Llama positivamente la atención el establecimiento de esta responsabilidad subsidiaria.
- El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, excepto en los casos de tutela cautelar (artículo 589, CCDF). En este rubro, consideramos dudosa la constitucionalidad de este precepto.
- El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a las designaciones de tutor cautelar y entregará informes únicamente a notarios y a jueces competentes para hacerlo (artículo 124 bis, CPCDF). Consideramos innecesaria la inclusión de los notarios, quienes no tienen intervención en los procedimientos de interdicción.

V. La Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, en vigor desde el 9 de junio de 2007, receptiva a la convicción de que las evoluciones y cambios sociales de esta época, se manifiestan con la modernización de las instituciones y leyes que norman nuestro comportamiento individual, recoge en su título noveno a la tutela en los siguientes términos:

Artículo 253. Existen cuatro clases de tutela:

- I. Testamentaria;
- II. Legítima;
- III. Dativa; y
- IV. Voluntaria

Artículo 279. Toda persona capaz puede designar tutor para el caso de que cayere en estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación.

Artículo 280. El tutor que haya aceptado el cargo deberá permanecer en él todo el tiempo que dure el estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación del pupilo, a no ser que el tutor caiga en un estado de incapacidad, o sea removido, o se excuse con justificación debidamente probada, o por muerte.

Artículo 281. La designación de tutor solo será válida si se hace ante Notario Público o Juez Familiar. En el primer supuesto debe constar en escritura pública y con las formalidades del testamento público abierto. Y en el segundo supuesto se iniciará en procedimiento no contencioso debiendo el juez notificar de manera personal al tutor propuesto para la aceptación del cargo y

discernimiento del mismo, resolviendo lo conducente. En igual forma el tutor deberá promover en procedimiento no contencioso cualquier solicitud relativa a la autorización para enajenar o gravar el patrimonio a su encargo.

Artículo 282. Si al hacerse la designación de tutor voluntario, éste no reúne los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisface al momento de desempeñarse.

Artículo 283. A falta o incapacidad del tutor designado se estará a las reglas de tutela legítima.

Artículo 284. Al hacerse la designación de tutor voluntario podrá instruirse sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, en su caso el monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

5. *El testamento*

Uno de los documentos que adquiere mayor relevancia cuando se desea designar tutores o se poseen bienes es el testamento. Dice nuestra legislación: “la herencia se defiende por la voluntad del testador o por la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima”. La sucesión testamentaria prevalece sobre la sucesión legítima o intestada que, en este sentido, tiene carácter supletorio de la primera.

La importancia de este instrumento jurídico se distingue, al menos, en dos aspectos: por un lado el patrimonial, en el sentido de que se dispone en favor de los beneficiarios que se desea favorecer, y por el otro, desde el punto de vista personal es trascendente porque se puede designar a la persona que se encargará del cuidado de bienes e hijos menores de edad.

Como lo señala Javier Arce Gargollo en su magistral conferencia sobre el tema, la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte tiene a su favor el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio.

El fundamento está en el derecho de propiedad y en la institución de la familia. La configuración del testamento, como acto jurídico *mortis causa* nos viene del derecho romano, como una de las creaciones más perfectas del derecho privado.¹⁹⁴

En efecto, recordemos que para Justiniano y Alfonso el Sabio, el vocablo procede de *testatio-mentis*, el testimonio de la mente; para otros

¹⁹⁴ Arce Gargollo, Javier, *Aspectos prácticos en la elaboración de testamentos*, conferencia magistral dictada en la Ciudad de México, el 13 de mayo de 2006.

autores, se trata de un juego de palabras que derivan de *testibus-mentio*, la mención de los testigos, por la necesidad de testar frente a testigos. El Código Civil para el Distrito Federal lo define como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte. En principio, de acuerdo al derecho mexicano, el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como lo juzgue más conveniente, dentro de los límites y con la forma que establece la ley, para que tenga eficacia.

Es sabido que en otras legislaciones como España, Francia o Italia se limita esta libertad de testar con disposiciones legales que se conocen como “legítimas” o reservas y que establecen herederos forzosos. El testador, bajo este esquema, sólo puede disponer de una parte del patrimonio, la otra parte la asigna la ley. En nuestro sistema jurídico, el testamento puede declararse inoficioso si no se dejan alimentos a determinadas personas.

Como apunta con oportunidad Arce Gargollo, las disposiciones testamentarias pueden ser de dos clases: típicas y atípicas. Son típicas aquellas que no pueden constar más que en testamento y que son material y formalmente testamentarias. Entre éstas tenemos: institución o nombramiento de heredero y sustitutos; designación de legatario y sustitutos; nombramiento de albacea y sustitutos; nombramiento de tutor y curador testamentario y sustitutos; nombramiento de tutor administrador, y revocación de testamento anterior. Por su parte, son atípicas las que pueden constar en un testamento pero que también se pueden otorgar mediante otra forma jurídica. Dentro de esta categoría se encuentran: el reconocimiento de hijo; reconocimiento de deuda; constitución de fideicomiso; disposición sobre órganos del cadáver, y constitución de una fundación.

Ahora bien, partiendo de la propia definición del testamento, que surte efectos después de la muerte del otorgante, es lógico que, al ser efectuado por una persona capaz, no puede tomar en consideración la fase de incapacidad que antecede a la muerte. En consecuencia, queda claro que esta figura ancestral del derecho, no puede establecer disposiciones concernientes a un periodo de incapacidad previo a la muerte, y si bien se podrían efectuar por su conducto disposiciones de los órganos, consideramos que no es lo más aconsejable ya que el testamento en muchos casos se conoce después de la muerte del testador y para ese momento los órganos del mismo no son aptos para ser trasplantados.

En todo caso, esta figura se trae a colación ante el intento de traducir del inglés al castellano el *living will* como “testamento vital”.¹⁹⁵ Estamos en desacuerdo con este concepto, pues hacer referencia a un testamento vital es un contrasentido, a la luz de la propia definición que hemos visto del testamento. Preferimos, en todo caso, hacer referencia a “disposiciones vitales”.

6. *La representación*

La representación puede definirse como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. Julien Bonnecase ha distinguido entre representación legal y asistencia en función de la causa y grado de incapacidad del representado. Es representación cuando el incapaz no puede manifestar su voluntad o no actúa en absoluto, sino por medio de otra persona, como cuando se está sujeto a la patria potestad o tutela. Es asistencia cuando el incapaz actúa bajo el control o con la colaboración de otra persona, como la curatela, la autorización judicial que requiere el emancipado para la enajenación, el gravamen y la hipoteca de bienes raíces; la autorización necesaria del menor para contraer matrimonio o para aportar bienes a la sociedad conyugal.¹⁹⁶

Múltiples teorías han sido elaboradas para explicar y clasificar a la representación. En razón de su finalidad, la representación se divide en dos clases:

- a) Voluntaria. Existe cuando mediante una declaración de voluntad se faculta a otro para actuar a nombre y por cuenta propia. Esta declaración puede ser unilateral del representado, mediante un poder o procura, que debe distinguirse del contrato de mandato, con el que usualmente se le confunde a causa de la errónea conceptualización que de ambas figuras hacen los códigos civiles mexicanos. También puede constituirse representación mediante contrato, como el de comisión mercantil.
- b) Legal. Dimana directamente de la ley, cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales.

¹⁹⁵ Véase el capítulo segundo, apartado *Advance directives*, de este libro.

¹⁹⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, México, Porrúa, 1972, t. I, p. 169.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos recuerda que la representación voluntaria se ha clasificado en directa e indirecta. La primera se refiere a la actuación de una persona en nombre y representación de otra, en cuyo caso, los efectos jurídicos y patrimoniales recaen sobre el representado, estableciendo entre éste y el tercero una relación directa e inmediata. Se llama indirecta cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra quien, frente a terceros, adquiere personalmente los derechos y obligaciones como en el mandato, la prestación de servicios, el fideicomiso, etcétera.¹⁹⁷

El ejemplo típico de la representación voluntaria directa es el Poder, que es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. El ejemplo típico de la representación voluntaria indirecta es el mandato, que con precisión es definido por el artículo 2546, CCDF, como un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

En su excelente obra sobre los contratos civiles, Miguel Ángel Zamora y Valencia¹⁹⁸ enuncia las características del mandato:

1) Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos.

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

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

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

Es frecuente la confusión entre el mandato y el poder, pero es claro que el mandato es un contrato, esto es, un acuerdo entre dos o más perso-

¹⁹⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Representación, poder y mandato*, México, Porrúa, 1996, pp. 13 y 14.

¹⁹⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2002, p. 285.

nas, mientras que el poder es una declaración de voluntad recepticia, que configura el mandato en el momento en que el apoderado lo acepta o ejercita los actos que le fueron encomendados. El mandato, una figura muy estudiada por la doctrina, es un contrato principal, bilateral, oneroso, con forma restringida, *intuitu personae*. A propósito del carácter contractual del mandato, los tribunales federales han emitido el siguiente criterio:

MANDATO, CONTRATO DE. ES DE ESTRUCTURA INTERPRETACIÓN. Examinando los artículos 2546, 2553, 2554, 2562 y 2583 del Código Civil para el Distrito Federal, y atento la naturaleza y fines del mandato, debe considerarse que como el mandatario obra en virtud y sólo por virtud del poder que el mandante le ha conferido, su ejecución tiene necesariamente que circunscribirse a los límites señalados por el mandante, toda vez que en caso contrario no habría representación, sino que los actos ejecutados por el mandatario vendrían en realidad a constituir un abuso o exceso en sus funciones. De ahí que la interpretación del mandato ha de ser siempre restrictiva, sin que, por tanto, pueda ampliarse a casos distintos de los comprendidos en su texto, porque de otro modo no se daría la sustitución real y efectiva de la voluntad del representado por las declaraciones de su representante, sino que vendría a ser éste el que impusiese su voluntad al representado, quedando así desnaturalizado el contrato. Es verdad, y así se deduce incluso del texto del artículo 2563 del propio Código Civil, que no obstante la naturaleza e índole restrictiva del mandato, en su ejecución puede el mandatario verificar algunos actos conexos, aunque no estén especificados en el poder, pues de acuerdo con dicho precepto, en lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio, y si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio. Pero una cosa es que el mandatario goce de cierta libertad de acción ante situaciones imprevistas o circunstancias desconocidas, respecto de las cuales resulte razonable estimar que el propio mandante habría dado su aprobación, por ser acordes con el objeto del mandato, y otra, muy distinta, la ejecución de actos diferentes en su esencia a aquellos para los que se facultó al apoderado.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 655/2001. Autobuses Estrella Blanca, S.A. de C.V. 10 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.¹⁹⁹

La ley establece los elementos característicos esenciales del mandato, precisando que este contrato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario (artículo 2547, CCDF) y que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exija la intervención personal del interesado (artículo 2548, CCDF). Sus elementos de validez son los mismos que los de todos los contratos y puede efectuarse de manera verbal o escrita. En este último caso, puede otorgarse en escritura pública; en escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, juez de paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos; y en carta poder sin ratificación de firmas (artículo 2551, CCDF).

El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos. Cuando el mandato haya sido verbal, debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio (artículo 2552, CCDF). La ley también distingue entre el mandato general y especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554, CCDF. Cualquiera otro mandato tendrá el carácter de especial (artículo 2553, CCDF).

En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna. En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas. En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos. Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales (artículo 2554, CCDF).

¹⁹⁹ Novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, octubre de 2002, Tesis: I.8. C.232 C, p. 1403.

Con respecto a las formalidades del mandato, el Código Civil para el Distrito Federal aclara que la omisión de los requisitos establecidos en la ley anula el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiese obrado en negocio propio (artículo 2557, CC).

El alcance de este último aspecto queda afianzado por el siguiente criterio:

MANDATO, CONTRATO DE. ES NULO EL QUE SE OTORGA EN CONTRAVENCIÓN A LAS FORMALIDADES EXIGIDAS POR LA LEY. El contrato de mandato estará afectado de nulidad relativa, si no cumple con las formalidades exigidas por la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2557, del Código Civil del Distrito Federal, y sólo se extingue dicha nulidad, si se confirma el acto hecho en forma omitida, acorde con lo que establece el diverso numeral 2231, del ordenamiento legal invocado.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2046/93. Teodora Eustolia Castro Nava y otras. 29 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.²⁰⁰

Por otra parte, el mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo (artículo 2562, CCDF). En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio (artículo 2563, CCDF).

Sobre este aspecto, reviste interés el criterio transcrito a continuación:

MANDATO, LÍMITES DEL. SE REQUIERE AUTORIZACIÓN EXPRESA PARA QUE EL MANDATARIO PUEDA GRAVAR LOS BIENES DEL MANDANTE EN GARANTÍA DE SUS PROPIAS DEUDAS. Que el mandato, sin necesidad de que se diga en la escritura relativa, deba entenderse constituido en interés del mandante y, por tanto, para asuntos propios del mismo, es cosa que deriva de su naturaleza y que no puede desconocerse bajo la consideración de que ha sido otorgado sin

²⁰⁰ Octava época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, julio de 1993, p. 245.

limitaciones y con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial. El mandato es una extensión de la personalidad, ya que por su virtud la actividad del individuo, limitada en su ejercicio por las imposiciones de su condición corpórea, se extiende dándole la ubicuidad que le permite realizar a un mismo tiempo y en distinto espacio los diversos actos necesarios para la conservación y desarrollo de su vida normal y jurídica; actos que, desde luego, no pueden ser otros que los que conciernen a aquel individuo, y no los que atañen solamente al mandatario, puesto que de lo contrario el poder carecería de sentido, en virtud de que sería absurdo que el mandante, sin tener interés alguno en el acto cuyo cumplimiento fuera su objeto, le encargase al mandatario, único interesado, que lo cumpliera. Se confirma lo anterior, examinando el artículo 2445 del Código Civil de Sinaloa y su correlativo 2563 del Código Civil del Distrito Federal, pues establecen que en lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, y si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio. De acuerdo con esta disposición, tiene que aceptarse que el mandato se constituye en interés del mandante, para ser ejercido en asuntos propios de éste, y no en los del mandatario, porque cuidar prudentemente del negocio como propio, y hacerlo propio, son cosas diferentes que no puede el mandatario confundir sin desnaturalizar el objeto del contrato. Al prescribir el artículo 2478 del Código Civil de Sinaloa, idéntico al 2596 del Código Civil del Distrito Federal, que el mandante puede revocar el contrato cuando y como le parezca, está reconociendo igualmente que el mandato se otorga en interés exclusivo del mandante, ya que de otro modo no estaría éste facultado para unilateralmente privarlo de efectos, si bien puede suceder que el mandato se confiera en interés común del mandante y del mandatario, o de aquél y de un tercero, como acontece si su otorgamiento se estipula como condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída, en cuyas hipótesis el poder no puede revocarse; precisamente por tratarse de casos de excepción, se confirma la regla de que el mandato se constituye en interés del mandante; de manera que, salvo pacto explícito en contrario, ningún poder puede considerarse conferido en interés del mandatario, por más o menos amplias que sean sus facultades, las cuales no llevan ni pueden llevar implícita una autorización para actuar en su beneficio. Por tanto, aunque en un caso los mandantes hayan otorgado facultades amplias e ilimitadas para ejecutar actos de dominio, por lo que el mandatario tenía las facultades de dueño y, en consecuencia, podía gravar los bienes, se sobrentiende que el poder habría de ejercerse para asuntos de los poderdantes, sin que pueda conceptuarse, racionalmente, que la autorización comprendiera la facultad del apoderado para comprometer los bienes del mandante en garantía de obligaciones propias y personales del mandatario, toda vez que esta interpretación

resulta contraria a la naturaleza del contrato y a la buena fe. Para que el mandatario pueda gravar los bienes del mandante para garantizar sus propias deudas, es indispensable autorización expresa en la escritura respectiva, y si ésta no existe, debe concluirse que el apoderado ha obrado fuera de los límites del mandato, lo que es exactamente igual que obrar sin mandato.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 221/96. Elizardo Peñuelas Vargas y Cecilia Auxiliadora Peñuelas Vargas. 4 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: María Isabel González Rodríguez.²⁰¹

Concomitantemente, el mandante debe retribuir al mandatario, independientemente del beneficio obtenido por aquél, ya que el mandato es un contrato de medio o de actividad y no de resultado. Asimismo, el mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato (artículo 2577, CCDF); e indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (artículo 2578, CCDF). Por último, debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato (artículo 2581, CCDF). Por ende, los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente (artículo 2583, CCDF).

Sobre este último tema, se transcribe el siguiente criterio:

CONTRATOS. INEXISTENCIA DE LOS CELEBRADOS POR EL FALSO REPRESENTANTE O TRASPASANDO LOS LÍMITES DEL MANDATO. Los artículos 1802 y 2583 del Código Civil para el Distrito Federal, califican como “nulos” los actos realizados en nombre de otro por quien no es su legítimo representante o excede los límites expresos del poder conferido, permitiendo en apariencia que tales actos se convaliden mediante la ratificación tácita o expresa del mandante. Sin embargo, interpretando dichos preceptos en consonancia con los diversos artículos 1794, fracción I, 2224 y 2228 del propio ordenamiento, se concluye que no se está en presencia de una nulidad relativa, como podría hacerlo suponer la circunstancia de que las disposiciones primeramente cita-

201 Novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, abril de 1997, Tesis: XII. 20. 21 C, p. 257. Nota: Por ejecutoria de fecha 12 de septiembre de 2001, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 53/2000 en que había participado el presente criterio.

das se refieran a la ratificación de los actos del mandatario, porque si el apoderado no se circunscribe a los límites señalados por el mandante o no tiene esa calidad, tampoco puede darse la sustitución real y efectiva de la voluntad del representado por las declaraciones de su representante, sino que viene a ser éste el que impone su voluntad al representado y, por tanto, lo que falta en tal caso es precisamente el consentimiento de este último y se trata, en consecuencia, de una verdadera inexistencia en relación con el mandante, por ausencia de consentimiento, conforme a los artículos 1794, fracción I y 2224 del Código Civil, la cual no puede convalidarse por el transcurso del tiempo, es decir, por prescripción; sin que para ello sea óbice que el contrato respectivo pueda ser expresa o tácitamente ratificado, toda vez que ello debe estimarse equivalente a un nuevo otorgamiento del acto por el representado, mismo que se explica en la doctrina como un mandato con efectos retroactivos que se confiere al falso representante.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 794/2002. 30 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.²⁰²

Habiendo visto de modo muy general los principales rasgos del mandato, veamos las formas de terminación del mandato, dispuesta por el artículo 2595 del Código Civil para el Distrito Federal:

- I. Por la revocación;
- II. Por la renuncia del mandatario;
- III. Por la muerte del mandante o del mandatario;
- IV. Por la interdicción de uno u otro;
- V. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido;
- VI. En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672 (referente a la declaración de ausencia).

La fracción IV del artículo 2595 del Código Civil impone un candado lamentable a las disposiciones en previsión de la propia incapacidad. Como vimos en el capítulo anterior, otros sistemas jurídicos, como el de Quebec, ofrecen la oportunidad a la persona capaz de autorregular o prevenir las situaciones propias de su incapacidad conforme a la autonomía de

²⁰² Novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, junio de 2003, Tesis: I.8. C. 246 C, p. 956.

su voluntad, en aras de dar solución a las necesidades de la población, cada vez más senil y no por ello, menos previsora.

Ahora bien, la propia legislación civil del Distrito Federal acota que aunque el mandato termine por la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio (artículo 2600, CCDF). Sobre este aspecto, revisten interés los siguientes criterios de nuestros tribunales:

MANDATO, EFECTOS DEL, DESPUÉS DE LA MUERTE DEL MANDANTE. El mandatario debe continuar en la administración hasta que los herederos provean por sí a los negocios, para lo cual debe pedir al juez que señale un término a fin de que éstos se presenten a encargarse de los mismos. Bajo ese orden de ideas en tanto los herederos no revoquen el mandato ni se presenten a encargarse de los negocios, el mandatario cuenta con poder suficiente para representar en juicio a su mandante, independientemente de que éste haya fallecido.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 547/90. Saúl Olgún Rodríguez. 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretaria: Graciela M. Landa Durán.²⁰³

MANDATO. SUBSISTENCIA DEL, AUN DESPUES DE MUERTO EL MANDANTE. De conformidad con el artículo 2569, fracción III, del Código Civil del Estado de Chiapas, el mandato termina con la muerte del mandante o del mandatario, salvo que la actuación del mandatario, obedeciera a casos de extrema necesidad, que por la importancia y urgencia que representara, se pudieran causar daños a la sucesión y que por esa razón continuara fungiendo como tal; hipótesis que no se actualiza al realizarse el emplazamiento cuando la persona que había otorgado el mandato ya había fallecido, pues no es de considerarse que estamos en presencia de un caso de urgencia o necesidad que justifique la intervención de quien compareció como apoderado a contestar la demanda, en cambio, si el emplazamiento se hubiera hecho en vida del mandante, que falleciera éste y le estuviera corriendo el término para contestar la demanda sí estaríamos en presencia de la hipótesis citada.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 76/95. Miguel Angel Vizcarra González, albacea de la sucesión a bienes de Daniel González y González. 27 de abril de 1995. Unani-

²⁰³ Octava época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, enero de 1991, p. 307.

midad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.²⁰⁴

Del mismo modo, se precisa que si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelve, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio (artículo 2602, CCDF).

MANDATO. A LA MUERTE DEL MANDATARIO, SUS HEREDEROS DEBEN REALIZAR LAS GESTIONES DEL CARGO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 2523 del Código Civil del Estado de Jalisco, dispone que: “si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio”. La obligación que engendra el precepto es para los herederos de éste, los que deben realizar las diligencias indispensables mientras que el mandante decida si otorga otro poder o atiende sus negocios personalmente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 476/90. J. Refugio Lechuga Ávila. 13 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Secretaria: Martha Muro Arellano.²⁰⁵

Por último, llegados a este punto, es menester efectuar la siguiente referencia jurisprudencial al endoso que consideramos de gran relevancia, pues acota que esta figura no termina con la muerte o incapacidad del endosante:²⁰⁶

ENDOSO EN PROCURACIÓN. LEGITIMACIÓN DEL ENDOSATARIO CUANDO SE CONSIGNE COMO FECHA DEL ENDOSO UNA ANTERIOR A LA SUSCRIPCIÓN DEL TÍTULO DE CRÉDITO. El artículo 35 de la Ley General de Títulos y Operacio-

²⁰⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, agosto de 1995, Tesis: XX.25 C, p. 555.

²⁰⁵ Octava época, Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1990, p. 197.

²⁰⁶ El endoso es una cláusula accesoria e inseparable del título, de la cual el acreedor cambiario pone a otro acreedor en su lugar con efectos plenos o limitados. Esta figura cumple principalmente una función legitimadora, que consiste en que el endosatario se legitima por medio de una cadena ininterrumpida de endosos.

nes de Crédito establece que el endoso en procuración no transfiere la propiedad del título, pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo a su vez en procuración y para protestarlo en su caso, teniendo el endosatario, además, todos los derechos de un mandatario, mandato que incluso no termina con la muerte o incapacidad del endosante. Por su parte, el artículo 29 del ordenamiento en consulta establece como requisitos del endoso, el que éste conste en el título o en hoja adherida al mismo, así como el nombre del endosatario, la firma del endosante o de la persona que suscriba a su ruego o en su nombre, la clase del endoso, el lugar y la fecha. De los aludidos requisitos establecidos para el endoso por el artículo 29 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la inseparabilidad y la firma del endosante son esenciales, los demás, o no son estrictamente necesarios, o los presume la ley. En este orden de ideas, si el endoso en procuración equivale a un mandato, es suficiente que exista el acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario para que se estime legal, y por lo mismo, si este último no lo rehusa, porque es quien ejerce la acción cambiaria, debe concluirse que no puede dar lugar a la falta de legitimación del endosatario en procuración la circunstancia de que, en ese tipo de endoso, aparezca como fecha una anterior a la de suscripción del título de crédito, porque es indudable que se trata de un simple error que no acarrea ninguna consecuencia para la legitimación del procurador del endosante.

Contradicción de tesis 37/94. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado de ese mismo Circuito. 7 de mayo de 1997. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Teófilo Angeles Espino.

Tesis de jurisprudencia 20/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de siete de mayo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.²⁰⁷

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

²⁰⁷ Novena época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, Tesis: 1a./J. 20/97, p. 213.

Artículo 3054. El mandato termina:...

IV. Por la interdicción del mandante, excepto que hubiere sido otorgado en los términos del artículo 2998 y cuando el mandato se hubiera otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aun cuando el mandante devenga incapaz. Discernida la tutela de éste, el tutor podrá revocar este mandato en cualquier tiempo...

El artículo 2998, CCEC, se refiere al poder para tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del poderdante, en los siguientes términos:

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

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

7. *La renta vitalicia*

En su documentado tratado sobre los contratos, el doctor Joel Chirino Castillo reconoce el carácter aleatorio de este contrato, por el cual el deudor pensionario se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, recibiendo a cambio, por parte del constituyente, la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o inmueble cuya propiedad se transmite por efecto del contrato.²⁰⁸

En consecuencia, por medio de este contrato, una persona capaz puede destinar ciertos bienes o cantidad de dinero a una renta vitalicia, suje-

²⁰⁸ Chirino Castillo, Joel, *Derecho civil III. Contratos civiles*, México, McGraw-Hill, 1996, p. 237.

ta a la condición de su incapacidad. El incapaz, durante su vida, puede recibir periódicamente una cantidad de dinero, pero esto se limita al aspecto patrimonial y no quedan resueltos ni la administración de esas cantidades periódicas, ni el cuidado de la persona o de su salud.

Consideramos que esta figura no puede quedar fuera del ámbito de las disposiciones en previsión de la propia incapacidad, ya que tiene una esencia autoprotectora. Por tanto, es menester que este contrato vaya acompañado de otros elementos complementarios para dichos efectos. Es conveniente que para el caso de que el receptor de la renta deviniere incapaz, se incluya en el contrato —bien formando parte del mismo o bien se haga en un documento notarial complementario—, previendo la circunstancia de la futura incapacidad, el nombramiento de una persona de la total confianza del pensionista otorgándole cuantas facultades sean necesarias para poder cumplir y exigir el cumplimiento fiel y exacto del negocio jurídico, hasta el último día de la vida del acreedor de la renta, o bien, mientras dure su incapacidad.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2774, define a la renta vitalicia como 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.

La aleatoriedad de este contrato se encuentra determinada por la imprecisión existente en el tiempo por el cual deba pagarse la pensión; imprecisión que se basa en el hecho de que, establecida sobre la vida de otra persona, no puede saberse en absoluto durante cuánto tiempo deberá pagarse.

El artículo 2777, CCDF, dispone que el contrato de renta vitalicia puede constituirse sobre la vida del que da el capital, sobre la del deudor o sobre la de un tercero. También puede constituirse a favor de aquella persona o de aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra u otras personas distintas. Considerando este artículo en su análisis, podemos sacar a la luz que es un contrato sumamente interesante, sobre todo por las diversas combinaciones que presenta en cuanto a los sujetos que intervienen para darle existencia a través de su consentimiento.

- a) En primer lugar, el caso más simple, aquél en el que una persona entrega a otra determinado bien, con la obligación para ésta de entregar periódicamente sumas a la primera durante todo el tiempo que viva; decimos que es el caso más simple, en virtud de que úni-

camente intervienen dos personas, enajenante pensionista y adquirente pensionante. En este primer caso, si muere el pensionista se extinguen las obligaciones, en cambio si muere el pensionante las obligaciones pasan a cargo de sus herederos.

- b) El caso inverso, es decir, que el pensionante esté obligado solamente durante su propia vida, si muere ya la obligación no pasa a su sucesión.
- c) Un caso poco más complicado, cuando existe el enajenante pensionista y el adquirente pensionante, pero la entrega de las sumas periódicas no queda sujeta a la vida del primero o del segundo, sino que se toma como referencia la vida de una tercera persona; si también aquí muere el pensionante, la obligación de entregar la renta pasa a sus herederos, pues solo cesa cuando muere el tercero.
- d) Cuando el enajenante no se constituirá por sí en pensionista, sino que el pensionante tendrá la obligación de entregar la renta a un tercero durante toda la vida de éste.
- e) Que se constituya a favor de un tercero, pero tomando como base la vida del enajenante o del pensionista.

Por lo que respecta a la forma, el artículo 2776, CCDF, dispone que debe hacerse por escrito, y en escritura pública, cuando los bienes cuya propiedad se transfiere deban enajenarse con esa formalidad, pues por ejemplo si se enajena un bien inmueble de valor, para que el contrato pare perjuicio a terceros, es necesario que se otorgue en escritura pública y se registre en el Registro Público de la Propiedad.

En cuanto a los vicios del consentimiento, es necesario para que el contrato sea válido, la ausencia de dolo, mala fe, violencia, error, etcétera, además de un error específico que aparece enunciado en el artículo 2779, CCDF: “El contrato de renta vitalicia es nulo si la persona sobre cuya vida se constituye ha muerto antes de su otorgamiento”.

Lo anterior es una causa motivada en el error pues debe suponerse que si el beneficiario de la renta supiese que la persona sobre cuya vida se ha constituido la renta ha muerto, no celebraría el contrato. Es un error sobre una de las circunstancias fundamentales del contrato, o sea un error obstativo para su integración.

En principio, hasta este punto todo es claro, pero en la regulación subsiguiente se presenta un problema que parece derogar una regla general, ello es en cuanto a la rescisión. El artículo 1949 del Código Civil para el

Distrito Federal establece que: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos...”. Ésta es una regla importantísima, que gravita sobre todos los contratos bilaterales. En el caso de la renta vitalicia bilateral, esa regulación se derrumba y aparece una especialísima en el artículo 2782, CCDF, que dice: “La sola falta de pago de las pensiones no autoriza al pensionista para demandar el reembolso del capital o la devolución de la cosa dada para constituir la renta”. Completa la derogación a la regla general, el artículo 2783, CCDF, dispone que el pensionista, en el caso del artículo anterior, sólo tiene derecho de ejecutar judicialmente al deudor por el pago de las rentas vencidas, y para pedir el aseguramiento de las futuras. Vemos cómo es uno de los casos raros en que se niega la rescisión y se señala la única vía a la que se puede recurrir. La única forma para exigir la devolución del capital entregado es cuando el que debe satisfacer las pensiones da muerte al acreedor o a aquél sobre cuya vida ha sido constituida, entonces debe devolver el capital al que la constituyó o a sus herederos.

Habiendo visto los rasgos fundamentales de la renta vitalicia, es posible concluir que para los efectos y alcances de este libro, se trata de un instituto que puede ayudar a resolver las cuestiones patrimoniales del eventual incapaz. Es decir, que el contrato puede tener como efecto que una persona en estado de incapacidad, durante el resto de su vida, pueda recibir periódicamente una pensión, aunque esto se limita al aspecto patrimonial y no resuelve ni los aspectos administrativos inherentes a dichas cantidades, ni el cuidado de la salud de la persona.

8. *El fideicomiso*

En virtud de lo consagrado por el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 1932, el fideicomiso es un contrato en virtud del cual, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

FIDEICOMISO, CONCEPTO DE. El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.

Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Rogelio Camarena Cortés.²⁰⁹

FIDEICOMISO. NATURALEZA. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.

Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez.²¹⁰

209 Séptima época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 97-102, séptima parte, p. 71.

210 Séptima época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. 121-126, cuarta parte, p. 43.

En consecuencia, el fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria para el cumplimiento de una finalidad lícita. Por su parte, el fideicomisario es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad. Sobre este último, el artículo 382 de la LGTOC dispone que pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

Asimismo, se precisa por la ley que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario; no obstante, la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

Deberá constar siempre por escrito y pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad. El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados (artículo 386, LGTOC).

El fideicomiso se extingue en cualquiera de los siguientes supuestos (artículo 392, LGTOC):

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al consti-

irrevocable en el momento en que el fideicomitente devengue en incapaz, y en ese supuesto, éste pasará a ser fideicomisario.

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

La ley reconoce la existencia de fideicomisos constituidos a favor de una persona incapaz. En este sentido, como menciona Guillermo Ramírez en su análisis sobre la regulación preventiva de la propia incapacidad,²¹² puede implementarse un fideicomiso en el que una persona que padece una enfermedad degenerativa, por la que se presume será declarado incapaz, afecta sus bienes, principalmente inmuebles, con el objeto de que sean administrados por una institución fiduciaria y que a través de los poderes que ésta otorgue, sean cobradas las rentas y depositadas dentro del fideicomiso. Con cargo al fondo fiduciario, se satisfacen las necesidades del incapaz y de su familia, de conformidad con las instrucciones de un comité técnico, integrado por las personas designadas por el fideicomitente y que funciona como una especie de órgano tutelar colegiado. Puede este comité, si está previsto en los fines del fideicomiso, instruir a la fiduciaria para que incluso enajene determinados bienes y destine el ingreso conforme a lo señalado por el fideicomitente. En este tipo de fideicomisos, el fideicomisario, en primer lugar, es el incapaz, pero pueden establecerse fideicomisarios sustitutos a las personas que aquél desea le sucedan a su fallecimiento, estableciendo desde luego una planeación hereditaria. De ese modo, la institución fiduciaria debe rendir cuentas a los fideicomisarios, siéndolo en primer lugar el propio incapaz. En este caso, las cuentas se rendirán ante quien ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

Sugerimos que este negocio jurídico mercantil podría utilizarse en el sentido de que una persona capaz como fideicomitente aporte a una fidu-

212 Ramírez de Aguilar Castañeda, Guillermo, *La regulación preventiva de la propia incapacidad*, tesis para obtener el título de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005, pp. 146 y 147.

ciaria, en forma revocable o irrevocable, ciertos bienes para que la institución fiduciaria lleve a cabo los fines de dicho fideicomiso, que serían proveer de fondos a la persona que designe el comité técnico para atender las necesidades del fideicomisario, que sería el propio fideicomitente cuando fuese incapaz. Esto tiene fundamento legal y puede ser obligatorio para las partes.

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

A manera de conclusión, debemos reconocer que existen diversas figuras en el derecho positivo mexicano que tan solo resuelven parcialmente algunos de los principales temas adheridos a la propia incapacidad, y una de nuestras mayores preocupaciones es la escasa atención que nuestro ordenamiento jurídico presta a la propia voluntad.